

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino  
25/2024

7123183230



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

BARBARA GAGLIARDI

# IL PUBBLICO CONCORSO COME FUNZIONE AMMINISTRATIVA



B. GAGLIARDI IL PUBBLICO CONCORSO  
COME FUNZIONE AMMINISTRATIVA

Questo volume, sprovvisto del  
talloncino a fronte, è da consi-  
derarsi copia saggio gratuito  
esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d,  
DPR 633/1972)

€ 56,00

ISBN 978-88-495-5439-7



9 788849 554397



UNIVERSITÀ  
DI TORINO



Edizioni  
Scientifiche  
Italiane

BARBARA GAGLIARDI  
Il pubblico concorso  
come funzione  
amministrativa  
ESI



MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO  
25/2024

*Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza*

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Stefano Barbati, Roberto Cavallo Perin, Maurizio Cavanna, Federico Consulich, Elena D'Alessandro, Riccardo de Caria, Paolo Gallo, Michele Graziadei, Daniela Izzi, Barbara Lavarini, Anna Mastromarino, Pier Giuseppe Monateri, Simona Novaretti, Michele Rosboch, Michele Vellano, Annamaria Viterbo, Georgia Zara, Ilaria Zuanazzi.

BARBARA GAGLIARDI

# Il pubblico concorso come funzione amministrativa



UNIVERSITÀ  
DI TORINO



Edizioni  
Scientifiche  
Italiane

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (*double blind peer review*). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, nominati dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

GAGLIARDI, Barbara

Il pubblico concorso come funzione amministrativa

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 25/2024

Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

---

© 2024 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

[www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

[info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

pp. VIII+340; 24 cm

ISBN: 978-88-495-5439-7

© 2024 Università degli Studi di Torino

10124 Torino, Via Verdi 8

[www.collane.unito.it/oa/](http://www.collane.unito.it/oa/)

[openaccess@unito.it](mailto:openaccess@unito.it)

ISBN: 9788875902797

Prima edizione: gennaio 2024

un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS E CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

*A Emma*



# Sommario

## CAPITOLO I

### *Il pubblico concorso tra Stato e Nazione*

Piano dell'opera	1
1. Un principio istituzionale dell'organizzazione pubblica tra Stato e Nazione	5
2. Il concorso come esercizio di pubblico potere	17
3. Eguaglianza, merito e buon andamento dell'amministrazione	25
4. L'accesso agli impieghi pubblici tra diritto e dovere	29
5. L'affermazione del modello concorsuale come strumento di professionalizzazione dell'amministrazione	39

## CAPITOLO II

### *Il diritto di accesso agli impieghi pubblici in condizioni di eguaglianza*

1. L'accesso agli impieghi pubblici come diritto politico	47
2. Il reclutamento tra diritto e dovere politico e il giuramento come rituale di integrazione	62
3. L'accesso in condizioni di eguaglianza tra ordinamento nazionale ed europeo e i requisiti di selezione "oltre il merito"	74
4. Accesso agli impieghi pubblici e parità di genere	90
5. La crisi del modello meritocratico	99

## CAPITOLO III

### *Il pubblico concorso come principio d'organizzazione*

1. Il pubblico concorso come principio dell'organizzazione pubblica	111
2. Principi di organizzazione e attività infungibili	115
3. Principi di organizzazione e "quasi pubblicità"	125

- |  |     |
|--|-----|
| 4. Il pubblico concorso: una norma di organizzazione a tutela di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione pubblica | 132 |
| 5. Il pubblico concorso a tutela dell'imparzialità soggettiva del funzionario  | 139 |

#### CAPITOLO IV

##### *Il concorso come esercizio di una funzione amministrativa*

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Il procedimento amministrativo concorsuale   | 145 |
| 2. Il procedimento aperto al pubblico e la protezione degli interessi dei singoli                   | 155 |
| 3. Il "giusto procedimento" concorsuale: le garanzie partecipative e il soccorso istruttorio        | 162 |
| 4. Le eccezioni al principio del pubblico concorso nei "casi previsti dalla legge"                  | 172 |
| 5. Le eccezioni al pubblico concorso per esigenze di interesse pubblico "peculiare e straordinario" | 183 |

#### CAPITOLO V

##### *Il nuovo procedimento amministrativo concorsuale*

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Il nuovo procedimento amministrativo concorsuale e il reclutamento "intelligente" | 193 |
| 2. La tutela dell'individuo nei concorsi automatizzati                               | 207 |
| 3. Banche dati e algoritmi curriculari   | 216 |
| 4. Professionalizzare la funzione di reclutamento                                    | 222 |

#### CAPITOLO VI

##### *Concorsi pubblici e tutela giurisdizionale*

- |   |     |
|---|-----|
| 1. La giurisdizione amministrativa sui rapporti di lavoro pubblico tra potere di organizzazione e potere datoriale            | 233 |
| 2. La tutela del diritto d'accesso al pubblico impiego innanzi al giudice amministrativo: il sindacato sull'eccesso di potere | 245 |
| 3. L'autotutela nei procedimenti amministrativi concorsuali   | 257 |
| 4. Legittimo affidamento e responsabilità dell'amministrazione nei concorsi pubblici  | 266 |
| 5. Il risarcimento da procedura concorsuale illegittima   | 275 |

*Cenni conclusivi* 281

*Bibliografia essenziale in tema di pubblico concorso e accesso agli impieghi pubblici* 287

## CAPITOLO I

# Il pubblico concorso tra Stato e Nazione

SOMMARIO: Piano dell'opera. – 1. Un principio istituzionale dell'organizzazione pubblica tra Stato e Nazione. – 2. Il concorso come esercizio di pubblico potere. – 3. Eguaglianza, merito e buon andamento dell'amministrazione. – 4. L'accesso agli impieghi pubblici tra diritto e dovere. – 5. L'affermazione del modello concorsuale come strumento di professionalizzazione dell'amministrazione.

### *Piano dell'opera*

Il pubblico concorso è nella tradizione giuridica non solo europea il prevalente strumento di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni. Elaborato originariamente per le selezioni d'accesso al mandarino della Cina imperiale e importato in Europa dai missionari, ha trovato fautori nelle principali correnti filosofiche d'epoca moderna e contemporanea<sup>1</sup>.

Si identifica in tal modo un principio istituzionale che assolve contemporaneamente a esigenze di professionalizzazione dell'organizzazione pubblica e di garanzia del disinteresse e della lealtà dei funzionari, ma anche di democratizzazione degli apparati, di tutela della più estesa partecipazione degli individui alla gestione della *res publica* e, sinanco, di canale per la mobilità sociale.

<sup>1</sup> Dall'illuminismo, all'utilitarismo, al liberalismo classico; tra quanti hanno sostenuto il concorso – o comunque il principio di una selezione meritocratica – possono ricordarsi Voltaire (VOLTAIRE, *Oeuvres complètes, Essai sur les moeurs et l'esprit des nations et sur les principaux faits de l'histoire*, t. VIII, Ch. Lahure, Paris, 1859, Ch. CXCIV, 364), Jeremy Bentham (*The Works of Jeremy Bentham*, collected by John Bowring, vol. V, Official Aptitude Maximized, expense minimized, William Tait, Edinburgh, 1843, 273), John Stuart Mill (J.S. MILL, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII - Essays on Politics and Society Part I*, ed. by J.M. Robson, Toronto/London, 1977, Ch. *Reform of the Civil Service 1854*; J.S. MILL, *Considerations on representative government* (1861), Cambridge University Press, 2010, 258-261). Per una ricognizione: F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 329-332.

Obiettivo di questo lavoro è l'analisi delle ragioni istituzionali del pubblico concorso<sup>2</sup>, del suo fondamento nell'ordinamento giuridico e ancor più del modello concorsuale nella sua persistente qualità di esercizio di una funzione amministrativa, ove il carattere di pubblico potere permane indissociabile dal reclutamento nei pubblici uffici.

Riconsiderare le più frequenti critiche al concorso consente di metterne in evidenza la natura di principio istituzionale tipico dell'organizzazione pubblica sin dall'apparire degli stati nazionali d'epoca moderna, in ragione di un'evoluzione che il riconoscimento settecentesco dei diritti dell'uomo e del cittadino non fa che rafforzare (capitolo I).

L'ordinamento costituzionale italiano ne pone le basi in due principi distinti, seppur correlati, che qui si prenderanno partitamente in considerazione.

Nella tradizione giuridica europea, il concorso è inteso anzitutto quale principale strumento di attuazione del principio di eguaglianza nell'accesso agli impieghi pubblici (art. 51, Cost.), di cui saranno analizzate portata e limiti a partire dal suo configurarsi come diritto politico e di cittadinanza solennemente proclamato sin dalle dichiarazioni dei diritti d'epoca liberale (capitolo I e II).

L'evoluzione storica del modello concorsuale ne evidenzia tuttavia l'affermarsi (o non affermarsi) a prescindere (o nonostante) il principio d'eguaglianza, a fini soprattutto di professionalizzazione dell'amministrazione pubblica, e dunque in corrispondenza di un interesse che è quello dell'amministrazione, non importa ora se da intendersi come datore di lavoro pubblico o come espressione della "Nazione" (art. 98 Cost.).

La tensione tra l'anelito egualitario e l'interesse all'individuazione pubblica delle migliori professionalità disponibili (migliore candidato) impone di porre attenzione alle discriminazioni ammissibili in sede di definizione dei requisiti di accesso alle selezioni, anche alla luce dell'esperienza di alcuni ordinamenti nazionali ove si è giunti a mettere in discussione il modello meritocratico, o a stemperarne l'applicazione per favorire una maggiore integrazione ed equità sociale. La "crisi" del merito prende le mosse dalla stessa "ambiguità semantica" del concetto<sup>3</sup> e dalla "tirannia" della meritocrazia<sup>4</sup> e, pur

<sup>2</sup> Sulla "necessità dei concorsi" si veda da ultimo S. CASSESE, in *Il Foglio*, 21 giugno 2022, 2.

<sup>3</sup> R. BRIGATI, *Il giusto a chi va. Filosofia del merito e della meritocrazia*, il Mulino, Bologna, 2015, 49 ss.

<sup>4</sup> M.J. SANDEL, *The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?*

avendo sinora investito soprattutto il settore dell'istruzione (e in particolare l'istruzione superiore), non manca di avere ricadute sull'accesso agli impieghi pubblici. Anche a prescindere da una tale crisi, la funzionalizzazione del concorso, il suo essere preordinato all'individuazione del candidato migliore "per la pubblica amministrazione", conduce alla definizione di criteri di selezione di cui quello meritocratico è senz'altro il più significativo, ma probabilmente non l'unico (capitolo II).

L'ordinamento italiano, tuttavia, offre come si è detto un duplice fondamento al modello del concorso, che è espressamente individuato quale principale modalità di accesso agli uffici pubblici in una previsione costituzionale dedicata all'organizzazione della pubblica amministrazione (art. 97, comma 4, Cost.), dunque secondo una prospettiva che non è quella individualistica del diritto al reclutamento in condizioni d'eguaglianza.

L'enunciazione del concorso come principio d'organizzazione consente di coglierne il carattere di strumento utile alla definizione della capacità delle amministrazioni pubbliche, che ne condiziona l'adeguatezza all'esercizio delle funzioni (art. 118, comma 1, Cost.), e che perciò si ritrova anche oltre il perimetro degli enti pubblici in senso stretto (ad es. per le società partecipate, specie *se in house*<sup>5</sup>).

La domanda di ricerca vuole in questa sede analizzare la correlazione tra il concorso come principio costituzionale dell'organizzazione pubblica e le attività *proprie* dell'amministrazione, a partire dalla considerazione di quelle che sono riservate agli uffici pubblici e, al loro interno, agli agenti di ruolo, anche alla luce della peculiare configurazione causale del rapporto di pubblico impiego (capitolo III).

Pur se il concorso pare preordinato essenzialmente alla soddisfazione di un interesse pubblico, non si esclude una rilevanza del contrapposto interesse individuale, cui è offerta tutela anzitutto grazie al carattere di peculiare procedimento amministrativo che l'ordinamento attribuisce alla procedura di reclutamento. Del procedimento amministrativo concorsuale si vogliono analizzare le specificità, con particolare attenzione alle modalità di tutela della posizione dei singoli (istituti partecipativi, garanzie di pubblicità e trasparenza, presidi dell'imparzialità della decisione) (capitolo IV).

L'analisi del procedimento impone di prenderne in considerazio-

(2020) trad. it. a cura di E. Marchiafava e C. Del Bò, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e di perdenti*, Feltrinelli, Milano, 2021.

<sup>5</sup> D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, art. 19.

ne gli sviluppi più recenti offerti dalla digitalizzazione e dall'amministrazione algoritmica, anche per comprendere se, e in quale misura, si tratti di strumenti utili a offrire una maggiore protezione agli interessi dei singoli e a quello collettivo al reclutamento delle migliori professionalità (capitolo V).

La configurazione del reclutamento come esercizio di pubblico potere si correla ineludibilmente alla giurisdizione del giudice amministrativo sulle «controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni»<sup>6</sup>, comunque la si voglia intendere (come giurisdizione generale di legittimità o esclusiva). Del controllo del giudice amministrativo si vuole in particolare comprendere la ragione per cui, apparentemente, ha per i concorsi mantenuto essenzialmente inalterati i suoi caratteri tradizionali. Le decisioni degli organi dell'amministrazione restano infatti sindacabili nei limiti della palese irragionevolezza, dell'errore manifesto, dell'evidente disparità di trattamento o travisamento dei fatti e via dicendo, segnandosi in tal modo una "deferenza" della giurisdizione nei confronti degli atti esercizio del potere d'amministrazione che esprime il riconoscimento dell'autonomia istituzionale a quest'ultima attribuita (capitolo VI).

La disamina degli strumenti della tutela giurisdizionale offre spunti di particolare interesse nel confronto con l'evoluzione affermata di recente nel settore dei contratti pubblici. Si intende in particolare analizzare se, e in che misura, si ritrovino in materia di concorsi gli approdi determinati dalla ricostruzione della posizione giuridica delle imprese in chiave di tutela della concorrenza, favorita specialmente dall'influenza dell'ordinamento europeo.

La ricerca investirà pertanto la definizione della responsabilità dell'amministrazione in materia di concorsi, con attenzione sia alla tutela dell'affidamento del singolo, sia a quella offerta al "diritto all'assunzione", prevalentemente riconosciuto ai vincitori del concorso una volta che ne sia approvata la graduatoria finale.

Nonostante le procedure concorsuali presentino alcuni tratti co-

<sup>6</sup> D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, commi 1 e 4. Come noto l'intervento sulla giurisdizione in materia di pubblico impiego si deve alla l. 15 marzo 1997, n. 59, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*, art. 11, comma 4; la delegazione legislativa è stata attuata con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, recante *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa*, art. 29.

muni con quelle ad evidenza pubblica (il carattere comparativo, la preordinazione alla stipulazione di un contratto, la disciplina pubblicistica della fase di aggiudicazione e quella privatistica dell'esecuzione)<sup>7</sup>, pare infatti che per i concorsi non si sia determinata quella "trasfigurazione" della posizione giuridica delle imprese viceversa registrata nel settore degli appalti<sup>8</sup>, che ha condotto, tra le altre cose, all'affermazione della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pur in presenza di atti amministrativi legittimi (capitolo VI).

L'approfondimento del contenzioso consentirà di verificare l'ipotesi di una differenza sostanziale tra le due procedure, e di avanzare altresì una tesi ricostruttiva che colga la *ratio* di tale differenza a partire dalla diversa pregnanza dell'interesse pubblico ad esse sotteso.

### 1. *Un principio istituzionale dell'organizzazione pubblica tra Stato e Nazione*

La necessità di selezionare un corpo di funzionari al servizio del principe ha indicato nel tempo il pubblico concorso quale modello principale di accesso ai pubblici uffici, distinguendosi dai principi e strumenti di organizzazione tipici dell'impresa, o comunque disciplinati dal diritto privato, che hanno pur ispirato talune riforme dell'organizzazione pubblica (c.d. *New Public Management*)<sup>9</sup>.

Il pubblico concorso è principio istituzionale che ha trovato formale enunciazione in alcune costituzioni del XX secolo<sup>10</sup>, ma che

<sup>7</sup> Per una disamina si veda S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Cedam, Padova, 117 ss.

<sup>8</sup> A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 12 ss.

<sup>9</sup> L'originaria elaborazione della teoria del *New Public Management* è normalmente attribuita a D. OSBORNE e T. GAEBLER, *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*, Addison-Wesley, New York, 1992. Per una ricostruzione recente dell'influenza esercitata dalle teorie del NPM sull'ordinamento italiano: D. DE MASI, *Lo Stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell'Italia postindustriale*, Rizzoli, Milano, 2020, 256. Per un bilancio delle riforme: S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *Istit. fed.*, 2021, 291 ss.; J. ZILLER, *An Impact of Public Management Concepts on Civil Service Regimes?* (March 20, 2023), in C. FRAENKEL-Haeberle, K.P. KRZYWON, A. SOMMERMANN (eds.), *The Civil Service in Europe: A Research Companion*, Routledge, 2023, in corso di pubblicazione, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4404128>.

<sup>10</sup> Non solo in Italia, ove il principio è enunciato all'art. 97, comma 4, Cost., ma anche ad es. in Portogallo: «*Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função*

caratterizza l'amministrazione professionale a partire, quantomeno, dalla formazione dei moderni stati nazionali<sup>11</sup>, esprimendo l'esito di un'evoluzione plurisecolare ove il concorso è correlato – insieme o in alternativa all'esame professionale<sup>12</sup> – all'idealtipo di un apparato burocratico posto prima al servizio del re, poi dello stato-nazione.

È vero che il ricorso al modello concorsuale si generalizza in molti ordinamenti occidentali – di *civil law*<sup>13</sup> come di *common law*<sup>14</sup> – tra

*pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso»* (art. 47, comma 2, Cost.); in Slovenia: «L'impiego nell'amministrazione dello Stato è possibile solo sulla base di competizioni aperte, salvo i casi previsti dalla legge» (art. 122, Cost.); in Brasile: «*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração»* (art. 37, n. II, Cost.); in Ecuador: «*El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora»* (art. 228, Cost.).

<sup>11</sup> Per ampi riferimenti vedi *infra* par. 5 e spec. nt. 127, 138-142.

<sup>12</sup> L'esame era il sistema di reclutamento in uso nell'Italia preunitaria e in molti settori dell'amministrazione dell'Italia unificata prima della generalizzazione dei concorsi (di cui alla l. 25 giugno 1908, n. 290, *sullo stato giuridico degli impiegati civili*, art. 5, comma 1, n. 5). A sostegno del superamento degli esami e del passaggio ai concorsi, nel 1873 si veda la relazione dell'on. Manfrin sul secondo progetto Lanza di riforma dello *status* dei funzionari pubblici: «quando si tratta di una semplice dichiarazione di idoneità, gli esaminatori sono facili ed indulgenti; mentre dovendosi dare la preferenza ad alcuni fra gli accorrenti, la coscienza di colui che esamina gli comanda la massima severità, imperocché l'indulgenza verso di uno tornerebbe di danno ad un altro».

<sup>13</sup> In Francia la selezione per concorso si generalizza a partire dal 1885, pur in assenza di una legge generale che ne proclami l'obbligatorietà per l'insieme degli impieghi pubblici: F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, cit., 336; F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 348.

<sup>14</sup> Nel Regno Unito le «*open competitive examination*» gestite dalla *Civil Service Commission* sono introdotte con l'*order in council* di Gladstone del 4 giugno 1870 che dà attuazione al Northcote-Trevelyan Report (1854): R. LOWE, *The Official History of the British Civil Service, Reforming the Civil Service, Volume 1: The Fulton years, 1966-81*, Routledge, London and New York, 2011, 18 ss.; J. BURNHAM and R. PYPER, *Britain's Modernised Civil Service*, Bloomsbury, New York, 2008, 14-15; C. PILKINGTON, *The Civil Service in Britain today*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1999, 18 ss.; E.N. GLADDEN, *Foreign Government and Politics: The British Civil Service in Transition*, in *The American Political Science Review*, 1949, 333-334; J.E. HODGETTS, *Unifying the British Civil Service: Some Trends and Problems*, in *The Canadian Journal of Economics and Political Science / Revue canadienne d'Economie et de Science politique*, 1948, 4 ss. Negli USA l'in-

la seconda metà del XIX e l'inizio del secolo successivo, ivi compreso in quello italiano, ove esso diviene modello generale di reclutamento negli impieghi civili dello Stato con l'adozione dello statuto che per la prima volta disciplina diritti e obblighi degli impiegati<sup>15</sup>. Le origini, tuttavia, son ben precedenti: il definitivo "trionfo della burocrazia specializzata"<sup>16</sup> si produce, infatti, negli stati più sviluppati già nel corso del XVI secolo, quando lo stato assoluto introduce strumenti di selezione degli impiegati che intendono accertarne le capacità

troduzione del modello si deve al *Civil Service Act* o *Pendleton Act* del 16 gennaio 1883, su cui si vedano: J. PELLEW, *The Spoils System and the Concept of Merit in the American Civil Service*, in *Le système du mérite - The merit system*, edited by - sous la direction de S. Cassese e J. Pellew, IISA, Bruxelles, 1987, 71; L.S. GREENE, *The Civil Service in the United States / La burocrazia negli Stati Uniti*, in *Il Politico*, 1959, 430; L.D. WHITE, *Politics and Civil Service*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1933, 169, *The Crisis of Democracy* (Sept. 1933), 86 ss.; A. HOOGENBOOM, *The Pendleton Act and the Civil Service*, in *The American Historical Review*, 1959, 301 ss. Per una ricostruzione italiana: C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, 323 ss.

<sup>15</sup> L. n. 290 del 1908, cit., art. 5, comma 1, n. 5, poi confluito nel R.d. 22 novembre 1908, n. 693, *che approva il testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati*, art. 3. Con il R.d. 30 dicembre 1923, n. 2960, *Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'amministrazione dello Stato*, art. 1, il principio del concorso assume massima estensione giungendo a ricomprendere anche gli impiegati da reclutare in forma temporanea «per il disimpegno dei servizi di copia e di fatica» (cfr. M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 614). Sulle origini del concorso nell'ordinamento italiano: G. MELIS, *Gli impiegati pubblici*, in *Impiegati*, a cura di G. Melis, Rosenberg & Sellier, Torino, 2004, 22; ID., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, il Mulino, Bologna, 1996, 53; ID., *Il sistema del merito nel Ministero degli affari esteri (1861-1887)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 429 ss.; R. UGOLINI, *Il criterio del merito nel Ministero della pubblica istruzione (1848-1900)*, *ivi*, 1987, 417 ss.; E. GUSTAPANE, *L'introduzione nell'ordinamento amministrativo italiano del principio del merito per l'accesso agli impieghi pubblici: il caso del Ministero dell'interno*, *ivi*, 1987, 449 ss.; ID., *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, in *Le fatiche di Monsu Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, a cura di A. Varni e G. Melis, Torino, 1997, 22; ID., *La preparazione dei funzionari: un'inchiesta sui concorsi alla fine dell'800*, in *Storia, Amministrazione, Costituzione*, Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica, il Mulino, Bologna, 1994, 2, 235 ss.

<sup>16</sup> M. WEBER, *Politik als Beruf* (1995) trad. it. a cura di E. Coccia, *La politica come professione*, con introd. di L. Cavalli, Armando editore, Roma, 2010, 50: contemporaneamente all'affermarsi dell'assolutismo dei principi sulla società degli ordini, il trionfo della burocrazia specializzata diede avvio a una progressiva abdicazione di sovranità in favore degli stessi funzionari, benché fossero stati proprio questi ultimi a rendere possibile la vittoria dei principi.

intellettuali, tecniche e morali, attingendo a esperienze lontane nel tempo e nello spazio, dalla Cina imperiale<sup>17</sup> agli antichi egizi<sup>18</sup>.

L'ulteriore evoluzione che conduce all'emergere dell'idea di *nazione* quale sostrato della sovranità, non implica il superamento del principio concorsuale, ma anzi ne rafforza la legittimazione, correlandone la previsione di un nuovo fondamento che si aggiunge, senza sostituirlo, a quello preesistente. A partire dalle dichiarazioni dei diritti d'epoca liberale, è lo stesso principio democratico e di sovranità popolare a imporre la selezione per concorso, secondo un esito che è indiscusso fino alla crisi dell'"ideologia del merito" che scoppia nella seconda metà del XX sec.<sup>19</sup>.

Analogamente a quanto rilevato con alcuni commenti talora sferzanti sulla democrazia<sup>20</sup>, non sembrano a tutt'oggi contrapporsi serie proposte alternative al modello del concorso, benché, come si vedrà, se ne siano di frequente evidenziati i limiti<sup>21</sup>. Siano essi l'incapacità di

<sup>17</sup> Su cui vedi *infra*, par. 5.

<sup>18</sup> È Max Weber a descrivere il sistema burocratico-professionale dell'antico Egitto in *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922-1956), trad. it. a cura di P. Rossi, *Economia e società*, vol. IV, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, 144 ss.

<sup>19</sup> Per tutti: M.J. SANDEL, *La tirannia del merito*, cit.; M. BOARELLI, *Contro l'ideologia del merito*, Laterza, Bari-Roma, 2019.

<sup>20</sup> Si vedano ad es. le molte citazioni delle riflessioni anche caustiche sull'eccesso di democrazia di Norberto Bobbio riportate di recente da E. GROSSO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, 2.10.2015. Può ricordarsi inoltre la nota citazione di W. Churchill tratta da un discorso alla Camera dei comuni del novembre 1947: «è stato detto che la democrazia è la peggior forma di governo, eccezion fatta per tutte quelle forme che si sono sperimentate fino ad ora».

<sup>21</sup> I pro e contro del modello concorsuale sono evidenziati già a fine '800 dall'on. Depretis nella relazione al progetto di riforma della pubblica amministrazione presentato al Senato il 4 febbraio 1881, citato in R. VUOLI, *Il sistema del concorso nella legislazione italiana*, in *Riv. int. scienze sociali e discipline ausiliarie*, 90, 344, 1921, 315-316: «Certo, chi ha esperienza dei fatti, non crederà agevolmente alla infallibilità dei giudizi di concorso; ma sarà sempre questo il meno incerto e soprattutto il meno arbitrario dei mezzi di reclutamento dei pubblici funzionari; che se non sempre il giudizio viene favorevole ai meglio merittanti, ha però sempre il vantaggio di escludere gli inetti»; e poi ancora: «non mancano certamente le obiezioni all'adozione di questo sistema in modo assoluto e generale; ma (...) nello stato presente dei nostri ordinamenti scolastici ed amministrativi, è questo il solo mezzo cui praticamente si può ricorrere per assicurare un buon reclutamento dei pubblici ufficiali, per garantire l'eguaglianza dei concorrenti agl'impieghi dello Stato, chiudendo così la via degli abusi». Vedi inoltre L. RAGGI, *Diritto amministrativo, vol. IV: soggetti, organi, organizzazione dell'amministrazione diretta. Lezioni svolte nell'anno accademico 1931-32*, Cedam, Padova, 1935, 215: «Questo sistema del concorso può sottoporsi a critiche, ma, specialmente considerata la mentalità dei paesi latini, è quello che presenta i migliori vantaggi»; E. TOMMASONE, *L'attività dell'amministrazione nel concorso*

garantire una selezione effettivamente rispondente alle esigenze della pubblica amministrazione, utile cioè a individuare tra i candidati quelli dotati della “migliore” professionalità, poiché «pel concorso lo Stato è costretto a contentarsi di una eccellenza relativa e non assoluta, potendo chi rimane vincitore non essere il più idoneo di tutti, ma solo il meno incapace fra pochi»<sup>22</sup>. Oppure, di converso, se ne evidenzia l’incapacità di offrire un’opportunità di accesso agli impieghi pubblici a tutte le componenti sociali, con piena attuazione di quella declinazione del principio democratico che vuole l’organizzazione pubblica sia lo “specchio della Nazione”.

Critiche che si sono al più risolte nel favorire l’elaborazione di correttivi e aggiustamenti puntuali (all’articolazione del procedimento, ai requisiti di partecipazione, e così via), poiché «la pratica può, contemperandoli e adattandoli ai casi, evitarne gl’inconvenienti o attenuarli d’assai»<sup>23</sup>. Né l’introduzione di norme in deroga è andata oltre il carattere d’eccezione, assurgendo al rango di previsioni generali, fondative di modelli compiuti di organizzazione pubblica che al reclutamento per concorso abbiano saputo offrire una valida alternativa.

Non offrono un modello alternativo neppure le critiche più radicali volte alla mera negazione del concorso: che si tratti di quelle tese *sic et simpliciter* a promuovere la cooptazione, o a suggerire sinanco l’estrazione a sorte, eventualmente a partire da elenchi precompilati di soggetti potenzialmente idonei al ruolo<sup>24</sup>. Tutte, infatti, sono in-

*a pubblico impiego*, Libreria Editrice Fiorentina, Firenze, 1926, 37: «Certo, la scelta per concorso non è neppure essa un sistema ideale, se questo può esistere, ma è il sistema che offre in concreto inconvenienti meno gravi e si ritiene “il solo mezzo che possa assicurare nel modo più giusto ed obbiettivo la scelta dei migliori per cultura ed attitudine”» (con rinvio a O. RANELLETTI, *Relazione della Commissione per lo studio della riforma dell’amministrazione dello Stato*, Roma, 1919, 17); nello stesso senso C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1950, 209: «Quantunque a codesto sistema non manchino critiche assai fondate (...) esso appare l’unico possibile»; M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Società editrice libraria, Milano, vol. II, pt. III, 1935, CLXIII: «Naturalmente, neppur questo sistema si sottrae del tutto alle critiche; e contro di esso si adducono il cieco favore della sorte, la preparazione spesso puramente mnemonica e farraginoso, le frodi piccole e grandi, la constatazione che le qualità di amministratore non si rivelano attraverso un concorso e che non sempre i più colti sono i più idonei alla vita amministrativa, etc. Tali critiche contengono una parte di vero; ma non bisogna esagerare».

<sup>22</sup> S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, Tipi di Lorenzo Citi, Pisa, 1864, 199-200.

<sup>23</sup> L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Fratelli Bocca, Torino, 1909, 205.

<sup>24</sup> G. VETRITTO, *Il reclutamento dei pubblici dipendenti dopo il d.lgs. n. 29 del 1993*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, 430 ss. L’estrazione a sorte è suggerita come soluzione per l’accesso alle più selettive università americane, per porre rimedio alla “tirannia”

capaci di soddisfare con un “modello” altrettanto efficace ciò cui il concorso – quale strumento che più «si raccomanda alla ragione»<sup>25</sup> – è in grado di assolvere da anni<sup>26</sup>.

Unica eccezione sistemica è data – quantomeno *prima facie*<sup>27</sup> – dal modello di accesso attraverso scuole e università<sup>28</sup>, ove la finalità di istruzione delle *élite* si sovrappone e confonde con quella di selezione dei funzionari amministrativi, com'era ad es. il caso dell'Università imperiale e delle “scuole dinastiche” istituite nella Cina Ming<sup>29</sup>, o dell'alunnato prussiano<sup>30</sup>.

della meritocrazia, da M.J. SANDEL, *La tirannia del merito*, cit., 186. Il sorteggio rispecchia una concezione di egualitarismo “semplice”, che sposta il problema sulla scelta di chi escludere dal gruppo entro cui effettuare l'estrazione, in ragione dell'individuazione di specifiche differenze: «minore è il numero di tali differenze significative, maggiore è la probabilità di risultati assurdi»: G. CALABRESI e P. BOBBITT, *Tragic Choices* (1978), trad. it. a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, *Scelte tragiche*, II ed. italiana, Giuffrè, Milano, 2006, 38.

<sup>25</sup> L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 205.

<sup>26</sup> La riflessione contemporanea non sembra aver elaborato modelli ulteriori di scelta dei funzionari rispetto a quanto già evidenziato in E. TOMMASONE, *L'attività dell'amministrazione nel concorso a pubblico impiego*, cit., 13, 16: «l'estrazione a sorte, la trasmissione ereditaria, la vendita, la libera scelta, la elezione, il concorso sono i vari modi di scelta dei pubblici funzionari sin qui adottati nel tempo e nello spazio»; nello Stato moderno s'impone «la designazione per capacità», che può avvenire «per libera scelta (c.d. chiamata), per concorso o per votazione del corpo elettivo»

<sup>27</sup> Nella Cina imperiale la funzione di reclutamento soppianta nel tempo quella di istruzione superiore pur inizialmente esercitata attraverso il sistema delle scuole dinastiche. In tal senso B.A. ELMAN, *Civil Examinations and Meritocracy in Late Imperial China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) – London (England), 2013, 97: «Despite their initial success as an empire-wide school network, dynastic schools eventually were absorbed into the examination system and during the Minh and Qing dynasties remained schools in name only. Little actual teaching took place in them, and they simply became quota-based way stations for students to prepare on their own for civil service examinations and receive stipends for their efforts». Per altri riferimenti vedi *infra*, nt. 135.

<sup>28</sup> D. IARIA, *Concorso pubblico*, in *Il diritto - Enc. giur.*, vol. III, Il Sole 24 ore, Milano, 2007, 564.

<sup>29</sup> Tale modello non è da confondersi con il sistema delle scuole amministrative del tipo dell'*École Nationale d'Administration Publique* (ENA), che viceversa sono da ricondursi al principio concorsuale, atteso che il concorso è in tali casi per l'accesso alla scuola che contemporaneamente è reclutamento nella *fonction publique*, senza condurre all'attribuzione di un titolo di studio.. Gli allievi sono reclutati con lo status di funzionario “stagiaire” e la graduatoria finale è utile esclusivamente alla distribuzione dei posti, senza determinare in alcun modo l'attribuzione di un titolo di studio. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia europea, pur affermando l'obbligo di mutuo riconoscimento della formazione ottenuta con la frequenza delle scuole amministrative, riconosce che non si tratta di un titolo di studio in senso proprio: C. giust., 9 settembre 2003, C-285/01,

Il pubblico concorso caratterizza contemporaneamente, come si è detto, il processo di costituzione dello stato quale moderna modalità di organizzazione del potere, e quello – ad esso successivo nel tempo – di formazione della nazione<sup>31</sup>, o meglio dell’emergere sul piano giuridico e ordinamentale dell’entità nazionale quale sostrato necessario dell’organizzazione statale (il c.d. stato-nazione)<sup>32</sup>.

Il primo, come noto, prende avvio fin dal basso medioevo, con

*Burbaud*. Per la recente riforma dell’ENA, trasformata in *Institut National du Service Public* (INSP): A. MAGLIARI, *La riforma della haute fonction publique in Francia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 26 ss. e altri riferimenti infra, in capitolo II, nt. 220.

<sup>30</sup> La continuità tra istruzione (in questo caso universitaria) e selezione dei funzionari si ritrova nel sistema in uso nel XIX sec. per i referendari prussiani, ove al superamento dell’esame di laurea conseguiva automaticamente il reclutamento. Ciò pure se, a ben vedere, il potere di selezione non era trasferito alle università, ma piuttosto queste concorrevano in una scelta che rimaneva affidata agli organi amministrativi; le commissioni d’esame erano infatti miste e composte di professori universitari e di magistrati: M-B. VINCENT, *Serviteurs de l’Etat: les élites administratives en Prusse de 1871 à 1933*, Belin, Paris, 2006, 38 ss. Prima ancora si veda P. BERNARD, *Storia della Prussia dai primi tempi insino all’anno 1847*, Tipografia Elvetica, Capolago, 1847, 27-30; E. LABOULAYE, *De l’enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, in *Revue de la législation et de la jurisprudence*, 1843, 578 ss. Osserva in “Alemania” il «savio intreccio della educazione universitaria con un noviziato nei pubblici uffici», che ne rende l’istituzione «un ricco semenzaio d’impiegati a coltura sempre fresca e abbondante»: F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, Riccardo Marghieri, Napoli, 1882, 186. Altro pare l’alunnato, o “volontariato” inteso come il sistema in cui «vengono ammesse a prestar servizio delle persone che dopo aver dato prova di abilità all’ufficio si procede alla loro nomina»: A. CODACCI PISANELLI, *Appunti di diritto amministrativo: compilati da alcuni studenti sulle lezioni*, Tipografia Agostiniana, Roma, 1899, 313.

<sup>31</sup> Da intendersi qui secondo l’accezione tradizionale espressa da P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino nel di 22 gennaio 1851, Tipografia Eredi Botta, Torino, 1851, 30-32; C. MORTATI, *La rilevanza giuridica del concetto di nazione*, in *Raccolta di scritti*, Vol. IV, *Problemi di politica costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, 553 ss.; F. CHABOD, *L’idea di Nazione*, a cura di A. Saitta ed E. Sestan, Laterza, Bari-Roma, 2002; V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, 787 ss. Per una rilettura, da ultimo: E. HOBBSAWM, *On Nationalism* (2021), a cura di D. Sasson, trad. it. di P. Falcone e R. Prencipe, *Nazionalismo. Lezioni per il XXI secolo*, Rizzoli, Milano, 2021, 213 ss.

<sup>32</sup> Per la differenziazione dei due stadi di evoluzione degli Stati moderni: W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, in *The Formation of National States in Western Europe*, edited by C. Tilly, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1975, 491, ove si richiama in particolare S. ROKKAN, *Models and Methods in the Comparative Study of Nation-Building*, in *Acta Sociologica*, 1968, 12, 63.

l'affermarsi di centri militari-amministrativi cui corrisponde una circoscrizione territoriale di competenza definita. La rivendicazione di autonomia nei confronti del potere secolare e spirituale si trasfigura in affermazione di sovranità, secondo evoluzioni che – pur presentando innegabili specificità – sono caratterizzate da tratti comuni in tutto il continente europeo.

Il secondo comincia più tardi, ed è segnato in particolare dallo “spartiacque storico” della Rivoluzione francese e dall'affermazione del principio di sovranità popolare che ne caratterizza il lascito, pur essendo destinato a trovare piena attuazione soltanto a distanza di tempo<sup>33</sup>.

È la progressiva professionalizzazione dell'amministrazione che accompagna il consolidarsi delle monarchie moderne quali centri di potere alternativi all'impero e al papato, a imporre la selezione di un personale dedicato al servizio del re prima e dello stato poi. Ovunque, e al netto delle differenze nel ritmo di formazione e nella composizione sociale delle burocrazie emergenti, l'evoluzione si traduce nella richiesta crescente di una formazione – prima una formazione purchessia, poi una formazione specifica – cui si accompagna l'individuazione di una cultura di riferimento e il riconoscimento di diritti e doveri di *status*.

Sin dal XVI secolo “*bureaucracy became the means of all means*”<sup>34</sup>, il sostrato indefettibile per la realizzazione dell'apparato statale, che influenza in Europa non soltanto la storia politica, ma anche quella sociale ed economica.

Già nel tardo medioevo ciò che si richiede ai “servitori del re” è anzitutto un vincolo *esclusivo* di fedeltà, ove l'insuperabile contraddizione insita in un rapporto di lealtà “doppia” – nei confronti della monarchia e della Chiesa – porta progressivamente a sostituire con membri laici gli ecclesiastici, rimpiazzando quei “chierici” cui in origine si ricorre prioritariamente per l'individuazione degli ufficiali amministrativi<sup>35</sup>. Alla fedeltà si aggiunge, in guisa di cifra dell'effi-

<sup>33</sup> P. FLORA, *State Formation, Nation-building, and Mass Politics in Europe. The Theory of Stein Rokkan* (1999), trad. it. S. ROKKAN, *Stato, nazione e democrazia in Europa*, a cura di P. Flora, il Mulino, Bologna, 2002, 94-95.

<sup>34</sup> Così W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 509, che richiamano in particolare gli studi di Gustav Schmoller. Nello stesso senso N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, il Mulino, Bologna, 2016, 28, secondo cui nel cinquecento si verifica una «profonda rivoluzione nell'amministrazione e appare la figura del moderno funzionario, che è il vero strumento dell'assolutismo».

<sup>35</sup> M. WEBER, *La politica come professione*, cit., 55-56: i chierici sono i primi presso cui i principi cercano sostegno contro agli ordini, per motivi tecnici, in quan-

cienza dell'amministrazione, la richiesta di una sufficiente capacità di procacciare – nella veste di esattori fiscali – le risorse necessarie all'esercizio delle funzioni assunte dalle nascenti organizzazioni statuali, e anzitutto alla difesa militare, che da sola determina una tassazione crescente<sup>36</sup>.

Si sommano così requisiti di capacità professionale ad altri di idoneità (dignità) e di probità (disinteresse, dedizione, virtù), secondo una correlazione che per secoli è segnata da uno sbilanciamento a favore di questi ultimi<sup>37</sup>.

Sin dagli albori delle organizzazioni statuali l'aumentare del livello di complessità delle funzioni determina inevitabilmente la progressiva valorizzazione della professionalità degli impiegati, benché inizialmente secondo canali informali e senza che il riconoscimento del merito quale criterio di selezione soppianti il reclutamento fondato sul "*patronage and purchase*" che caratterizza l'Europa<sup>38</sup>. La ricerca di mezzi tecnici utili alla soluzione delle questioni amministrative, militari e finanziarie, e la logica dell'efficienza che la sorregge sono peraltro in sintonia con la rivoluzione scientifica che s'afferma nel medesimo periodo<sup>39</sup>.

Il moltiplicarsi delle esigenze assunte dalle monarchie d'epoca moderna e il consolidarsi del potere reale che ne consegue portano alla formazione di un corpo distinto di burocrati, che offre lealtà esclusiva al sovrano in cambio di un riconoscimento di *status*, ove l'appartenenza all'organizzazione burocratica implica prestigio

to esperti di cultura, e per motivi strategici, poiché disinteressati (essendo celibi, non aspirano a un potere politico da esercitare a beneficio dei discendenti). Ciò vale non solo per sacerdoti e monaci dell'Europa medievale, ma anche per bramini, sacerdoti buddisti e lama delle Indie anteriori e dell'Indocina, della Cina buddista, del Giappone e della Mongolia.

<sup>36</sup> W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 457.

<sup>37</sup> È solo in tempi recenti che la "deriva tecnocratica" – determinata dall'aumentare crescente del livello di complessità dell'amministrazione e più ampiamente della società da amministrare – si correla allo svuotamento di valore del discorso politico (con svalutazione della dimensione etica anche in sede di reclutamento), ciò senza che qui si possa attribuire a tale fenomeno un rapporto di causa-effetto. In tal senso M. SANDEL, *La tirannia del merito*, cit., 109 ss.

<sup>38</sup> Il reclutamento "informale" dei più istruiti e capaci delle classi medio alte può funzionare sino a quando si tratta di una minoranza che spicca in una popolazione prevalentemente non istruita e priva di mezzi: W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 481.

<sup>39</sup> In tal senso si veda N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, cit., 27.

e sicurezza economica, contribuendo all'affermazione di un "ethos professionale" che favorisce l'integrazione interna al gruppo<sup>40</sup>.

L'individuazione di un *cursus honorum* tipico e la richiesta di una specifica preparazione – che si tratti del diritto o del cameralismo prussiano – non si traducono necessariamente nel superamento della tendenziale omogeneità sociale della burocrazia emergente. Almeno agli albori la professionalizzazione delle strutture amministrative non è dunque veicolo di una significativa mobilità socio-economica, che si abbia riguardo alla "noblesse de robe" francese (che è in verità è spesso una "bourgeoisie annoblie"), ai "letrados" di Spagna, o ai "Landräte" e "Steuerräte" prussiani<sup>41</sup>.

Tale evoluzione è tuttavia destinata a sovvertire nel tempo il rapporto proporzionale tra quanti accedano al ruolo per nascita o censo e quanti siano selezionati in ragione di capacità e conoscenze, poiché la scelta dei funzionari non risponde più in via preminente a esigenze di controllo della nobiltà, o di esercizio del potere per il suo tramite, ma diviene elemento di costruzione di apparati amministrativi moderni.

Insieme all'innalzamento del livello di istruzione media che si accompagna alla diffusione delle università, ciò conduce all'affermarsi del concorso – o dell'esame professionale – quale strumento di verifica delle conoscenze necessarie all'esercizio delle funzioni. Talora il modello meritocratico insito nel reclutamento per esami non solo determina la valorizzazione della formazione universitaria, ma si traduce nel diretto investimento nelle università da parte dei sovrani, secondo un rapporto di strumentalità agli interessi dell'organizzazione burocratica. Si giunge così all'istituzione di università statali con decisione del re, a partire dallo *studium* di Napoli voluto da Federico II

<sup>40</sup> R. MAYNTZ, *Soziologie der öffentlichen Verwaltung* (1978), trad. it. a cura di A. Buoncompagni, *Sociologia dell'amministrazione pubblica*, il Mulino, Bologna, 1982, 200 ss.

<sup>41</sup> Si vedano: P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, Fayard, Paris, 1992, 454; G. PAGES *La venalita degli uffici nell'antica Francia*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli, P. Schiera, vol. II, *Principi e ceti*, il Mulino, Bologna, 1973, 241; J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli, P. Schiera, vol. I, *Dal Medioevo all'età moderna*, il Mulino, Bologna, 1972, 239; O. DI SIMPLICIO, *Istituzioni e classi sociali: l'egemonia nobiliare*, in *La storia: L'Età Moderna, I quadri generali*, diretto da N. Tranfaglia e M. Firpo, Giappichelli, Torino, 1987, 538; M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell'Unità*, il Mulino, Bologna, 2002, 138; G. CORNI, *La nascita dello stato prussiano*, in *La storia: L'Età Moderna, Stati e società*, diretto da N. Tranfaglia e M. Firpo, Giappichelli, Torino 1986, 456; J. BREUILLY, *The formation of the first German nation-state, 1800-1871*, trad. it. a cura di M. Santoro, *La formazione dello Stato nazionale tedesco*, il Mulino, Bologna, 2004, 69.

già nel 1224 per la formazione dei giureconsulti del regno, il primo ad affiancarsi a quelli a legittimazione corporativa (sul modello di Bologna e Parigi)<sup>42</sup>; in altri casi sono introdotte specifiche cattedre, volte ad assicurare la trasmissione del sapere necessario all'esercizio delle funzioni degli ufficiali più alti in grado<sup>43</sup>.

La dimensione nazionale e identitaria che si afferma in Europa dopo la rivoluzione francese fa del concorso, come si vedrà, un elemento che contribuisce all'emergere e consolidarsi del principio di sovranità popolare, ove il servizio "pubblico" non è più del re in quanto depositario della sovranità per legittimazione divina, ma diviene servizio dello stato nella sua dimensione di organizzazione preposta al perseguimento dell'interesse generale.

Il concorso serve dunque per l'accertamento di una professionalità che è sempre più essenziale all'esercizio delle funzioni, ma anche come strumento di scelta in una platea di candidati che viene progressivamente ad estendersi, e dunque come garanzia dell'egualità di *chances* nell'esercizio di "porzioni" di sovranità, ponendosi a presidio dell'effettività di un diritto politico dei cittadini. Esso è così cifra caratterizzante dell'organizzazione statale anche nel momento in cui questa diviene stato-nazione, fondato su un vincolo di appartenenza a carattere identitario<sup>44</sup>.

La più recente crisi dello stato-nazione<sup>45</sup> non vale a mettere in

<sup>42</sup> Cfr. J. LEGOFF, *Les intellectuels au Moyen Âge* (1959), trad. it. *Gli intellettuali nel Medioevo*, Mondadori, Milano, rist. 2014, 66 ss.; J. VERGER, *Les universités au moyen âge*, PUF, Paris, 1973, 47 ss. Sull'Università come "organizzazione di persone": U. POTOSCHNIG, *L'Università come società*, in *Riv. giur. della scuola*, 1976, 269-275, e ora in *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 1999, 818-819; H. RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, vol. II, Oxford University Press, London, 1936, 21 ss. Da ultimo si veda R. CAVALLO PERIN, *L'Università come istituzione di libera scienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 549 ss.

<sup>43</sup> Per l'istituzione nel 1727 delle prime cattedre di scienze camerali presso le Università di Halle e Frankfurt/Oder con decisione di Federico Guglielmo I: W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 518.

<sup>44</sup> E. HOBSBAWM, *On Nationalism*, cit., 210 ss.

<sup>45</sup> Sulla crisi dello Stato-nazione la letteratura è molto ampia; fra molti, si vedano: Z. BAUMAN, *Globalization: the Human Consequences* (1998), trad. it. a cura di O. Pesce, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Bari-Roma, 1999, 63 ss.; A. VON BOGDANDY, S. HÄUBLER, *Nations*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, August 2019, Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>); A. SMITH, *Nations and Nationalism in a Global Era* (1995), trad. it. a cura di A. Sfrecola, *Nazioni e nazionalismi nell'era globale*, Asterios, Trieste, 2000, 99 ss.; K. OHMAE, *The End of Nation State: the Rise of Regional Economies* (1995), trad. it a cura di E. Angelini, *La fine dello Stato-nazione*, Baldini&Castoldi, Milano,

discussione il principio del pubblico concorso quale precipuo modello di reclutamento nelle organizzazioni pubbliche. Basti dire che i principi di eguaglianza e merito che sono ad esso propri conformano gli strumenti di assunzione del personale nella stragrande maggioranza delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, che per molti versi riprendono i caratteri della burocrazia statale, al più contaminando il modello “di carriera” tipico dell’Europa continentale con elementi derivanti dalle culture anglosassoni, tradizionalmente meno inclini a una formalizzazione e riconoscimento della specialità dell’amministrazione. Ciò è tanto più vero ove si tratti di organizzazioni che esercitano, direttamente o indirettamente, funzioni di amministrazione attiva grazie alla cessione di porzioni di sovranità da parte degli stati che ne sono membri, come è il caso delle istituzioni dell’Unione europea, cui si accede prevalentemente mediante concorso, sia pure secondo un modello non privo di peculiarità e adattamenti<sup>46</sup>.

1996, 37 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello stato*, Laterza, Bari-Roma, 2002, 21 ss.; più di recente ID., *La sovranità degli Stati? È destinata a tramontare*, introd. a G.A. BORGESSE *Foundations of the world republic* (1953), trad. it. a cura di L. Matteoli e A. Terranova, *Fondamenti della repubblica mondiale*, La nave di Teseo, Milano, 2022, ripubblicata ne *il Giornale*, 2 luglio 2022, 24; ID., *From the Nation-State to the Global Polity*, in *Reconfiguring European States in Crisis*, edited by D. King and P. Le Galès, Oxford University Press, New York, 2017, 78 ss.; D. KING and P. LE GALÈS, *Introduction: A Reconfigured State? European Policy States in a Globalizing World*, *ivi*, 1 ss.; A. BARILE, S. HASSAN, *Dallo Stato-nazione allo Stato post-nazionale: perché oggi è impossibile pensare una politica socialdemocratica*, in *Riv. studi pol.*, 2015, 120 ss. Per l’osservazione del contributo di internet e delle nuove tecnologie alla crisi dello stato-nazione: L. CASINI, *Lo Stato nell’era di Google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1136 ss.; ID., *Lo Stato (im)mortale, I pubblici poteri tra globalizzazione ed era digitale*, Mondadori, Milano, 2022. Da ultimo sull’insuperabilità dello Stato come modello organizzativo delle società contemporanee, nonostante le crisi e gli adattamenti imposti dalla globalizzazione, dalla digitalizzazione, dai flussi migratori, ecc.: J. CHEVALLIER, *L’État en France. Entre déconstruction et réinvention*, Gallimard, Paris, 2023; P. PETTIT, *The State*, Princeton University Press, 2023, 60 ss.

<sup>46</sup> Regolamento n. 31 (C.E.E.) 11 (C.E.E.A.), *relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell’Energia Atomica*, art. 29. In tema si vedano: D. GEORGAKAKIS, *Au service de l’Europe. Crises et transformations sociopolitiques de la fonction publique européenne*, Éditions de la Sorbonne, Paris, 2019, ch. 5, in OpenEdition Books (<https://books.openedition.org/>, consultato a giugno 2023); C. BAN, *La réforme du processus de dotation en personnel dans les institutions de l’Union européenne: comment se débarrasser de la vache sacrée*, in *Revue Internationale de Sciences Administrative*, 2010/1, 76, 18; S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, Giuffrè, Milano, 2007, 253 ss.

## 2. Il concorso come esercizio di pubblico potere

Il concorso pubblico è stato criticato per l'inadeguatezza alla selezione dei migliori candidati<sup>47</sup>, ma anche per il carattere eccessivamente nozionistico e "accademico" delle prove d'esame<sup>48</sup> e per l'incapacità

<sup>47</sup> Benché si tratti di un modello assestato, non può negarsi come nelle singole esperienze nazionali vi siano state più o meno esplicite proposte di superamento del principio del concorso: così in Italia ne è stata anzitutto occasione la riforma dell'impiego pubblico d'inizio anni '90 caratterizzata, come noto, dalla valorizzazione del ruolo del dirigente pubblico nella sua qualità di "manager" della pubblica amministrazione, dotato della capacità e i poteri del privato datore di lavoro e perciò asseritamente capace di selezionare *direttamente* i propri collaboratori. Più di recente si sono osservati molteplici tentativi, se non di superamento, di elusione del principio, con la previsione legislativa di generose e ripetute deroghe a beneficio di particolari categorie di lavoratori, che si tratti dei dipendenti di ruolo – che hanno a più riprese beneficiato di concorsi interni e progressioni riservate – dei c.d. "precari" o avventizi, con le ripetute misure di stabilizzazione del personale, o ancora dei lavoratori assunti da società controllate, con il diretto assorbimento negli organici degli enti pubblici controllanti. Per il superamento della tradizionale caratterizzazione pubblicistica del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni: M. RUSCIANO, D. SIMEOLI, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, aggiornamento VII, Utet, Torino, 2017, 448-449; L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2000, 1032 ss.; V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, Jovene, 2002, 63 ss.; ID., *I concorsi pubblici tra merito e imparzialità: quali modelli per soddisfare realmente i bisogni delle amministrazioni*, in *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, a cura di U. Carabelli e L. Zoppoli, Quaderno 6/2021 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Futura, Roma, 2021, 74-75; L. CUPIDO, *Assunzioni, tipologie, disciplina del rapporto di lavoro*, in *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di P. Alleva, G. D'Alessio, M. D'Antona, Ediesse, Roma, 1995, 238 ss. Sulle capacità e i poteri del privato datore di lavoro attribuiti al dirigente pubblico dalle riforme degli anni '90: P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2007, 220 ss. Sui limiti della ricostruzione del dirigente nella qualità di "manager" della p.a., che si ritiene espressione di quella che non può essere altro che una "fictio" giuridica, si veda in particolare: M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 65-66; si consenta inoltre il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 309 ss.

<sup>48</sup> Così già E. FAGUET, *Le culte de l'incompétence*, Bernard Grasset Editeur, Paris, 1910, 178: «*la préparation aux examens est une ingurgitation de savoir, un entassement, un gavage, qui d'abord rend tout passif un homme peut être bien doué à l'âge qui est celui de l'activité intellectuelle la plus vive, qui, ensuite, par l'effet du surmenage, dégoûte du travail intellectuel, et y rend impuissant pour toute sa vie le patient ainsi traité pendant cinq, huit ou dix ans de sa jeunesse*».

di attrarre e selezionare professionalità specifiche (specie tecniche)<sup>49</sup>, perpetuando al contrario il c.d. *juristenmonopol*<sup>50</sup>. Critiche minori si sono invece appuntate contro l'utilizzazione di test preselettivi che premiano le capacità mnemoniche dei candidati<sup>51</sup>, l'inadeguatezza dei requisiti di accesso (che non restringono abbastanza, o lo fanno in modo irragionevole)<sup>52</sup>, o la lunghezza e i costi delle procedure<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Si veda da ultimo S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2023, 40, ove si osserva come più della metà dei dipendenti pubblici ha una formazione in discipline socio-umanistiche, meno del dieci per cento in discipline scientifiche.

<sup>50</sup> Sul razionalismo giuridico come cultura tipica dello stato assoluto e della rivoluzione: M. WEBER, *Politik als Beruf* (1995), cit., 57-59. Sull'«irresistibile ascesa dei «giuristi» all'inizio del Novecento: G. MELIS, *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli «economisti»*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 16 ss.

<sup>51</sup> L'organizzazione delle preselezioni è spesso appaltata all'esterno della pubblica amministrazione, come da ultimo consente espressamente il d.l. 30 aprile 2022, n. 36, recante *Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, conv. in l. 29 giugno 2022, n. 79, art. 3, comma 1, lett. c.

<sup>52</sup> Il numero eccessivo di candidati, non sufficientemente selezionati in fase preliminare, conduce a ulteriori storture sintetizzate evocando la «tragedia della valutazione»: B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, in *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Giuffrè, Milano, 2012, 150.

<sup>53</sup> Le procedure arrivano a protrarsi talora per alcuni anni dalla pubblicazione del bando alla stipulazione dei primi contratti di assunzione. Trattasi di critiche cui in Italia il legislatore ha offerto alcune risposte di recente, aprendo la sperimentazione di modelli in parte inediti di reclutamento. Con una brevissima rassegna si possono a tal fine ricordare la l. 19 giugno 2019, n. 56, recante interventi per la «concretezza» dell'amministrazione pubblica, che in particolare si segnala per l'intervento mirante a reclutare specifiche professionalità (con «elevate competenze» in alcuni ambiti predeterminati, come la digitalizzazione, la contrattualistica pubblica, la gestione dei fondi strutturali e così via), ma anche per la deroga (transitoria) all'obbligo di previo esperimento della mobilità per velocizzare le procedure (art. 3). Più di recente è il d.l. 9 giugno 2021, n. 80, in tema di rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni in vista dell'attuazione del PNRR, conv. in l. 6 agosto 2021, n. 113, a introdurre un modello di reclutamento per personale a tempo determinato e collaboratori esterni alla p.a. che combina la previsione di procedure concorsuali semplificate e liste idoneative gestite a livello centrale o in collaborazione tra enti diversi, cui possono attingere le singole amministrazioni, oltre alla valorizzazione dei titoli per consentire il reclutamento di esperti e professionisti in tempi rapidi. Tale intervento normativo è stato in particolare criticato perché produce vivai di precari destinati a future stabilizzazioni, in deroga al principio del concorso. Purtroppo, esso ha senz'altro il merito di proporsi l'attrazione di professionalità qualificate attraverso stipendi più elevati (per il personale assunto con contratto a tempo determinato lo stipendio è quello dell'area III, posizione economica F3 del comparto ministeri, cioè lo stipendio di un funzionario laureato a metà carriera), e allo stesso tempo di velocizzare le selezioni anche grazie alla centralizzazione di almeno parte delle procedure, secondo il modello delle centrali

Con riferimento alle prime non si può non notare che le proposizioni evidenziano due opposte ragioni tra loro incompatibili: da un lato la critica pare rivolta non tanto al principio del concorso in sé, ma alle modalità applicative che di volta in volta si rivelano obsolete. Così, test o prove d'esame su argomenti giuridici appaiono all'evidenza inidonei a selezionare tecnici con esperienza professionale, o ancora a favorire l'emergere di nuove professionalità che sappiano contestualmente usare linguaggi, metodi e conoscenze di diversi rami del sapere<sup>54</sup>. Così come non lo sono generici requisiti d'accesso, che individuano un candidato ideale ascrivibile a non meglio precisati profili tecnico-amministrativi, secondo la tradizione del modello di carriera e della formazione "sul campo" di cui la presente complessità disvela l'inadeguatezza. Del pari, le prove impostate secondo un approccio eccessivamente scolastico sono probabilmente incapaci di offrire elementi di valutazione di caratteristiche e abilità personali pur utili all'inserimento nell'ambiente di lavoro<sup>55</sup>. Critiche che po-

di committenza e dei concorsi unici. Molte questioni rimangono tuttavia aperte, come ad es. quella della preparazione ai concorsi pubblici, che è tuttora consegnata di fatto al mercato privato. Per un commento si veda A. RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, 301 ss.; B. CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 17 ss.; S. PEDRABISSI, *Il sistema di reclutamento tramite concorso pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2022, 763 ss.; M.D. FERRARA, *Il sistema di reclutamento tramite concorso e le modalità alternative al concorso*, in *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, a cura di A. Boscati, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021, 201 ss. Per ulteriori strumenti di razionalizzazione delle procedure di selezione, con particolare attenzione alla digitalizzazione del reclutamento, si veda *infra*, capitolo V.

<sup>54</sup> Di recente evidenzia la correlazione tra una «malintesa declinazione del sapere giuridico» prevalente tra le competenze presenti nelle fila del personale pubblico, e «lunghezza, rigidità e farraginosità dei processi decisionali»: A. MARRA, *I pubblici impiegati tra vecchi e nuovi concorsi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 233 ss. Sui limiti delle formazioni giuridiche: M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187 ss.

<sup>55</sup> Sono le c.d. "soft skills" o abilità "trasversali"; tiene conto dell'esigenza il d.l. n. 36 del 2022, cit., art. 3, comma 1, lett. a e d, di modifica del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 35 *quater*, lett. a, ove si prevede che le prove d'esame accertino nei candidati anche le «capacità logico-tecniche, comportamentali, nonché manageriali», con eventuale integrazione delle commissioni, in sede di predisposizione delle prove, con «esperti in valutazione delle competenze e selezione del personale». D'interesse è evidenziare come già un tempo si lamentasse l'incapacità del concorso di far emergere il «carattere e le altre doti morali dell'individuo» (C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., 209), o «la difficoltà estrema di pesare il valore de' candidati, e specialmente il valor morale; la gran differenza tra il valore teorico e il pratico del funzionario» (L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 20).

trebbero arrivare sino a investire la selezione dei componenti delle commissioni d'esame che tali prove selezionano in attuazione di testi di bando spesso copiati dal passato, che non coinvolgono affatto una valutazione delle professionalità capace di tenere in conto le esigenze attuali dell'amministrazione<sup>56</sup>.

Ben altra prospettiva e profondità possono assumere le critiche sopra indicate ove le si intenda come negazione in radice dei caratteri del pubblico concorso come principio che s'impone all'amministrazione pubblica nella selezione dei propri dipendenti<sup>57</sup>, caratteri che sono stati definiti in ragione di un bilanciamento d'interessi, in altre parole tra pro e contro che rispettivamente la presenza o l'assenza del principio stanno a indicare.

Per quanto riguarda le critiche minori, trattasi di elementi che si ritrovano segnalati con sorprendente corrispondenza in altre epoche storiche<sup>58</sup> e in ordinamenti la cui tradizione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni è più o meno vicina a quella italiana – che si abbia riguardo alla *fonction publique* francese<sup>59</sup> o al *civil service* bri-

<sup>56</sup> Già S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, cit., 198-199, evidenzia come, pur essendo il concorso «il metodo più generalmente seguito per conferire i pubblici uffici (...) la bontà sua dipende del tutto dal modo in che sono ordinati e condotti gli esami, e dalla rigorosa imparzialità dell'amministrazione, la quale molto facilmente potrebbe rendere illusoria la prova, avendo la facoltà di scegliere gli esaminatori e di formulare i programmi».

<sup>57</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav.*, 1993, 471, ove si propone che il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità sia valutato non prendendo in considerazione la legittimità di ogni singola procedura di assunzione, ma «l'attività di reclutamento svolta, in un certo periodo di tempo, da una determinata amministrazione»; o rispetto ai «risultati "sostanziali" dell'attività di quest'ultima»; poiché «può accadere che un reclutamento meno rigorosamente controllato dia luogo a risultati positivi».

<sup>58</sup> Critiche analoghe a quelle menzionate nel testo erano sollevate già all'inizio del '900, con l'affermazione secondo cui: «al concorso occorrono razionali ed utili correttivi: la preparazione di scuole speciali, la sostituzione di prove semplici a quelle abbastanza complesse ora richieste, che impongono accumulamento di dottrina mal digerita e sforzo mnemonico, l'adozione nel giudizio delle prove di criteri più pratici di attitudine e di un giudizio più sintetico e complessivo da concretarsi con la maggiore possibile autorità ed imparzialità garantite da un'accorta scelta dei giudici...»: E. TOMMASONE, *L'attività dell'amministrazione nel concorso a pubblico impiego*, cit., 39. Da ultimo, la critica si ritrova in S. GASPARRINI, *Programmazione delle assunzioni: amministrazioni pubbliche a metà del guado tra vecchie prassi e nuove prospettive*, in *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, cit., 44-45; A. BOSCATI, *Dalle esigenze dell'organizzazione alle modalità di reclutamento: punti critici della disciplina vigente e possibili interventi di riforma*, *ivi*, 49 ss.

<sup>59</sup> Si veda ad es. J.M. EYMERI-DOUZANS, *Les concours à l'épreuve*, in *Revue française d'adm. publ. (RFAP)*, 2012, 142, 313; J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir*

tannico<sup>60</sup> –, ma che condividono un reclutamento ispirato a principi analoghi, a partire dalla pubblicità e dal carattere comparativo della selezione. Non a caso, d'altra parte, si è parlato di una “genesi franco-britannica” del modello concorsuale<sup>61</sup>.

La questione nell'ordinamento italiano è ritornata d'attualità per la massiccia ondata di assunzioni annunciata dal governo per i ministeri e gli enti territoriali<sup>62</sup>, rese più rilevanti anche in ragione del calo costante del personale pubblico<sup>63</sup>, da ultimo accentuato dalle ac-

*de la fonction publique* (2008), trad. it. a cura di R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, Jovene, Napoli, 2011, 183 ss.; C. DESFORGES, *L'évolution des recrutements dans la fonction publique d'État*, in *Revue française d'admin. publique (RFAP)*, 2012, 142, 419 ss.; C. DESFORGES, J.G. DE CHALVRON, *Rapport de la Mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique de l'État*, Paris, Janvier 2008; M. DORNE-CORRAZE et al., *L'organisation et le pilotage des recrutements au sein de la fonction publique*, Rapport au Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, Paris, 2008.

<sup>60</sup> House of Commons, Public Administration and Constitutional Affairs Committee, *The Minister and the Official: The Fulcrum of Whitehall Effectiveness*, Fifth Report of Session 2017-19 published on 18 June 2018 by authority of the House of Commons, 17 ss.; C. BAXENDALE, *How to Best Attract, Induct and Retain Talent recruited into the Senior Civil Service*, September 2014, 9 ss.

<sup>61</sup> F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, cit., 327.

<sup>62</sup> Il riferimento non è solo ai reclutamenti straordinari disposti per consentire la piena realizzazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che riguardano per lo più personale assunto con contratto a termine, ma alla più ampia campagna di reclutamento annunciata a prescindere, per porre rimedio al blocco del *turnover* disposto a fini di contenimento della spesa pubblica a seguito della crisi economica finanziaria del 2007-2008. Per una rassegna degli strumenti utilizzabili per far fronte alle esigenze di reclutamento imposte dalle attuali contingenze: AA.VV., *Il reclutamento: le buone pratiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1231 ss.

<sup>63</sup> Ciò fa dell'Italia tra i paesi UE quello con la percentuale più bassa di dipendenti pubblici in rapporto alla popolazione: Istat, *Rapporto annuale 2022. La situazione del paese*, Istat, Roma, 2022, 57. Secondo il conto del personale pubblico della Ragioneria Generale dello Stato, nel periodo tra il 2011 e il 2020 i dipendenti pubblici sono diminuiti del 2,3%, con una distribuzione disomogenea nei vari comparti: così per le funzioni centrali (Ministeri, Agenzie fiscali, Enti pubblici non economici) la diminuzione raggiunge il 21,6% del totale iniziale, coinvolgendo n. 58.965 addetti, mentre nel comparto delle funzioni locali ha riguardato il 17,9% del personale, per un totale di n. 106.767 addetti (cui ha tuttavia concorso la riallocazione del personale provinciale a seguito della c.d. riforma Del Rio realizzata con l. 7 aprile 2014, n. 56). Viceversa, il comparto istruzione e ricerca ha registrato un aumento costante, con alcuni picchi dovuti in particolare al reclutamento nella scuola nel 2015 e il 2019 (mentre professori e ricercatori universitari sono diminuiti di circa un quinto). I dati sono tratti dal Conto Annuale del personale della p.a. della Ragioneria Gene-

celerazioni nell'uscita dal mondo del lavoro favorite dalle riforme pensionistiche<sup>64</sup>, con l'effetto niente affatto secondario d'ulteriore innalzamento dell'età media nel pubblico impiego<sup>65</sup>.

Quanto alle critiche sulle modalità applicative è evidente che nessuna pone seriamente in discussione il principio del pubblico concorso, quale modello prevalente di assunzione nella pubblica amministrazione e con riguardo a quella che è la sua essenziale configurazione di esercizio di un pubblico potere<sup>66</sup>.

Pubblico potere che in quanto tale è autoritativo, dunque naturalmente funzionalizzato, e cioè attribuito per la cura di interessi pubblici, perciò di necessità trasparente e previsto in Costituzione come principio immanente al nostro sistema. L'autoritatività implica, come

rale dello Stato nel periodo 2011-2019, in <https://www.contoannuale.mef.gov.it>. Per un'analisi: Corte dei Conti, Sez. contr. riun., *Relazione sul costo lavoro pubblico 2020*, Roma, luglio 2020, 69 ss.

<sup>64</sup> Ci si riferisce alla riforma nota come "quota 100": d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26, art. 14, art. 14 *bis*.

<sup>65</sup> L'Italia è il paese dell'area OCSE in cui la percentuale di agenti pubblici di età superiore ai cinquantacinque anni è di gran lunga la più elevata. Nel 2020 nelle amministrazioni centrali il personale con più di cinquantacinque anni era pari al 48,5% circa, contro a una media OCSE del 26% e, per citare solo alcuni esempi tra i più vicini all'esperienza italiana per tradizione giuridica e culturale, al 29,4% della Germania e al 27,7% della Francia. Il dato più vicino a quello italiano riguarda la Spagna, ove ha più di 55 anni il 46% del personale. Correlativamente, l'Italia è tra i paesi ove più basso è il numero di giovani, con una percentuale di addetti delle amministrazioni centrali di età compresa tra i 18 e i 34 anni pari al 2,5% circa, secondo un dato che è inferiore solo in Grecia (1,75%), contro a una media OCSE del 19% e a un dato francese e tedesco pari al 17% circa: OCDE (2021), *Panorama des administrations publiques 2021*, Éditions OCDE, Paris, 113. Già prima del 2010 la "classe modale" del personale (quella cioè che risulta maggiormente popolata) coincideva con quella 45-49 anni, per passare alla successiva (50-54 anni) a partire dal 2010 e quella successiva ancora (55-59 anni) nel 2020. Un dipendente su sette si trova nella classe 60-64 e il numero di quelli nella classe 65-67 è superiore a quanti siano nella classe 20-24. Nel periodo 2001-2020 l'età media è cresciuta di sei anni e mezzo. Si veda nuovamente il Conto Annuale del personale della p.a. della Ragioneria Generale dello Stato nel periodo 2011-2019, in <https://www.contoannuale.mef.gov.it/>. Nello stesso senso Istat, *Rapporto annuale 2022. La situazione del paese*, cit., 59.

<sup>66</sup> In quanto relativo all'esercizio di pubblico potere, il reclutamento del personale delle regioni e dei relativi enti strumentali pertiene alla competenza legislativa esclusiva (o residuale) delle regioni stesse sulla propria organizzazione amministrativa; viceversa la disciplina del rapporto di lavoro dello stesso personale è attratta all'ordinamento civile, che è materia di competenza esclusiva statale; da ultimo: Corte cost., 22 dicembre 2022, n. 267; Corte cost., 12 febbraio 2021, n. 20; Corte cost., 21 dicembre 2020, n. 273; Corte cost., 10 settembre 2020, n. 200; Corte cost., 25 giugno 2020, n. 126; Corte cost., 24 aprile 2020, n. 77; Corte cost., 21 dicembre 2018, n. 241.

noto, la capacità di porre statuizioni con efficacia *erga omnes*, e quindi di produrre effetti giuridici a prescindere dal consenso dei destinatari (con l'emanazione del bando e la proclamazione della graduatoria finale), statuizioni che proprio perché tali implicano l'osservanza di garanzie di imparzialità e trasparenza (art. 97, comma 2, Cost.)<sup>67</sup>. Allo stesso tempo, esse assicurano effettività al diritto dei cittadini di accedere in condizioni di eguaglianza agli impieghi pubblici di cui all'art. 51 Cost., anche nel senso di partecipazione all'esercizio della sovranità.

Non a caso, anche negli ordinamenti in cui manchi l'esplicita proclamazione costituzionale del principio del concorso, esso è inteso quale modalità necessitata di attuazione del diritto d'eguale accesso agli impieghi pubblici<sup>68</sup>, rivendicato con forza nei momenti di rottura rivoluzionaria ad assicurare il più ampio esercizio della sovranità<sup>69</sup>. In tale prospettiva solo l'elezione dei funzionari ha saputo porsi come alternativa alla selezione concorsuale<sup>70</sup>.

Il rapporto tra concorso e sovranità (popolare) si ritrova nella Costituzione italiana nella proclamazione del diritto dei cittadini di «associarsi in partiti per *concorrere* con metodo democratico a determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.), o ancora nell'enunciazione del concorso per la nomina dei magistrati (art. 107, comma 1, Cost.).

Trattasi di un principio che, così inteso, non poteva non essere posto in Costituzione per ribadire con forza il carattere istituziona-

<sup>67</sup> Sull'autoritatività da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 642 ss. Si vedano inoltre F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amorosino, Giuffrè, Milano, 1995, 255 s.; E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2014, 505; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2012, 97; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2107, 25 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazarolli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, *Parte generale*, Monduzzi, Bologna, 2005, 783; evidenzia il successo, nel dibattito novecentesco, dell'accostamento tra supremazia del provvedimento (capacità di incidere unilateralmente nella sfera giuridica soggettiva altrui) e interesse pubblico: B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2000, 206 ss.

<sup>68</sup> Per l'esempio francese, cfr. riferimenti *infra*, in nt. 146.

<sup>69</sup> Il diritto d'eguale accesso agli impieghi è affermato nel 1789, con la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, ma poi anche nel 1848 con la *Constitution* della II<sup>ème</sup> République, di cui si veda l'art. 10: «*Tous les citoyens sont également admissibles à tous les emplois publics, sans autre motif de préférence que leur mérite, et suivant les conditions qui seront fixées par les lois*». Per altri riferimenti, anche alle dichiarazioni dei diritti americane, vedi *infra*, nt. 117.

<sup>70</sup> Vedi *infra*, par. 4.

le, traendone conseguenze che si sono rivelate capaci di riflettersi in sede di prima instaurazione del rapporto di lavoro e anche lungo l'arco della carriera. Il principio del pubblico concorso ha così definito i caratteri della disciplina dell'attribuzione delle mansioni superiori nel pubblico impiego<sup>71</sup>, delle norme sulle progressioni (verticali) in carriera<sup>72</sup>, di quelle sugli effetti dell'abuso dei contratti a termine nel settore pubblico<sup>73</sup>.

Le deroghe al concorso – ammesse dal dettato costituzionale con il rinvio ai casi previsti dalla legge (art. 97, comma 4, Cost.) – sono, come noto, di stretta interpretazione, dovendo trarre ragione in un «interesse pubblico peculiare e straordinario»<sup>74</sup>, tale da essere proporzionato a giustificare l'eccezione<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Come evidenziato da A. PIOGGIA, *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, 285 ss.

<sup>72</sup> Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di progressioni verticali: cfr. *infra*, capitolo IV, par. 5, spec. nt. 221. La riscrittura recente della disciplina posta dal testo unico del pubblico impiego (art. 52, comma 1 *bis*), pur mantenendo fermo il principio per cui almeno il 50% delle posizioni disponibili deve essere destinata all'accesso dall'esterno, reintroduce procedure comparative – per titoli – riservate al personale, con una previsione che pare di dubbia legittimità costituzionale, pur se si comprende la *ratio* di valorizzazione delle carriere del personale.

<sup>73</sup> Per i contratti a tempo determinato è il principio del concorso a escludere la possibilità di conversione automatica del rapporto rinnovato abusivamente, viceversa prevista come sanzione per gli imprenditori. In tema da ultimo: C. giust., 7 aprile 2022, C-236/20, P.G.; C. giust., 11 febbraio 2021, C-760/18, M.V.; C. giust., 7 marzo 2018, C-494/16, Santoro; C. giust., 26 novembre 2014, C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, Mascolo (poi seguita da Corte Cost., 15 giugno 2016, n. 187); C. giust., 26 gennaio 2012, C-586/10, Küçük; C. giust., 4 luglio 2006, C-212/04, Adeneler; C. giust., 7 settembre 2006, C-53/04, Marrosu e Sardino. Per un'analisi recente: M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, 162, 219 ss.; C. TIMELLINI, *I contratti di lavoro flessibile. Le tipologie flessibili*, in A. Boscato, *Il lavoro pubblico*, cit., 319 ss.; E.M. MASTINU, *Ricorso abusivo al contratto di lavoro a termine nel pubblico impiego e danno. Il fuoco della corte di giustizia sotto la cenere della corte di Cassazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 101 ss.; F. SIOTTO, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 374 ss.; M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 133 ss.; A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile «disapplicazione» del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella pubblica amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 885 ss.

<sup>74</sup> Secondo quella che è una formula ricorrente nella giurisprudenza della Corte costituzionale: si veda *infra*, capitolo IV, par. 5.

<sup>75</sup> La giurisprudenza costituzionale non ha impedito al legislatore, specie regio-

### 3. Eguaglianza, merito e buon andamento dell'amministrazione

Il principio di pubblicità, con la necessaria apertura del concorso alla generalità di coloro che siano in possesso dei requisiti prescritti, non può non conciliare due aspetti del modello concorsuale che concettualmente possono essere considerati contrapposti, come l'«uguaglianza» e il «merito»<sup>76</sup>.

Il principio meritocratico è stato spesso inteso quale corollario di quello d'eguaglianza, poiché indica quelli che sono apparentemente gli unici criteri di discriminazione ammissibili in sede di accesso all'impiego<sup>77</sup>, o per la distribuzione di altri benefici (quali ad es. le provvidenze economiche per il sostegno del diritto allo studio, ex art. 34, commi 3-4, Cost.), superando quelli censitari o di nascita tipici delle oligarchie. A ben vedere, tuttavia, merito ed eguaglianza esprimono priorità e interessi divergenti.

Nello stato assoluto il merito coesiste nella selezione degli ufficiali militari e civili con il privilegio nobiliare, poiché si afferma come non debba essere affidato alcun impiego a chi sia privo delle «qualità sufficienti per adempiervi e non abbia dato prova di capacità». Così, leggi speciali individuano chi debba provvedere ai diversi impieghi civili, chi possa accedervi e attraverso quali «preparazioni e prove» correlate alla natura delle funzioni<sup>78</sup>; la professionalità è al tempo

nale, di riproporre ampie e ripetute eccezioni al principio, al punto che si è parlato di «dequotazione» dei concorsi (B. CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, cit., 17), di un principio ascritto alla «Costituzione dimenticata», o comunque di una «cattiva attuazione» del disposto costituzionale (così da ultimo M. ALLENA, M. TRIMARCHI, *La Costituzione dimenticata. Il principio del concorso pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 379).

<sup>76</sup> J. ZILLER, *Egalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1988.

<sup>77</sup> In tema *amplius infra*, capitolo II, par. 3.

<sup>78</sup> *Code Général pour les États Prussiens*, traduit par les Membres du Bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice, t. II, II partie, à Paris, de l'imprimerie de la République, an X, Titolo IX, artt. 35-36 e Titolo X, artt. 35-36, artt. 70-71 e art. 89 (*Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1794). Il codice prussiano è richiamato da J. ZILLER, *Egalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, cit., 65. L'interpretazione prevalente della codificazione prussiana è segnata dal mito di Giano bifronte, poiché essa è fedele all'ordine giuridico della «società per ceti» e, allo stesso tempo, capace di prefigurare i tratti tipici del modello ottocentesco dello Stato liberale di diritto. L'uguaglianza formale dei singoli – tutti ugualmente soggetti alla legge – lascia infatti persistere la «disuguaglianza sostanziale delle posizioni giuridiche soggettive», poiché la soggezione dei differenti *status* soggettivi al principio di legalità non ne determina il superamento: D. CANALE, *Dagli stati della persona alle*

stesso posta quale limite e misura della responsabilità per gli illeciti commessi nell'esercizio dei compiti istituzionali<sup>79</sup>. Tuttavia, permane allo stesso tempo il "diritto di preferenza" della nobiltà per l'accesso ai posti d'onore che essa si sia «dimostrata capace di occupare», con scelta sovrana tra i candidati in ragione della capacità di cui ciascuno abbia dato prova.

Il principio di eguaglianza nell'accesso agli impieghi si afferma nel tempo a completamento di quello generale d'eguaglianza giuridica innanzi alla legge (art. 3, comma 1, Cost.)<sup>80</sup>, riconoscendo ai singoli un diritto politico di partecipazione alla gestione di porzioni di pubblica autorità (art. 51, comma 1, Cost.), con il definitivo superamento della società dei ceti e verso l'affermazione del principio di sovranità popolare.

Il principio meritocratico non solo storicamente precede quello d'eguaglianza, ma denota un'applicazione concreta che ne ha determinato la qualificazione in termini di vero e proprio principio giuridico, di "diritto vivente", qualificazione che, come si vedrà, non è unanimemente tributata a quello di eguaglianza nell'accesso agli impieghi, quasi si trattasse di una mera norma programmatica, in origine incapace di dar fondamento a posizioni giuridiche soggettive invocabili in giudizio.

Come è stato detto, è la «preoccupazione di garantire l'efficacia dell'amministrazione»<sup>81</sup> – o, con le parole della Costituzione italiana, il suo buon andamento – a imporre il modello del concorso pubblico, con ciò dando fondamento al carattere di pubblico potere che ancor oggi continua a caratterizzare il reclutamento nei pubblici uffici.

La dimensione di interesse pubblico che sottostà alla verifica di una professionalità minima nei candidati e poi al reclutamento dei più "capaci e meritevoli" tra gli idonei, nondimeno non può completamente oscurare la garanzia democratica che ispira il diritto di eguale accesso all'impiego nella pubblica amministrazione, riflettendosi anzitutto nella rigida scansione procedimentale del concorso, ove è

*persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell'Allgemeine Landrecht prussiano del 1774*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1998, 139, 193-194.

<sup>79</sup> Chi occupa una funzione pubblica «è responsabile di qualsiasi illecito commesso nell'esercizio delle funzioni, e che avrebbe potuto e dovuto evitare usando le conoscenze richieste per l'esercizio delle impiego»: *Code Général pour les États Prussiens*, cit., Titolo X, art. 89.

<sup>80</sup> Si veda *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par S. Rials, Hachette, Paris, 1988, 228: «L'égalité admissibilité aux emplois n'est qu'une suite de l'égalité de droit».

<sup>81</sup> J. ZILLER, *Egalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les États de la Communauté européenne*, cit., 64.

l'esigenza di imparzialità dell'amministrazione a imporre l'adozione di un modello ispirato ai principi di pubblicità e trasparenza. Principi che non solo tutelano l'interesse dei candidati all'eguale accesso, ma segnano altresì una "moralità" della pubblica amministrazione che allo stesso tempo si pone a garanzia dei terzi amministrati, scongiurando un esercizio delle funzioni che non sia «al servizio della Nazione» (art. 98 Cost.)<sup>82</sup>.

La tensione tra l'effettività dell'accesso egualitario – che è misura dell'esercizio della sovranità popolare (art. 1 Cost.) – e la funzionalizzazione all'interesse pubblico che ispira il reclutamento si riflette nella crisi del modello meritocratico emersa a partire dalla seconda metà del XIX secolo, ove pur questionandosi il carattere di giustizia sostanziale del merito, non se ne nega il contributo in termini di efficienza degli apparati<sup>83</sup>.

La diseguaglianza di *chances* di partenza correlata all'ineguale distribuzione di risorse economiche, culturali e sociali, dà origine a una pubblica amministrazione incapace di porsi a "specchio" di tutte le componenti della società, secondo un carattere che è particolarmente intollerabile nelle realtà caratterizzate da una maggiore disgregazione sociale, ove con più forza si pone il tema della "*diversity*" e della capacità della pubblica amministrazione di essere effettivamente rappresentativa delle minoranze<sup>84</sup>. Quest'ultima si riflette sull'adeguatezza delle organizzazioni pubbliche nel tutelare i diritti degli individui, ove la composizione pluralista è funzionale all'interpretazione dei bisogni di tutte le componenti sociali.

Anche da tale punto di vista, si evidenzia l'idoneità delle norme di organizzazione a conformare la protezione dei diritti individuali, poiché, come noto, «organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente», atteso che «non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto [a prestazione] che non condizioni l'organizzazione»<sup>85</sup>. Sicché l'analisi delle norme di organizzazione non può prescindere dalla rilevanza giuridica che queste assumono nei

<sup>82</sup> S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 14 ss.

<sup>83</sup> M.J. SANDEL, *La tirannia del merito*, cit., 39.

<sup>84</sup> Cfr. *amplius infra*, capitolo II, par. 5.

<sup>85</sup> Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, relativa al diritto all'istruzione, ove si afferma altresì che l'analisi dell'organizzazione deve sempre «considerarsi anche sul suo lato funzionale esterno, coinvolgente i diritti e incidente su di essi».

confronti dei terzi, nella loro qualità di destinatari di prestazioni o dell'esercizio di funzioni comunque preordinate alla tutela dei diritti individuali o degli interessi collettivi a questi giustapposti (secondo il modello dell'art. 32, comma 1, Cost.)<sup>86</sup>.

La rilevanza del concorso quale norma d'organizzazione correlata al tipo di attività esercitata e alla sua funzionalizzazione all'interesse pubblico è d'altra parte confermata da alcune evoluzioni recenti, che hanno visto l'estensione dei principi attuativi del modello concorsuale alle società controllate dalle pubbliche amministrazioni, in ragione dell'interesse pubblico dell'attività svolta e nonostante la disciplina di diritto privato ad esse altrimenti applicabile<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Si veda già V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, Giuffrè, Milano, 1961, 912: «è proprio dalla organizzazione della pubblica amministrazione, delle sue strutture, delle sue competenze, dei suoi procedimenti, dei suoi rapporti interni ed esterni che viene ad essere garantita la posizione dei cittadini»; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, 109, 117: «l'organizzazione è modellata sugli interessi che deve curare, e quindi necessariamente dipende, nella sua concreta configurazione, dal tipo di interessi che sono considerati (che valgono) come generali». D'ultimo, per l'affermazione secondo cui «la tutela amministrativa in Italia segna da molto tempo l'effettività dei diritti soggettivi, a cominciare da quelli assoluti e tra i più rilevanti come la proprietà privata e l'iniziativa economica privata (...), che hanno ricevuto protezione amministrativa da regolamenti, ma anche dall'esecuzione di provvedimenti comunali emanati per motivi di sicurezza e sanità, certo nell'interesse della pubblica incolumità dei terzi ogni qualvolta interessati (frontisti, concorrenti d'impresa ecc.), ma anche dello stesso titolare del diritto soggettivo»: R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. I, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta, Firenze University Press, 2016, 13; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001, 179 ss. Sul nesso tra organizzazione sanitaria e diritto alla salute: A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 22 ss.; ID., *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 127 ss.; ID., *Dopo quaranta anni la riforma dei servizi psichiatrici contiene ancora una importante lezione sul servizio pubblico e sul suo ruolo*, in *Istit. fed.*, 2018, 823 ss., ove il rapporto fra organizzazione e interessi è letto non solo in chiave di «condizionalità organizzativa dei diritti, per cui se non c'è organizzazione non sorge il diritto», ma anche come «doverosità organizzativa nella tutela dei diritti» e cioè come «essere funzionale, ancor prima che agire funzionalmente alla garanzia dei diritti».

<sup>87</sup> D.lgs. n. 175 del 2016, cit., art. 19, che impone alle società in mano pubblica di prevedere «criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità» e di quelli posti dal testo unico del pubblico impiego all'art. 35, con norma anticipata da: d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 25, comma 6, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 24; d.l. 13 agosto 2011, n. 138, art. 4, comma 17, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148; d.l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 18, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133. *Amplius infra*, capitolo III, par. 3.

L'obbligo di reclutare per concorso (o comunque di rispettare i principi che caratterizzano il modello concorsuale) discende anche in tali ipotesi dalla rilevanza pubblicistica dell'attività, che è ragione giuridica dell'istituzione della società o dell'affidamento ad essa della attività medesima, da cui deriva l'affermazione di una disciplina differenziata capace di garantire il perseguimento degli interessi pubblici<sup>88</sup>.

#### 4. L'accesso agli impieghi pubblici tra diritto e dovere

È la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 a offrire una formulazione del principio di eguaglianza (anche) con riferimento all'accesso agli impieghi pubblici (art. VI)<sup>89</sup> da ritenersi fondativa del modello europeo di "cittadinanza eguale". Il diritto all'eguale reclutamento nella pubblica amministrazione è ivi correlato al più generale riconoscimento dell'eguaglianza di tutti i cittadini "agli occhi" della legge... «*soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*»<sup>90</sup>, che trova completamento con l'affermazione dell'uguaglianza fiscale (art. XIII)<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> R. CAVALLO PERIN, *La Corte dei Conti di fronte alla privatizzazione ed all'esternalizzazione della funzione amministrativa*, in *Riv. Corte Conti*, 5-6, 2013, 657 ss.

<sup>89</sup> *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. VI: «*La Loi est l'expression de la volonté générale. (...) Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*». Il principio di eguale accesso agli impieghi affermato dai rivoluzionari è la «*consécration de l'abolition des privilèges, des ordres et des corps intermédiaires*» che si ritrova nella *Constitution de 1791*, secondo cui «*Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public*».

<sup>90</sup> L'eguaglianza nell'accesso agli impieghi pubblici è una "manifestazione" del "principe-gigogne" di eguaglianza innanzi alla legge: G. TEBOUL, *Article 6*, in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, sous la direction de G. Conac, M. Debene, G. Teboul, Economica, Paris, 1993, 156. Sullo stretto collegamento tra art. 3 e art. 51 Cost., fra molti: U. POTOTSCHNIG, *Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, in *La Pubblica Amministrazione - Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, cit., 366-367.

<sup>91</sup> «*Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés*». In tema si veda da ultimo L. AYRAULT, *Le principe d'égalité en matière fiscale*, in *Titre VII. Les Cahiers du Conseil Consti-*

S'inaugura così un principio del reclutamento che è destinato a essere ripreso nella stragrande maggioranza delle Costituzioni europee dei secoli successivi<sup>92</sup>, al punto che il diritto del cittadino all'accesso egualitario negli impieghi delle organizzazioni pubbliche può essere considerato elemento identitario e costitutivo delle tradizioni costituzionali comuni (quantomeno) all'Europa continentale<sup>93</sup>. L'effetto

*tutionnel*, n. 4, 2020 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-viii/le-principe-d-egalite-en-matiere-fiscale>); P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, Paris, 1969, 8 ss.

<sup>92</sup> Già lo Statuto albertino stabiliva che «tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, (...) sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi» (art. 24). Oggi, oltre a quella italiana (art. 51), si vedano ad es. la Costituzione del Portogallo, art. 47, comma 2: «*Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso*»; quella Spagnola del 1978, art. 23, comma 2: «*Los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes*», ma anche art. 103, comma 3: «*La Ley regulará (...) el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*»; la Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), art. 33, comma 2: «Ogni Tedesco ha, secondo le proprie qualità, attitudini e capacità specifiche, parità di accesso ad ogni pubblico ufficio»; la Costituzione dei Paesi Bassi, art. 3 (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*): «Tutti i cittadini olandesi deve avere uguale accesso ai pubblici impieghi»; la Costituzione belga, art. 10: «*Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers*»; quella rumena, art. 16, comma 2: «*Funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condițiile legii, de persoanele care au cetățenia română și domiciliul în țară. Statul român garantează egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea acestor funcții și demnități*»; quella lituana, art. 33: «*Citizens shall have the right to participate in the governance of their State both directly and through their democratically elected representatives as well as the right to enter on equal terms in the State service of the Republic of Lithuania*»; quella greca, art. 4, comma 4: «*Only Greek citizens shall be eligible for public service, except as otherwise provided by special laws*». Un'articolata analisi delle declinazioni nazionali del principio d'egualianza nell'accesso agli impieghi pubblici nell'"Europa dei dodici" è stata offerta da J. ZILLER, *Egalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, cit., 32 ss.

<sup>93</sup> Sulle tradizioni costituzionali comuni da ultimo: M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 2019, 1097-1118; S. CASSESE, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939 ss.; M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" in the Case-Law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue and Its Finest*, *ivi*, 949 ss.; M. COMBA, *Common Constitutional Traditions and National Identity*, *ivi*, 973 ss.; O. PORCHIA, *Common Constitutional Values and the Rule of Law: an Overview from the Eu Perspective*, *ivi*, 981 ss.

è, come si vedrà, di attribuire la parvenza di diritto soggettivo a un interesse che sin dalle origini si confonde con un dovere dell'individuo, e che comunque è chiaramente subordinato alla dimensione di "utilité commune", ammessa dalla stessa *Déclaration* quale esclusivo fattore legittimante un trattamento discriminatorio tra individui per natura eguali (art. I).

L'intento della dichiarazione del 1789 è l'abolizione di odiosi privilegi<sup>94</sup> derivanti dall'affermazione dei diritti signorili e feudali<sup>95</sup>, che avevano sino ad allora attribuito per nascita o per censo (venalità delle cariche)<sup>96</sup> l'esercizio delle funzioni di governo e amministrazione della collettività – che si trattasse della giustizia, dell'esercito o del fisco –, coinvolgendo altresì le dignità e gli onori ad esse correlati<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> In Francia come nelle colonie americane, «les modalités de recrutement des personnels administratifs (...) apparaissent comme des symboles de l'iniquité et de la perversité des régimes à abolir», pur se la venalità delle cariche francese e il "patronage" anglo-americano rispondono a esigenze della monarchia che non coincidono: F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Ed. La Découverte, Paris, 2000, 46.

<sup>95</sup> Il monopolio dei nobili sulle cariche pubbliche si afferma altresì in ragione della volontà della monarchia, memore delle vicende della Fronda (XVII sec.) di «asservir et domestiquer la noblesse»: G. TEBOUL, *Article 6, in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, cit., 140; P. CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des Lumières*, Arthaud, Paris, 1971, 202.

<sup>96</sup> Come conferma il preambolo della Costituzione del 1791, che espressamente dichiara: «Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public». Sul sistema di venalità delle cariche cfr. VOLTAIRE, *Vénalité*, in *Dictionnaire philosophique, Oeuvres complètes*, t. I, Paris, 1867, 668; E.J. SIEYÈS, *Essai sur les privilèges et autres textes*, Paris, ed. 2007, 26, 43; ID., *Préliminaire de la Constitution française, ibidem*, 86. Per la considerazione delle magistrature come un «bene di famiglia»: J.J. ROUSSEAU, *Dell'origine dell'ineguaglianza tra gli uomini*, Sonzogno, Milano, 1906, 93-94. Il sistema è stato descritto da G. PAGÈS, *La venalità degli uffici nell'antica Francia*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli, P. Schiera, vol. III, *Principi e ceti*, il Mulino, Bologna, 1973, 227 ss.; J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa nei secoli XVI e XVII*, cit., 238-239 e 244 ss.; P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, cit., 454 ss.; C. KAFTANI, *La formation du concept de fonction publique en France*, L.G.D.J., Paris, 1998, 51 ss.; F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, cit., 22 ss., ove in particolare si osserva come la venalità sia un tratto comune della struttura amministrativa inglese e francese d'*ancien régime*; W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 495-496. Si veda altresì D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, L.G.D.J., Paris, 1999, 80, che evidenzia come, fino al 1597, il titolare dell'ufficio era tenuto a giurare di non aver pagato nulla per ottenerlo, sicché può dirsi che «en clair, la carrière des officiers commence par un parjure».

<sup>97</sup> L'acquisto delle cariche pubbliche che caratterizza l'*Ancien Régime* conduce all'affermarsi della "noblesse de robe" come autonomo gruppo sociale, le cui origi-

La *Déclaration* vuole così riconoscere nella sfera politica e della vita consociata l'eguaglianza naturale di tutti gli individui (*rectius* dei cittadini) e aprire a ciascuno “*toutes dignités, places et emplois publics*”, con affermazione di una libertà civile che non è contraddetta dalla valutazione di “*virtus et talents*” dei singoli.

Ciò senza che si arrivi a mettere in discussione la distribuzione ontologicamente diseguale di tali capacità tra gli uomini, sia che la si ritenga la *naturale* espressione di un ordine sociale imposto dalle stesse “leggi del cielo”<sup>98</sup>, considerata armoniosa perché a tutti gli individui è attribuito un «ufficio, posto e condizione designati, secondo la loro capacità e il loro talento», sicché «ciascuno rimane al

ni sono da rinvenirsi nell'alta borghesia, ma che giuridicamente accede al secondo stato e arriva sinanco a fondersi socialmente con l'antica nobiltà “*d'épée*”: W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 498. Insieme alle diverse condizioni di soggezione all'imposizione fiscale e alle immunità giurisdizionali, il privilegio nell'accesso agli uffici di cui godono nobili ed ecclesiastici è uno degli “abusi” meno tollerati dell'*Ancien Régime*, tanto da essere ritenuto uno dei principali fattori scatenanti la reazione rivoluzionaria: J. GARAGNON, *L'origine du principe de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques*, Bosc Frères, Lyon, 1956, 31, che cita sul punto D. MORNET, *Les origines intellectuelles de la Révolution française*, Armand Colin, Paris, 1934, 319. Più di recente si vedano altresì: F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, cit., 83.

<sup>98</sup> Si veda ad es. M. GIOIA, *Dissertazione sul problema dell'amministrazione generale della Lombardia*, nella Stamperia altre volte di S. Ambrogio, Milano, I° anno I. della Repubblica Cisalpina, 37: «Egli è evidente che la natura avendo sparsa l'ineguaglianza ne' corpi negli spiriti ne' cuori, che l'educazione e la fortuna avendole accresciute, questi sono chiamati all'esercizio di certe funzioni, mentre quelli hanno tutti i titoli d'esclusione (...). Il diritto d'eguaglianza altro non richiede se non che tutti i cittadini, qualunque sia la loro origine il loro culto la loro professione, sieno soggetti alle stesse leggi, che le stesse virtù conducano agli stessi onori, che agli stessi delitti sia fissata la pena istessa, che gli aggravii siano divisi in ragione delle facoltà, ed i vantaggi in ragione del merito, *che tutti i cittadini possano elevarsi a qualunque dignità, purché abbiano le qualità richieste per esercitarle, e che ne siano irrevocabilmente esclusi alloraquando ne sono privi.* (...) questa *ineguaglianza necessaria fondata sul diverso grado di capacità* è ben diversa da quella a cui ha dichiarato guerra la filosofia, ineguaglianza che annientando ogni idea di virtù, riducendo tutto ad un ingiusto livello sostituisce al *merito naturale figlio delle personali qualità*, un merito fattizio figlio del capriccio dell'irragionevolezza e dell'azzardo, ineguaglianza che ci ascrive ad onore i pregi degli avi la nobiltà chimerica del sangue i privilegi dei despoti, ineguaglianza (...) chiama questo, alle cariche, benché manchi di talenti per disimpegnarle, che esclude quello dagli onori, sebbene vi abbia tutti i dritti, che isolando i cittadini li rende infelici e stranieri in mezzo alla loro patria, ineguaglianza necessariamente nociva, perché dispensa dall'aver delle virtù e fa pentire degli sforzi fatti per acquistarle» (corsivo aggiunto).

proprio posto e assolve il suo dovere»<sup>99</sup>. Sia che si affermi una maggiore consapevolezza circa l'effetto di "riproduzione delle élites"<sup>100</sup> del modello, in ragione dalle differenti possibilità di accedere a risorse materiali (*in primis* la proprietà fondiaria) e immateriali, ove è d'interesse osservare la lucidità dell'illuminismo nel riconoscere un ruolo di assoluta preminenza al differente livello di istruzione a ciascuno offerto<sup>101</sup>.

La nuova "capacità" richiesta al funzionario – che investe il piano delle conoscenze ma anche quello morale – ne misura l'adeguatezza a ricoprire incarichi pubblici, intendendo superare la visione d'*Ancien Régime* ove essa si risolveva anzitutto nella misura della sua capienza economica<sup>102</sup>. Si abbandona, così, un modello in cui le cariche pubbliche sono oggetto dei più svariati atti di disposizione (cessioni a titolo oneroso o gratuito, legati testamentari e quant'altro)<sup>103</sup>, secon-

<sup>99</sup> Secondo le parole attribuite al predicatore calvinista Jonathan Edwards da N. FIERING, *Jonathan Edwards's Moral Thought and Its British Context*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1981, 131, citato da G.S. WOOD, *The Radicalism of the American Revolution* (1991), trad. it. a cura di D. Panziera, *I figli della libertà. Alle radici della democrazia americana*, Giunti, Firenze, 1996, 25-26. Così, secondo il reverendo del Maryland Thomas Cradock, «nella sua grande saggezza Dio ha dato molteplici capacità agli uomini, idonee ai diversi ranghi nella vita ai quali egli li ha destinati cosicché, ciascuno mantenendo il suo posto e impiegando le rispettive capacità nello svolgimento del proprio lavoro, tutti possono riceverne un vantaggio» (*ibidem*, 27).

<sup>100</sup> Si vedano P. BOURDIEU, *La noblesse d'Etat, grandes écoles et esprit de corps*, Les Editions de Minuit, Paris, 1989; P. BOURDIEU, J.-C. PASSERON, *Les Héritiers. Les étudiants et la culture*, Ed. Minuit, Paris, 1964, 23 ss.; P. BOURDIEU, J.-C. PASSERON, *La reproduction. Eléments pour une théorie du système d'enseignement*, Ed. Minuit, Paris, 1970, 169 ss.

<sup>101</sup> J.J. ROUSSEAU, *Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes et si elle est autorisée par la loi naturelle*, in *Contrat social ou Principes de droit politique, (précédé de) Discours*, Librairie Garnier Frères, Paris, 1755, 64: « Or, si l'on compare la diversité prodigieuse d'éducation et de genres de vie qui règne dans les différents ordres de l'Etat civil avec la simplicité et l'uniformité de la vie animale et sauvage (...) on comprendra combien la différence d'homme à homme doit être moindre dans l'état de nature que dans celui de société, et combien l'inégalité naturelle doit augmenter dans l'espèce humaine par l'inégalité d'institution ». Sui limiti dell'eguaglianza formale in sede di accesso al reclutamento pubblico si tornerà *infra*, al capitolo II, par. 5.

<sup>102</sup> Anche in occasione dell'adozione della *Déclaration*, si assiste al tentativo di reintrodurre criteri censitari attraverso un'interpretazione della «capacità» espressionale di un retro pensiero «favorable(s) à une France de notables censitaires et capacitaires», che vede l'alleanza dei «*beati possidentes de la matière avec ceux de l'esprit*»: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par S. Rials, cit., 233.

<sup>103</sup> Per una descrizione del «commercio degli uffici» nel XV-XVI secolo, ove le cariche sono oggetto di compravendita, ma anche di «*tout autre mode de aliénation*»

do scambi che fioriscono in ragione della rendita cui le stesse cariche danno accesso<sup>104</sup>.

Il superamento del sistema di privilegi e prerogative esclusive dell'*Ancien Régime* implica una maggior apertura dell'esercizio delle funzioni che è di favore per l'emergente classe borghese<sup>105</sup>. Anche i rivoluzionari, tuttavia, vogliono anzitutto evitare che i compiti di servizio pubblico siano affidati a corrotti e incapaci, secondo un modello di professionalizzazione dell'amministrazione che trova completamente nella parallela affermazione della responsabilità personale, in sede civile e penale, dei funzionari<sup>106</sup>.

(permuta, donazione, costituzione di dote matrimoniale): J. IMBERT, *L'élaboration d'une administration au XVI<sup>e</sup> siècle. La naissance de l'État*, in *Histoire de la Fonction publique en France*, sous la direction de M. Pinet, Nouvelle librairie de France, Paris, 1993, 20; idem N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, cit., 75-77. L'attribuzione degli impieghi agli ecclesiastici è correlata (anche) all'esigenza della monarchia di limitarne la circolazione, atteso che questi non hanno di norma successori cui trasmettere le cariche in via ereditaria: W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 472.

<sup>104</sup> Diffusa è l'ambizione individuale a vedersi tributare onori e dignità, come riporta MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, XXIV, Cologne, 1721, citato da F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, cit., 73: « *Le roi de France est le plus puissant prince de l'Europe. Il n'a point de mines d'or comme le roi d'Espagne son voisin ; mais il a plus de richesses que lui, parce qu'il les tire de la vanité de ses sujets, plus inépuisable que les mines. On lui a vu entreprendre ou soutenir de grandes guerres, n'ayant d'autres fonds que de titres d'honneur à vendre ; et, par un prodige de l'orgueil humain, ses troupes se trouvaient payées, ses places munies, et ses flottes équipées* ». Il sistema è all'epoca giustificato invocando la capienza economica (e specialmente la proprietà fondiaria) come presupposto di un'effettiva assunzione di responsabilità individuale, favorendosi per l'effetto una concezione proprietaria delle stesse cariche – correlata anche all'inalienabilità di cui godevano i funzionari – che spesso dava adito a un esercizio “personalista” delle funzioni, cioè connotato da spiccata autonomia (se non dalla sottrazione agli ordini del sovrano). Da qui la necessità di affiancare agli ufficiali dei “commissari” di nomina regia per lo svolgimento di compiti determinati: J. GODECHOT, *La révolution et l'empire*, in *Histoire de la Fonction publique en France*, cit., 411; J. IMBERT, *L'élaboration d'une administration au XVI<sup>e</sup> siècle. La naissance de l'État*, *ivi*, 18, 28; W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 496: il sistema di venalità delle cariche determina di fatto l'inalienabilità degli *officiers* francesi del XVII-XVIII secolo, ponendo il problema della loro lealtà al sovrano e dell'effettiva attuazione dei suoi comandi.

<sup>105</sup> Con la Déclaration del 1789 «*la société des ordres*» è sostituita da quella «*des propriétaires*»: F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, cit., 81.

<sup>106</sup> I funzionari sono ormai obbligati – almeno “*prima facie*” – a render conto del loro operato alla collettività al servizio della quale sono posti: art. XV, Déclaration.

È sin dall'illuminismo e, prima ancora, dal giusnaturalismo seicentesco – ove pur si rinvencono le origini del principio di eguale accesso agli impieghi – che la prospettiva meritocratica si afferma in una dimensione di tutela anzitutto dell'interesse dell'emergente organizzazione statale<sup>107</sup>. Ciò sia pure ove il merito sia inteso precipuamente – seppur non in via esclusiva – secondo una connotazione essenzialmente “morale”, cioè come capacità di adempiere “degnamente” ai compiti attribuiti, il che significa “fedelmente”, proponendosi il perseguimento del solo “bene comune”, senza faziosità, mala fede, “passione” o corruzione<sup>108</sup>.

Tale valorizzazione del merito morale è strettamente correlata alla dimensione di dovere insita nell'esercizio delle funzioni pubbliche (per il bene comune)<sup>109</sup>, che caratterizza l'elaborazione giusnaturalista: più precisamente, la doverosità è associata sia allo svolgimento degli incarichi, sia alla preliminare fase di scelta degli incaricati. Non solo si individua un dovere del sovrano di scegliere soltanto persone degne e idonee allo svolgimento dei compiti<sup>110</sup>, ma anche il corrispondente dovere dei singoli di non aspirare o accettare impieghi cui non siano capaci di provvedere<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> L'idea della valutazione meritocratica si ritrova in S. VON PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. 2, trad. par J. Barbeyrac, VI éd., de l'Imprimerie de S. Altesse Serenissime, Trevoux, 1741, 151-152: « c'est à leur Souverain commun à régler entr'eux les rangs & les degrez de distinction, & à distribuer les Honneurs & les Dignitez: en quoi il doit néanmoins, pour prévenir toute juste plainte, avoir égard au mérite de chacun, & aux services qu'on peut rendre ou qu'on a déjà rendus à l'Etat ».

<sup>108</sup> S. VON PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. 2, cit., 182 ss.

<sup>109</sup> Da ultimo si veda V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo, L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 47, ove si richiama il « filo rosso della fondazione di una nuova scienza morale capace di ripensare anzitutto i doveri dell'uomo moderno » che è stato proposto come interpretazione autentica del giusnaturalismo seicentesco in particolare da Jean Barbeyrac.

<sup>110</sup> S. VON PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, cit., 114: « Le Souverain est donc dans une obligation indispensable de ne confier les Emplois Publics qu'à des gens de probité, & capables des affaires dont il les charge ».

<sup>111</sup> S. VON PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, cit., 182. Dimensione di dovere, più che diritto, di cui non si perdono del tutto le tracce neanche nella fase rivoluzionaria: seppur abbandonata nella definitiva stesura della Dichiarazione del 1789, essa è chiaramente affermata nei lavori preparatori e più precisamente nel progetto presentato dall'abbé Sieyès (*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par S. Rials, cit., 141; vedi anche F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, cit., 82).

Prima della dichiarazione del 1789, il «passaggio teorico dal linguaggio dei doveri del secolo XVII al linguaggio dei diritti del XVIII secolo»<sup>112</sup> non sembra accompagnarsi ad un'altrettanto chiara enunciazione dell'eguale accesso alle cariche pubbliche in termini di diritto dell'individuo. In particolare, non se ne rinvencono tracce negli scritti d'epoca illuminista, ove pur è affermata la naturale eguaglianza di tutti gli uomini, posta a fondamento dell'eguale partecipazione all'esercizio del potere legislativo<sup>113</sup>; né l'invocazione dell'abolizione dei privilegi della nobiltà in sede di accesso agli impieghi civili, e ancor più a quelli militari, in molti dei *cahiers des doléances* del Terzo Stato può ritenersi espressione della vera e propria ricerca di un nuovo principio giuridico<sup>114</sup>.

L'innalzamento dell'eguale accesso agli impieghi pubblici a diritto naturale e poi civile dell'individuo è piuttosto figlio dell'«*equality of rights*» e del «*republican idealism*»<sup>115</sup> rivendicato dai coloni americani contro la madrepatria e contro alle abitudini della monarchia di scegliere i funzionari per ragioni di personale influenza e di *patronage*<sup>116</sup>.

L'enunciazione del diritto al reclutamento eguale, con abolizione dei privilegi ereditari a beneficio di particolari categorie di individui, è esplicita nelle dichiarazioni dei diritti americane<sup>117</sup>, ove è l'ispira-

<sup>112</sup> V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo, L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, cit., 176.

<sup>113</sup> J.J. ROUSSEAU, *Contrat social ou principes du droit politique*, Librairie Garnier Frères, Paris, 1926, 243 ss.

<sup>114</sup> Così J. GARAGNON, *L'origine du principe de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques*, cit., 40.

<sup>115</sup> R.F. WILLIAMS, *A "Row of Shadows": Pennsylvania's Misguided Lockstep Approach to Its State Constitutional Equality Doctrine*, in *Widener J. Pub. L.*, 1993, 3, 343.

<sup>116</sup> Abitudini ritenute fonte di una corruzione che – secondo le parole di John Adams – aveva trasformato la stessa corona in «nulla più di un interesse privato»: S.E. PATTERSON, *Political Parties in Revolutionary Massachusetts*, Madison, Wisc., 1973, 9, citato da G.S. WOOD, *I figli della libertà. Alle radici della democrazia americana*, cit., 233.

<sup>117</sup> L'originaria enunciazione del principio risale alle dichiarazioni dei diritti della rivoluzione americana (1776) e specialmente alla Dichiarazione della Virginia, Sect. 4: «*That no man, or set of men, are entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services; which, not being descendible, neither ought the offices of magistrate, legislator, or judge to be hereditary*», e alla Dichiarazione della Pennsylvania, Sect. VI: «*(...) the people have a right, at such periods as they may think proper, to reduce their public officers to a private station, and supply the vacancies by certain and regular elections*». Cfr. da ultimo: F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics*, cit., 342 ss.; nello stesso senso J. GARAGNON, *L'origine du principe de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques*, cit., 38.

zione insufflata dalla retorica anti-aristocratica a imporsi contro ogni differenziazione tra i singoli che non sia basata su «*capacity, disposition, and virtue*».

S'intende così colpire la particolare configurazione del potere familiare affermatasi nelle colonie e suggellata dal privilegio ereditario, per aprire tutte le cariche «agli uomini di merito, di qualunque rango o condizione», ove i “*founding fathers*” erano persuasi che «perfino le redini dello stato possano essere rette dal figlio del più povero degli uomini, purché dotato di capacità adeguate all'elevata funzione»<sup>118</sup>.

Non a caso la rivoluzione determina la contemporanea abolizione della primogenitura e dei fedecommessi, poiché – come osserva già Tocqueville – la riforma del diritto delle successioni si afferma in chiave egualitaria e livellante (benché essenzialmente sorretta dalla convinzione circa l'inesauribilità di terra nel Nuovo Mondo), secondo una stretta connessione tra libertà civili e diritti politici<sup>119</sup>. Ciò

<sup>118</sup> D. RAMSAY, *An oration on the advantages of American independence: delivered before a public assembly of the inhabitants of Charlestown, South-Carolina, on the Fourth of July, 1778, the second anniversary of that glorious aera*, Charleston [S.C.]: Printed by T.C. Cox, no. 137, Tradd Street, one door from the bay., 1800 (<http://name.umdl.umich.edu/N28767.0001.001> , consultato ad aprile 2022), che continua così: «*We are no more to look up for the blessings of government to hungry courtiers, or the needy dependents of British nobility; but must educate our own children for these exalted purposes. When subjects, we had scarce any other share in government, but to obey the arbitrary mandates of a British parliament: But honor, with her dazzling pomp, interest with her golden lure, and patriotism with her heart-felt satisfaction, jointly call upon us now to qualify ourselves and posterity for the bench, the army, the navy, the learned professions, and all the departments of civil government. The independence of our country holds forth such generous encouragement to youth, as cannot fail of making many of them despise the syren calls of luxury and mirth, and pursue heaven-born wisdom with unwearied application. A few years will now produce a much greater number of men of learning and abilities, than we could have expected for ages in our boyish state of minority, guided by the leading strings of a parent country*».

<sup>119</sup> A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique (1835 e 1849)*, trad. it. a cura di G. Candeloro, *La democrazia in America*, RCS Rizzoli, Milano, 2007, 58, 66: «fu la legge sulle successioni che fece fare l'ultimo passo all'eguaglianza. (...) Queste leggi riguardano, è vero, il diritto civile, ma dovrebbero essere messe in testa a tutte le istituzioni politiche, poiché influiscono straordinariamente sullo stato sociale dei popoli, di cui le leggi politiche sono soltanto l'espressione». In tema D. OWEN HUGHES, *Struttura familiare e sistemi di successione ereditaria nei testamenti dell'Europa medioevale*, in *Quad. storici*, 1976, 929 ss. L'ispirazione volta a «promuovere l'eguaglianza di proprietà è nello spirito e nel principio di una vera repubblica», ove l'indivisibilità dei patrimoni ereditari viceversa assicurava la trasmissione contemporanea di «*political as well as economic fortune*»: S.N.

senza che si voglia in alcun modo superare la preminenza politica, economica e sociale di alcuni individui sugli altri, o intervenire sulle origini della ineguale distribuzione dei talenti<sup>120</sup>.

Le dichiarazioni americane individuano l'elezione quale strumento per la nomina dei funzionari, secondo un modello che valorizza il consenso dei consociati quale elemento di legittimazione, o, meglio, che affida alla collettività la valutazione sulla professionalità dei candidati, piuttosto che prevederne la misura con esami e concorsi. S'intende in tal modo assicurare la più completa attuazione del principio di sovranità popolare, ove «il popolo partecipa alla formazione delle leggi, perché sceglie i suoi legislatori, all'applicazione di esse, perché nomina gli agenti del potere esecutivo»<sup>121</sup>.

L'ispirazione universalista che permea il principio di eguale accesso agli impieghi nelle dichiarazioni dei diritti di epoca liberale non deve ingannare. Quale che ne sia l'origine, francese o americana<sup>122</sup>, l'affermazione del diritto non comporta infatti il superamento di ogni esclusione e l'effettiva apertura delle cariche pubbliche a tutte le componenti del corpo sociale: all'indomani delle Rivoluzioni e per lungo tempo ancora continuano a non essere ammesse le donne<sup>123</sup>, così come sopravvivono – quantomeno in Francia – discriminazioni di diritto a danno degli ebrei e (almeno in prima battuta) dei protestanti<sup>124</sup>. Del pari il reclutamento è in principio precluso agli stranieri, secondo un costrutto che pare tuttavia connaturato al carattere di diritto politico e di cittadinanza che lo caratterizza nella tradizione giuridica occidentale<sup>125</sup>.

KATZ, *Republicanism and the Law of Inheritance in the American Revolutionary Era*, in *Mich. L. Rev.*, 1977, 76, 1, 27, che così conclude: «*The Americans rejected categorically the notion that political office is a private possession transmittable by the laws of succession*».

<sup>120</sup> R.F. WILLIAMS, *A "Row of Shadows": Pennsylvania's Misguided Lockstep Approach to Its State Constitutional Equality Doctrine*, cit., 350.

<sup>121</sup> A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., 67.

<sup>122</sup> Sul rapporto tra dichiarazione francese dei diritti e dichiarazioni americane si veda anzitutto G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), trad. it. a cura di G. Bongiovanni, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Bari-Roma, 2002, 39 ss. I termini del dibattito sono stati in particolare ripresi da L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 11-12, secondo cui il riconoscimento a *tutti* delle stesse libertà è il "*proprium*" della Rivoluzione francese, molto di più di quanto non si possa dire per l'esperienza nordamericana.

<sup>123</sup> Sulla parità tra i generi nell'accesso agli impieghi vedi *infra*, capitolo II, par. 4.

<sup>124</sup> J. GARAGNON, *L'origine du principe de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques*, cit., 52 ss.

<sup>125</sup> Su cui vedi *infra*, capitolo II, par. 1.

È l'uguaglianza formale in genere – pur proclamata dalle dichiarazioni di fine '700 – che stenta a trovare attuazione all'indomani delle rivoluzioni, e ciò anche ove la stessa sia intesa nel significato minimale dell'epoca, che ne riconosce i benefici esclusivamente in capo ai cittadini – con esclusione, dunque, di chi della cittadinanza nazionale sia privo – e purché questi siano uomini e bianchi<sup>126</sup>.

##### 5. *L'affermazione del modello concorsuale come strumento di professionalizzazione dell'amministrazione*

Come anticipato, è per lo più indipendentemente dall'enunciazione del principio di eguaglianza che il pubblico concorso si afferma nell'organizzazione degli Stati nazionali d'epoca moderna. Nelle varie esperienze l'adozione di strumenti selettivi aperti a quanti siano in possesso di requisiti predeterminati e strutturati in prove finalizzate alla ponderazione del “merito professionale” dei candidati avviene in una prospettiva che è anzitutto funzionale agli interessi degli apparati amministrativi, piuttosto che a tutela del diritto individuale di eguale accesso agli impieghi.

Il concorso – o la selezione per esami – è preesistente alle dichiarazioni dei diritti d'epoca liberale, trovando la propria ragion d'essere anzitutto in conseguenza delle nuove necessità organizzative dei moderni Stati nazionali. È cioè l'aumentare dei compiti esercitati dal potere centrale, e con esso il necessario crescere di complessità delle organizzazioni, a imporre la professionalizzazione dell'apparato burocratico<sup>127</sup>. Quest'ultima si traduce anzitutto nella selezione di funzionari idonei all'esercizio delle mansioni e portatori di una cultura di riferimento che a partire dal XIX secolo è essenzialmente quella

<sup>126</sup> L'uguaglianza politica è garantita ai cittadini maschi e adulti, purché contribuiscono alla spesa pubblica: C. PERELMAN, *Liberté, égalité et intérêt général*, in *L'égalité*, vol. V, sous la direction de R. Dekkers, P. Foriers, Ch. Perelman, L. Ingber, Bruylant, Bruxelles, 1977, 7.

<sup>127</sup> Oltre a, ovviamente, M. WEBER, *Economia e società*, vol. IV, cit., 147 ss., si vedano: E. STUMPO, *L'organizzazione degli stati: accentramento e burocrazia*, in *La storia: L'Età Moderna, I quadri generali*, diretto da N. Tranfaglia, M. Firpo, Utet, Torino, 1987, 432 ss.; V. FERRONE, *I meccanismi di formazione delle élites sabaude. Reclutamento e selezione nelle scuole militari del Piemonte nel Settecento*, in *L'Europa tra Illuminismo e Restaurazione, Scritti in onore di Furio Diaz*, a cura di P. Alatri, Bulzoni, Roma, 1993, 159; J.A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli, P. Schiera, Vol. I, cit., 86 ss.; J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, cit., 230 ss.

giuridica<sup>128</sup>, senza con ciò volersi trascurare l'originario apporto delle scienze camerali<sup>129</sup> e poi delle "facoltà d'amministrazione"<sup>130</sup>, oltre al ruolo svolto dai tecnici (ingegneri, architetti, statistici, medici e così via)<sup>131</sup>.

Nella maggior parte delle ricostruzioni il modello originario di riferimento si coglie in una realtà geografica e culturale molto lontana dall'Europa continentale, che tuttavia è del pari caratterizzata dalla tradizione di una burocrazia professionale posta al servizio esclusivo del sovrano<sup>132</sup>. È infatti probabilmente la Cina dell'impero Ming cui si deve la primigenia elaborazione del concorso con il *Keju*<sup>133</sup>,

<sup>128</sup> Il titolo di studio superiore in ambito giuridico è richiesto per il reclutamento di balivi e siniscalchi sin dal XV secolo: J. IMBERT, *L'élaboration d'une administration au XVI<sup>e</sup> siècle. La naissance de l'Etat*, cit., 89. In Inghilterra i più importanti impieghi pubblici sono occupati da giuristi di formazione universitaria già nell'alto medioevo: W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 471. Sul c.d. *juristenmonopol*: M.-B. VINCENT, *Serviteurs de l'Etat: les élites administratives en Prusse de 1871 à 1933*, cit., 17.

<sup>129</sup> Sul cameralismo prussiano si vedano in particolare: H. MÖLLER, *Stato assoluto e Stato nazionale. La Germania dal 1763 al 1815*, il Mulino, Bologna, 2000, 244-245; P.A. SCHIERA, *Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco, Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1968, 206.

<sup>130</sup> E.R.L. LABOULAYE, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, cit., 578.

<sup>131</sup> In tema: G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 469 ss.

<sup>132</sup> Altre ricostruzioni individuano le origini del concorso nel Concilio di Trento e nei sistemi allora in uso per l'attribuzione dei benefici ecclesiastici a «buoni e idonei pastori» che siano «i più degni e più utili alla Chiesa»: P. SARPI, *Istoria del Concilio Tridentino*, vol. III, Milano, s.d. ma ante 1623, 284-285; D. DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, chez Cl. Jean-Baptiste Bauche, Paris, 1761. In tema si vedano M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1912, 24 e ss.; più di recente, P. SADRAN, *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, Thèse pour le doctorat en droit, mars 1972, I; secondo M. WALZER, *Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality*, trad. it. a cura di G. Rigamonti, *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987, 135-136, può dirsi che «Dio fu il primo meritocrate»: l'emancipazione della Chiesa cristiana dal feudalesimo passa infatti attraverso l'elaborazione della nozione di "carica", ove gli uffici degli ecclesiastici non possono né essere proprietà dei titolari o del loro patrono feudale (nepotismo), né essere commerciabili o vendibili (simonia), ma debbono essere attribuiti dalle autorità ecclesiastiche costituite a funzionari che siano devoti e conoscano la dottrina (e sicuramente che dimostrino anche «capacità organizzative, abilità nel maneggiare il denaro e *savoir faire* politico»). È per preservare il modello che per i membri della Chiesa è stabilito l'obbligo di celibato.

<sup>133</sup> Benché l'origine del reclutamento per esami sia per lo più individuato all'epoca della dinastia Tang (618-907) e poi Song (960-1279): A. ZOLA, «*Keju*»: *il sistema degli esami nella Cina imperiale*, in *Dir. amm.*, 1996, 375 ss.

un articolato sistema di esami somministrato a giovani formati nelle “scuole dinastiche” dislocate nelle province imperiali e specialmente nell’Università o Accademia imperiale con sede nella capitale. La selezione dei funzionari-letterati destinati a servire l’imperatore era basata essenzialmente sull’accertamento della padronanza del pensiero Confuciano<sup>134</sup>, quale misura dell’idoneità, anzitutto morale, a svolgere il ruolo<sup>135</sup>; l’apprendimento era dispensato dall’Università imperiale, che era la più prestigiosa ed elevata istituzione educativa, prima ancora che il canale di reclutamento della burocrazia celeste (i primi laureati accedevano direttamente al ruolo).

Il mandarinato cinese non solo è caratterizzato dalla selezione per esami, dunque di tipo meritocratico, ma anche dalla stabilità degli impieghi, secondo elementi entrambi che – insieme all’individuazione di una cultura di riferimento e di una propria liturgia fatta di simboli e cerimoniali a suggello dell’appartenenza di *status* – sono tutti destinati a ritrovarsi nella burocrazia europea a legittimazione professionale degli stati nazionali d’epoca moderna<sup>136</sup>.

In Europa si rinvengono tracce dei concorsi già a partire dal XVI secolo, grazie probabilmente alla descrizione che offrono del sistema cinese i missionari cristiani, e tra questi in particolare i gesuiti<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Il confucianesimo è una vera e propria «dottrina di stato» secondo E. BALAZS, *La bureaucratie céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle* (1968), trad. it. a cura di R. Corsini Pisu, *La burocrazia celeste: ricerche sull'economia e la società della Cina nel passato*, Il Saggiatore, Milano, 1971, 20, 22.

<sup>135</sup> Per la descrizione del sistema di esami cinese: B.A. ELMAN, *Political, Social and Cultural Reproduction via Civil Service Examination in Late Imperial China*, in *The Journal of Asian Studies*, 1991, 50, 1, 7 ss.; D. PAPPANO, *L'emersione di un diritto amministrativo in Cina*, in *Dir. amm.*, 2010, 722; J.M. EYMERI-DOUZANS, *Les concours à l'épreuve*, cit., 308; J. GERNET, *Le monde chinois* (1972), trad. it. a cura di V. Pegna, *Il mondo cinese. Dalle prime civiltà alla Repubblica popolare*, Einaudi, Torino, 1978, 285 ss.

<sup>136</sup> L'importanza dell'attribuzione di onori, decorazioni e “*recompenses publiques*” a un “*corps respectable et permanent*” che detenga il potere esecutivo si ritrova già in J.J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en avril 1772*, Librairie Garnier Frères, Paris, 1755, 348, 350, 361, 387, 399.

<sup>137</sup> Il modello burocratico cinese è stato descritto da M. WEBER, *Economia e società*, vol. IV, cit., 147 ss. Per riferimenti si veda altresì: S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, cit., 18; ID., *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Einaudi, Torino, 1991, 11 ss. Tra coloro che descrissero il sistema di esami per il reclutamento dei mandarini occorre anzitutto ricordare il dominicano Gaspar da Cruz e i gesuiti Matteo Ricci, Louis le Comte e Jean-Baptiste Du Halde: G. BERTUCCIOLI, *Come l'Europa vide la Cina nel secolo XVIII*, in *Mondo cinese*, 1986, 27 ss. Il sistema di concorsi per l'accesso al mandarinato cinese fu descritto da Matteo Ricci nella sua storia della mis-

L'individuazione di quelle che sono le prime esperienze concorsuali varia nelle singole ricostruzioni, che si tratti della Prussia degli Hohenzollern<sup>138</sup>, della compagnia britannica delle Indie orientali<sup>139</sup>, e poi dell'*Indian Civil Service*<sup>140</sup>, con il collegio di Hailebury<sup>141</sup>, o dei concorsi per il reclutamento degli ingegneri del genio militare e civile nella Francia d'*ancien régime*<sup>142</sup>.

È vero che non mancano, in particolare negli scritti degli illuministi, analisi del modello cinese che ne enfatizzano la capacità di porsi come strumento di promozione sociale e in senso lato di democratizzazione della società<sup>143</sup>, ma l'eguaglianza di accesso vi sembra più affermata come una tendenza da perseguire, o come un principio programmatico, piuttosto che come una norma precettiva<sup>144</sup>.

sione gesuita dal titolo "*Della entrata della Compagnia di Giesù e Christianità nella Cina*", redatta a partire dal 1608 dopo venticinque anni di permanenza nel "Paese di mezzo": M. FONTANA, *Matteo Ricci, Un Gesuita alla corte dei Ming*, Mondadori, Milano, 2008, 150 ss.

<sup>138</sup> La prima introduzione di un modello di reclutamento meritocratico è ricondotta all'esperienza prussiana insieme a quella di Austria e Svezia da: S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, cit., 21-22; S. CASSESE, J. PELLEW, *The introduction of merit system in various bureaucracies: a comparative account*, in *Le système du mérite – The merit system*, cit., 15; W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, cit., 524-525.

<sup>139</sup> M. GRIFFO, *L'India coloniale dalla «autocrazia costituzionale» alla proto-democrazia, Il dibattito sulle riforme e l'Indian Civil Service (1909-1919)*, Franco Angeli, Milano, 1999, 39 e spec. nt. 58, che richiama il *Charter Act* del 1853.

<sup>140</sup> J.S. MILL, *Considerations on representative government*, cit., 260

<sup>141</sup> Il collegio di Hailebury dispensava la formazione utile ai funzionari coloniali, con insegnamenti di lingue, diritto, politica economica, ma anche di elementi di cultura "classica" (letteratura, matematica, storia naturale, storia ecc.): E. BLUNT, *The I.C.S., The Indian Civil Service*, Faber and Faber, London, 1938, 35. Cfr. anche F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., 175; Id., *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, cit., 332.

<sup>142</sup> Nel 1697 è organizzato per la prima volta un concorso per il reclutamento degli ingegneri del genio militare, come da tempo reclamato da Vauban: «*Personne, écrivait-il, ne doit être reçu dans les fortifications par faveur ou par recommandation; il faut que le mérite seul, et la capacité des gens leur attirent leur emploi*»: J. NAGLE, *Les fonctionnaires au XVII<sup>e</sup> siècle*, in *Histoire de la Fonction publique en France*, cit., 248.

<sup>143</sup> Cfr. J.B. DU HALDE, *Description géographique, historique, chronologique, politique et physique de l'Empire de la Chine et de la Tartarie chinoise*, t. II, P.G. Le Mercier, Paris, 1735, 308, ove si osserva come nel modello d'esami cinese «il figlio del contadino ha la stesse aspettative di arrivare alla carica di Vice Re o Ministro di Stato del figlio di un alto personaggio».

<sup>144</sup> J.J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en avril 1772*, cit., 383, evidenzia la necessità di *ridurre* (ma non eliminare) «*la grande inégalité de fortune et de pouvoir*» che separa i signori dai semplici nobili.

Anche le *Lumières* paiono soprattutto cogliere la valenza degli esami professionali come strumenti di tutela del “*bien public*”, utili a dimostrare nei candidati «*leur mérite, leur capacité, leur exactitude, et surtout leur intégrité*»<sup>145</sup>, secondo una cultura che fa della componente morale una parte essenziale dei requisiti necessari per essere assurti al ruolo di “servitore dello Stato”, non diversamente, peraltro, da quanto avviene nel modello imperiale cinese.

Ad ogni modo, concorsi ed esami si affermano quali strumenti di selezione capaci di assicurare la professionalità di chi esercita le funzioni, in una prospettiva che ne colloca l'utilità al servizio dell'effettività ed efficacia dell'amministrazione, ove la capacità del singolo diviene elemento costitutivo di quella dell'organizzazione e dell'adeguatezza di questa all'esercizio dei compiti che le sono attribuiti (secondo il parametro espresso dall'art. 118, comma 1, Cost.).

Il concorso quale strumento di reclutamento degli agenti pubblici d'ogni livello e ruolo diviene prevalente nelle organizzazioni nazionali europee in modo progressivo lungo tutto l'arco del XIX secolo<sup>146</sup>, per generalizzarsi in via definitiva quale elemento caratterizzante la burocrazia professionale a partire dall'inizio del '900, e ciò per lo più senza direttamente correlarsi al riconoscimento del diritto politico di accesso alle funzioni pubbliche.

Non sono, in altre parole, le dichiarazioni dei diritti settecentesche a imporre l'utilizzazione del modello concorsuale, che pure si afferma nell'esperienza nordamericana, come in quella francese. Ciò vuoi perché nelle ex colonie le dichiarazioni indicano l'elezione quale garanzia dell'eguaglianza dei cittadini nell'accesso alle cariche pubbliche<sup>147</sup>, salvo poi assistersi al superamento della legittimazione elet-

<sup>145</sup> Così J.J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en avril 1772*, cit., 382, 399.

<sup>146</sup> F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics*, cit., 342 ss. Per l'affermazione del “*concours*” come particolare (ma non esclusiva) modalità di attuazione dell'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: Cons. Const., 30 août 1984, n° 84-178 DC. Cfr. da ultimo J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici*, cit., 2011, 183 ss.; D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, LGDJ, Paris, 2007, 367. La *Civil Service Commission* è incaricata della gestione delle «*open competitive examination*» all'epoca del primo Ministro Gladstone (1870), per superare un sistema di reclutamento dominato da compravendita dei posti e clientelismo; per riferimenti vedi *supra*, nt. 13 e 14.

<sup>147</sup> Nemmeno la *révolution* impone il concorso, ma individua nell'elezione il modello per la selezione dei funzionari, in quanto ritenuto quello più coerente con il principio di sovranità popolare; si veda la *Constitution* del 1791, Ch. IV, sect. II, art.

totale a beneficio di un ritorno al “*patronage*”<sup>148</sup>. Ed è proprio per arginare uno *spoils system* ormai degenerato in un sistema incontrollabile di favoritismi, che a distanza di più di un secolo si generalizza il ricorso alle *open competition*, intese anzitutto a protezione dell’amministrazione, più che come un istituto di garanzia del principio di eguaglianza<sup>149</sup>.

Vuoi perché il riconoscimento del diritto di eguale accesso non impedisce nella Francia post-rivoluzionaria il perpetuarsi di un reclutamento determinato dall’«*arbitraire avec ses différents caprices*»,

2: «*Les administrateurs [...] sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du Roi, les fonctions administratives*». L’ideale rivoluzionario predica l’istituzione di un «*magistrat élu par ses concitoyens pour servir la chose publique gratuitement et pendant un temps court et précis*», ove «*l’élection exprime l’idée que chaque citoyen étant lui-même source du pouvoir, il doit être appelé à choisir parmi ses concitoyens les plus capables pour exercer les fonctions publiques*»: C. KAFTANI, *La formation du concept de fonction publique en France*, cit., 91 ss. In tema inoltre M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, cit., 23; P. SADLAN, *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, Thèse pour le doctorat en droit, mars 1972, V; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 226 ss. Accanto agli agenti eletti dal popolo permangono quelli nominati (dal re prima, poi dalla Convenzione, quindi dal Direttorio), spesso autorizzati a destituire i primi poiché non sufficientemente fedeli agli ideali rivoluzionari, o in caso di negligenza nell’esercizio delle funzioni; sono solo i corpi tecnici (anzitutto gli ingegneri del genio civile e militare) a essere selezionati per concorso, al pari degli insegnanti delle «*écoles centrales*» istituite per sostituire università e licei: J. GODECHOT, *La révolution et l’empire, in Histoire de la Fonction publique en France*, cit., 414 ss.

<sup>148</sup> Il *patronage* si afferma quale strumento utile a creare «*reticolati d’influenza in tutto il paese, contribuendo a mantenerlo unito*». Sulle origini dello *spoils system* all’epoca dell’amministrazione di Andrew Jackson (1829-1837): G.S. WOOD, *I figli della libertà. Alle radici della democrazia americana*, cit., 397.

<sup>149</sup> Si veda F. DREYFUS, *L’invention de la bureaucratie. Servir l’État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, cit., 172: l’introduzione dei «*competitive exams*» per l’accesso ad alcuni posti del *Civil Service* federale si deve al *Pendleton Civil Service Reform Act* (1883), adottato dopo l’uccisione del Presidente James Garfield da parte di uno dei suoi sostenitori deluso per la mancata attribuzione di un impiego. Il sistema di reclutamento meritocratico è ivi inteso «*essentiellement comme un moyen permettant de faire regresser la manipulation des partis*», a fronte di una situazione in cui il Congresso è divenuto un «*pourvoyeur d’emplois*» e «*tous ceux qui travaillent dans l’administration sont redevables de leur emploi aux leaders des partis à l’égard desquels ils contractent, en conséquence, nombre d’obligations*», tra cui in particolare quella di finanziare il partito in proporzione alla retribuzione ricevuta. Per l’osservazione secondo cui agli inizi del XIX sec. «*Heads of departments were overwhelmed by the pressure on them to find places for friends and supporters*»: J. PELLEW, *The Spoils System and the Concept of Merit in the American Civil Service*, cit., 71.

a vantaggio di raccomandati e “protetti” per le più svariate ragioni occasionali da ministri e alti funzionari, ove il “conformismo politico” è criterio di selezione che assume maggior rilievo tanto più si sale di livello nella gerarchia amministrativa<sup>150</sup>.

È il giungere a compimento del percorso di professionalizzazione dell’amministrazione – con il c.d. “decollo amministrativo”<sup>151</sup> – a individuare nel concorso la modalità prevalente di reclutamento nei ruoli dei ministeri e degli altri enti pubblici, sino a divenire principio caratterizzante l’organizzazione pubblica. Così, esso si consolida in modo definitivo nella maggior parte degli ordinamenti lungo l’arco del XX secolo<sup>152</sup>, con l’adozione di statuti e testi unici che differenziano l’impiego pubblico dalla *locatio operarum*<sup>153</sup>, talora ricevendo, come in Italia, espressa consacrazione costituzionale (art. 97, comma 4, Cost.).

È vero che, in origine, in Italia vi fa eccezione l’impiego negli enti locali, ove si riconosce ampia discrezionalità al sindaco nella selezione dei dipendenti, ma ciò si deve, probabilmente, non tanto all’esigenza di tutelare l’autonomia di cui tali enti sono espressione<sup>154</sup>,

<sup>150</sup> J. DELBOUSQUET, *De l’organisation des administrations centrales des divers ministères; des droits et des devoirs des employés* (1843), cit. in F. EDEL, *Deux siècles de principe d’égal admissibilité aux emplois publics*, cit., 346.

<sup>151</sup> G. MELIS, *Fare lo Stato per fare gli Italiani*, il Mulino, Bologna, 2015, 110; ID., *Storia dell’amministrazione italiana (1861-1993)*, cit., 12; S. CASSESE, *Questione amministrativa e questione meridionale. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall’unità ad oggi*, Giuffrè, Milano, 1977, 25.

<sup>152</sup> . Nel Regno Unito l’*open competition* è divenuta sistema generalizzato di accesso al *Civil Service* solo nel 1919: F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l’open competition*, cit., 335.

<sup>153</sup> Si veda S. SPAVENTA, *Giustizia nell’amministrazione*, Discorso pronunciato nell’Associazione costituzionale di Bergamo, la sera del 7 maggio 1880, pubblicato in opuscolo estratto dalla *Gazzetta provinciale di Bergamo*, n. 107, 7 maggio (accessibile on line, in [www.scienze giuridiche.uniroma1.it](http://www.scienze giuridiche.uniroma1.it); consultato a maggio 2022): «È necessità, quindi, di fare una legge sullo stato degl’impiegati, che definisca assai precisamente le condizioni ed i modi con cui gli uffici pubblici sono conferiti, come ci si può avanzare e le cause per cui si perdono».

<sup>154</sup> Negli enti locali il concorso è introdotto come modo ordinario di nomina del segretario e degli impiegati amministrativi e tecnici con il R.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, *Riforma della legge comunale e provinciale*, art. 36, e poi nel R.d. 3 marzo 1934, n. 383, art. 223, benché precedenti si ritrovino già nel R.d. 12 febbraio 1911, n. 297, *Approvazione del regolamento per la esecuzione della legge comunale e provinciale*, art. 94, ove si afferma l’obbligatorietà del concorso «per la nomina del segretario e degli impiegati del Comune quando non possa provvedersi per promozione». Per il dibattito sull’introduzione dell’obbligo di reclutamento per concorso nei comuni: U. BORSI, *Per una disciplina legislativa dei concorsi ad impieghi comunali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, 1 ss.; più di recente menziona il superamento dell’«assoluta “libertà” del comune di assumere e licenziare»: C. PINELLI, *Il 3° comma dell’art. 97*,

quanto piuttosto a una diversa concezione della posizione e qualità giuridica di chi tali funzioni vada a esercitare. Vi manca almeno inizialmente, quella considerazione della soggezione a una “supremazia speciale” che per lungo tempo caratterizza il modello di carriera nelle pubbliche amministrazioni<sup>155</sup>. In altre parole, agli impiegati degli enti locali non è alle origini riconosciuto lo *status* caratterizzante l'esercizio delle funzioni pubbliche, preferendosene piuttosto la tendenziale assimilazione ai lavoratori di imprese e altre organizzazioni private.

*L'accesso ai pubblici impieghi*, cit., 330. Per un riferimento al «principio dell'autarchia, malinteso nella concezione»: E. TOMMASONE, *L'attività dell'amministrazione nel concorso a pubblico impiego*, cit., 31.

<sup>155</sup> Cfr. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 24 ss.

## CAPITOLO II

# Il diritto di accesso agli impieghi pubblici in condizioni di eguaglianza

SOMMARIO: 1. L'accesso agli impieghi pubblici come diritto politico. – 2. Il reclutamento tra diritto e dovere politico e il giuramento come rituale di integrazione. – 3. Il reclutamento in condizioni di eguaglianza tra ordinamento nazionale ed europeo: i requisiti di selezione "oltre il merito". – 4. Accesso agli impieghi pubblici e parità tra i generi. – 5. La crisi del modello meritocratico.

### 1. *L'accesso agli impieghi pubblici come diritto politico*

L'ordinamento italiano accoglie il principio di eguale accesso agli impieghi pubblici affermando il corrispondente diritto in capo a «tutti i cittadini, dell'uno e dell'altro sesso», purché in «possesso dei requisiti stabiliti dalla legge» (art. 51, comma 1, Cost.).

È così enunciato quello che è, di tutta evidenza, un diritto politico e di partecipazione, coerentemente con la radice storico-filosofica del principio che ne colloca l'affermazione, come si è visto, in seno alla rivoluzione liberale e borghese di fine '700<sup>1</sup> e con la tradizionale definizione che identifica i diritti politici in quelli che consentono di «partecipare al governo e all'amministrazione» dello stato, dando accesso a una "pubblica funzione"<sup>2</sup>. La rilevanza giuridica di tale pretesa in capo al singolo è pertanto inscindibile dalla funzionalizzazione all'utilità *pubblica*, nel senso di comune alla collettività politica di appartenenza.

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, capitolo I, par. 4

<sup>2</sup> Santi ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1897, 78. Per l'individuazione della categoria dei "diritti di funzione", di cui quelli politici sono una particolare *species*: P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti e doveri dei cittadini*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. V, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, III ed., 1987, 726 e ID., *Diritti politici*, *ivi*, 734.

La riconducibilità del diritto d'accesso agli impieghi alla *species* dei diritti politici è confortata da argomenti testuali: la relativa previsione è collocata nel titolo della Costituzione dedicato ai rapporti politici (titolo IV) ed è enunciata insieme al diritto di elettorato passivo, cui la norma costituzionale fornisce ulteriori garanzie nell'affermare il diritto degli eletti di «disporre del tempo necessario» all'adempimento delle funzioni e di conservare il posto di lavoro (art. 51, comma 3, Cost.).

Il principio di accesso egualitario agli impieghi è dunque da intendersi come specificazione delle “forme e limiti” di esercizio della sovranità popolare (art. 1, comma 2, Cost.) – andando a esprimere «una delle manifestazioni più sostanziali dell'intrinseca democraticità dello Stato italiano»<sup>3</sup> – prima ancora che una garanzia del diritto al lavoro dei cittadini (art. 4, comma 1, Cost.)<sup>4</sup>.

Perciò il diritto al reclutamento pubblico è attribuito a livello costituzionale ai soli “cittadini”, secondo un'espressione di norma oggetto di un'interpretazione letterale, conformemente a quella che è una tradizione giuridica propria degli stati europei a partire dall'epoca moderna<sup>5</sup>, ma le cui radici affondano senz'altro nella configurazione dello *status activae civitatis* dell'antica Roma<sup>6</sup>, e prima ancora della Grecia antica, ove Aristotele coglie l'essenza della cittadinanza nella «partecipazione ai tribunali e alle magistrature»<sup>7</sup>.

A partire dalla Rivoluzione francese la rivendicazione del principio

<sup>3</sup> Così P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti politici*, cit., 735; C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, cit., 252: «Democrazia vuole inoltre, secondo la nostra Costituzione, che ogni cittadino possa accedere in condizioni di parità ai pubblici uffici. E veramente, solo ove viga questa regola, la burocrazia non costituirà un corpo privilegiato di fronte al popolo, ma, formata entro il popolo nella sua totalità, assumerà essa stessa carattere popolare».

<sup>4</sup> Per l'affermazione della correlazione tra diritto al lavoro e concorso pubblico: R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, nt. a Corte cost., 16 maggio 2002, n. 194, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 1994; N. ASSINI, M. SOLINAS, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Treccani, Roma, 1988, 2; C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, cit., 339.

<sup>5</sup> Santi ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 189 ss.

<sup>6</sup> Da ultimo si veda M. CONSITO, *La cittadinanza e le sue forme*, Jovene, Napoli, 2021, 9: «l'essenza del cittadino è individuata nella partecipazione all'amministrazione del governo e la funzione giudiziaria, al possesso dei requisiti per poter in astratto ricoprire il ruolo di governante e di governato (...)», con rinvio a A. CALORE, *Cittadinanze nell'antica Roma*, vol. I, *L'età regia*, Giappichelli, Torino, 2018, 6.

<sup>7</sup> Da ultimo G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 432 che richiama ARISTOTELE, *Politica*, Libro III, 1275 a.

di sovranità popolare rende il diritto dei cittadini di partecipare alla gestione della *res publica* eguale, e cioè aperto a tutti, purché maschi.

L'eguaglianza nei diritti politici diviene così espressione della partecipazione a "frammenti di sovranità"<sup>8</sup> in capo a ciascun individuo appartenente alla medesima comunità, al medesimo popolo, assumendo al contempo una valenza identitaria e di inclusione<sup>9</sup>. La costruzione dell'identità nazionale passa infatti storicamente attraverso la "chiusura" rispetto ai terzi, secondo un assunto soltanto di recente messo in crisi da prospettive innovative, tese a cogliere diverse dimensioni di appartenenza reciprocamente coesistenti (alla comunità locale, o a quella umana e globale)<sup>10</sup>, evidenziandosi nella dinamica identitaria e di inclusione – la cui urgenza tende oggi a stemperarsi – quella più cocente e intollerabile di esclusione del terzo<sup>11</sup>.

La cittadinanza-partecipazione definisce per l'effetto una «specifica dignità» dell'individuo che lo colloca "entro una rete" di poteri, rendendolo compartecipe di gloria e virtù della comunità<sup>12</sup>.

È tipica della cultura giuridica d'Europa l'affermazione in stretta correlazione di requisiti intesi alla verifica della professionalità dei funzionari (tra cui anzitutto il titolo di studio), e di quello di cittadinanza, inteso sin dalla Rivoluzione francese quale *status* "alla base dell'eguaglianza politica", all'epoca, come poc'anzi precisato, in

<sup>8</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari-Roma, 2018, 11.

<sup>9</sup> Non a caso i rivoluzionari richiedono per l'accesso agli impieghi inizialmente anche la professione della religione cattolica, escludendo ebrei e protestanti, e poi l'adesione all'ideologia rivoluzionaria: J. GARAGNON, *L'origine du principe de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques*, cit., 52 ss.

<sup>10</sup> Da ultimo si veda M. CONSITO, *La cittadinanza e le sue forme*, cit., 134 ss. Critico sulla possibilità di prospettare una cittadinanza globale: R. CAVALLO PERIN, *L'ossimoro della locuzione «cittadinanza globale»*, in *Dir. amm.*, 2005, 211 ss.

<sup>11</sup> Così A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana*, Jovene, Napoli, 417-418: «la diseguaglianza e il valore escludente impliciti nelle cittadinanze sono rafforzati dal legame commutativo fra diritti politici e cittadinanza», ove «la statuizione della cittadinanza quale condizione per la titolarità dei diritti politici viene considerata alla stregua di un dato "naturale", logica e, molto spesso, intoccabile»; P. COSTA, *La sfida di una nuova cittadinanza che valorizzi i diritti dell'uomo contro la logica del dentro e fuori*, in *Amm. civile*, 2008, 28 ss.; R. BRUBAKER, *Citizenship and nationhood in France and Germany* (1992), trad. it. a cura di G. Luciani, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, Il Mulino, Bologna, 1992, 10 e 45 ss.; D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Laterza, Roma-Bari, 1994, 17 ss. In tal senso già: R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *No-viss. dig. it.*, vol. III, Utet, Torino, 1959, 311 ss.

<sup>12</sup> Così G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, cit., 432-433 e poi M. CONSITO, *La cittadinanza e le sue forme*, cit., 21.

chiave di inclusione di quanti fossero stati nella società dei ceti esclusi dalla partecipazione all'esercizio del pubblico potere<sup>13</sup>.

Se i requisiti professionali (titolo di studio, abilitazioni professionali ed esperienze in altri uffici) sono intesi a misurare l'idoneità del singolo a un esercizio "capace" e "perito" dei compiti affidatigli, e solo in rari casi sono giustapposti e completati da ulteriori requisiti di appartenenza (o di non appartenenza)<sup>14</sup>, la cittadinanza si correla piuttosto alla dimensione espressa dai requisiti di onorabilità<sup>15</sup>, pur restando da questi ultimi distinta<sup>16</sup>. L'appartenenza alla comunità na-

<sup>13</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., 23.

<sup>14</sup> Si veda *infra*, par. 3.

<sup>15</sup> Oggi l'accesso all'impiego è escluso per quanti siano stati privati dell'elettorato politico attivo, o siano stati destituiti, dispensati dall'impiego presso una pubblica amministrazione o licenziati per persistente insufficiente rendimento o per motivi disciplinari, o ancora siano stati dichiarati decaduti a seguito dell'accertamento del conseguimento dell'impiego «mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile», o abbiano riportato una condanna passata in giudicato per «reati che costituiscono un impedimento all'assunzione» (d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, art. 2, comma 7, come mod. dal d.P.R. 16 giugno 2023, n. 82, art. 1, comma 1, lett. b). A queste ipotesi si aggiunga la versione contemporanea della c.d. "morte civile", data dall'interdizione dai pubblici uffici, che può essere permanente o temporanea e che è pena accessoria rispetto alle più gravi pene detentive (art. 28 c.p.).

<sup>16</sup> La previsione del requisito di buona condotta, un tempo stabilito dal d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 2, lett. b, è stata abrogata con l. 29 ottobre 1984, n. 732; in tema si vedano Corte cost., 23-31 marzo 1994, n. 108 e Corte cost., 13-28 luglio 2000, n. 391, per l'annullamento delle disposizioni che richiedevano l'appartenenza ad una «famiglia di estimazione morale indiscussa» ed escludevano i candidati i cui parenti avessero riportato condanne per strage, associazione di tipo mafioso, guerra civile ecc. Cfr. G. VACIRCA, *Buona condotta (diritto pubblico)*, in *Enc. giur.*, vol. V, Treccani, Roma, 1991, 1 ss.; G. VIRGA, *Abolizione del requisito della buona condotta e cause ostative all'instaurazione del rapporto di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1988, 1629 ss. Oggi si mantiene il requisito della condotta "incensurabile" per le assunzioni presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e «le amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia, di giustizia ordinaria, amministrativa, contabile e di difesa in giudizio dello Stato»: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, comma 6; d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 2, comma 6; d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, art. 2, comma 2, lett. b *bis*. Da ultimo si vedano: Cons. St., sez. IV, 29 settembre 2017, n. 4552; Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5301: la condotta "incensurabile" è un *quid pluris* rispetto alla buona condotta ed è senz'altro esclusa da gravi precedenti penali; o dal consumo di stupefacenti; Cons. St., sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3616. Cfr. L. GIRODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1897, 334, ove si evidenzia come già il diritto romano escludesse da qualsiasi carica «gli indegni della pubblica stima» e cioè «gli *infames*, i *mercenari*, i *lenoni*, gli *istrioni* ed altri individui addetti a mestieri immorali o indecorosi».

zionale è infatti considerata presunzione di *fedeltà* e di non collusione con potenze nemiche<sup>17</sup>, ove il tradimento è causa di disonore e di perdita della stessa cittadinanza, e l'assunzione dell'impegno di fedeltà non di rado è suggellata dalla prestazione del giuramento<sup>18</sup>.

Tale linguaggio, spesso ricondotto alla "concezione romantica delle relazioni internazionali"<sup>19</sup>, pare ispirare quello che in tempi recenti è usato dalla Corte di giustizia europea, per circoscrivere la deroga al principio di libera circolazione dei lavoratori per gli impieghi nelle pubbliche amministrazioni (art. 45, § 4, TFUE). La riserva di nazionalità è ivi infatti ammessa solo qualora per l'esercizio di funzioni o servizi sia considerato indefettibile quel «rapporto particolare di solidarietà» che lega i cittadini al proprio Stato, cioè la «reciprocità di diritti e doveri che costituisce il fondamento del vincolo di cittadinanza»<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Edition française par l'auteur, avec une préface de H. Berthélemy, tome IV, partie spéciale, Giard & Brière, Paris, 1906, 2: «*Le service de l'Etat ne peut incomber qu'à des personnes qui, en vertu de leur nationalité, appartiennent à cet Etat. (...) le dévouement particulier et la fidélité exigés ici ne doivent être supposés que chez un homme appartenant à la communauté à laquelle le service doit être prêté*»; L. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, cit., 332-333: per gli uffici elettivi occorre la cittadinanza ottenuta per grande naturalizzazione (cioè per legge), mentre per poter aspirare agli uffici amministrativi di nomina governativa è sufficiente la "piccola naturalità" (per decreto reale) in quanto «l'oculatezza del governo nella scelta dei suoi funzionari offre piena garanzia che non sarà mai affidata una carica ad uno straniero naturalizzato per semplice decreto reale, senza prima accertarsi della sua perfetta devozione alla nuova patria da lui eletta»; sui vari tipi di cittadinanza un tempo previsti (cittadinanza coloniale, abitanti delle Isole Egee, sudditi, ecc.) e ivi considerati in correlazione all'accesso all'impiego: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CXL ss.

<sup>18</sup> Sul giuramento vedi *infra*, par. 2.

<sup>19</sup> In tal senso da ultimo M. CONSITO, *La cittadinanza e le sue forme*, cit., 33, che vi riconduce l'idea secondo cui gli Stati sono intesi «come nazioni unitarie espressione di comunità etnico/culturali/religiose», rinviando in particolare alle Conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesaurò presentate il 30 gennaio 1992, nel caso C-369/90, *Micheletti*, che a propria volta richiama CIG, 6 aprile 1955, *Nottebohm*.

<sup>20</sup> C. giust., sez. III, 10 dicembre 2009, C-345/08, *Pesla*; C. giust., 10 settembre 2014, C-270/13, *Haralambidis*; C. giust., 10 dicembre 2009, C-460/08, *Commissione c. Repubblica Ellenica*; C. giust., 11 settembre 2008, C-447/07, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust., 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*; C. giust., 2 luglio 1996, C-290/94, *Commissione c. Repubblica ellenica*; C. giust., 2 agosto 1993, C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué*; C. giust., 30 settembre 2003, C-47/02, *Anker*; C. giust., 1° dicembre 1993, C-37/93, *Commissione c. Regno del Belgio*; C. giust., 27 novembre 1991, C-4/91, *Bleis*; C. giust., 30 maggio 1989, C-33/88, *Allué*; C. giust., 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust., 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione c.*

La riserva del reclutamento ai cittadini si pone dunque come un principio generale di cui si ammetteva un tempo la deroga in ipotesi circoscritte, caratterizzate dal prevalere di una speciale legittimazione degli interessati. Così, ad esempio, nel caso dei professori universitari, ove è sempre stato l'esercizio di scienza a consentire l'apertura degli impieghi anche a quanti fossero privi della cittadinanza, coerentemente con l'"universalità del sapere scientifico"<sup>21</sup> e con la tradizione sovranazionale della comunità accademica, che si costituisce nel medioevo prevalentemente come un'istituzione autonoma a carattere corporativo<sup>22</sup>, sottratta ai poteri locali e capace di

*Repubblica francese*; C. giust., 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*. Si vedano inoltre Commissione, Comunicazione dell'11 dicembre 2002, COM(2002) 694 def., *Libera circolazione dei lavoratori - realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*; Commissione, Comunicazione del 18 marzo 1988, n. 88/C72/02, *Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri*. Si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jovene, Napoli, 2012, 101 ss., e poi ID., *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *Dir. amm.*, 2020, 163 ss. In tema, inoltre: J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Current Issues and State of Play*, Report for the European Commission, Part I and Part 2, European Commission, 2010; P. MINDERHOUD e B. FRIDRIKSDOTTIR, *Report on Posts in the Public Sector Reserved for Nationals Developments in the 27 Member States in 2009-2012*, Prepared for the European Commission by the Network on Free Movement of Workers, July 2013; V. MARCENÒ, F. PARUZZO, "Non c'è lavoro per tutti". *Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego*, in *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, a cura di A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana, Franco Angeli, Milano, 2017, 211 ss.; M. GNES, *Al servizio della nazione: l'accesso degli stranieri agli impieghi pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2019, 45 ss.; ID., *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, 7 ss.; D. PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Dir. amm.*, 2017, 753 ss.; G. PEKASSA NDAM, *La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2012, 363 ss.; J.A. FUENTETAJA PASTOR, *La libre circulación des empleados públicos*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, 5, 44; M.A. SENDÍN GARCÍA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión europea*, Ratio Legis, Salamanca, 2005, 37 ss.; J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, Europa Law Publishing, Groningen, 2001, 71 ss. Ulteriori riferimenti in B. GAGLIARDI, *Dipendenti pubblici, libera circolazione e cittadinanza in Europa. Bibliografia ragionata*, in *Ius Publicum Network Review*, Reports e documentazione, sez. Enti pubblici - Funzionari e dipendenti, ottobre 2012, [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com).

<sup>21</sup> In tal senso già L. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, cit., 333.

<sup>22</sup> Fanno eccezione le università istituite con atto del sovrano per assicurare la provvista di funzionari pubblici, di cui offre l'archetipo lo *Studium* di Napoli, voluto da Federico II nel 1224 in particolar per la formazione dei giureconsulti del Re-

autolegittimarsi anche al cospetto di quelli sovranazionali (papato e impero)<sup>23</sup>.

Alla riserva di nazionalità il dettato costituzionale italiano accompagna esplicitamente l'affermazione del dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica (e con essa ai principi costituzionali che ne caratterizzano l'ordinamento, ex art. 54, comma 1, Cost.), che assume particolare pregnanza in sede di esercizio delle funzioni pubbliche<sup>24</sup>.

gno: H. RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, vol. II, Oxford University Press, London, rist. 1936, 21 ss.

<sup>23</sup> Nei lavori della Costituente si discute dell'opportunità di una norma che consenta esplicitamente di derogare al requisito di nazionalità per l'insegnamento universitario. La deroga, tuttavia, è ricondotta a circostanze puntuali, e cioè alla «carezza dell'insegnamento universitario, dipendente dal fatto che durante il periodo fascista la quasi totalità delle cattedre universitarie è stata coperta da giovani insegnanti venuti su in clima fascista», da cui l'urgenza di un'apertura agli stranieri, per «rinnovare lo spirito dell'insegnamento universitario». Ciò non senza che destasse preoccupazione l'eventualità che si affidasse la «direzione spirituale della Nazione italiana (...) ad uomini che non sono italiani e che non hanno alcun attaccamento alla storia e alle esigenze della Nazione»: Assemblea Costituente, Terza Sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta di venerdì 20 settembre 1946*, 59. L'apertura agli stranieri è in ogni caso prevista sin dalla l. 13 novembre 1859, n. 3972 (legge Casati), art. 166 e poi confermata dal r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, *Testo unico delle leggi sull'istruzione superiore*, art. 275, comma 2, che tuttavia ne limita il diritto di partecipazione ai Consigli di Facoltà. Le origini di tale apertura sono da rintracciarsi nella medievale *licentia ubique docendi*, che testimonia la tradizione internazionale dell'Accademia. In tema: M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale, Verso un mercato unico dei servizi professionali*, Jovene, Napoli, 2012, 6; J. VERGER, *Les Universités au Moyen Age*, PUF, Paris, 1973, 24 ss.; Andrea ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 13, 2009, 2 ss.; H. RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, vol. I, Oxford University Press, London, rist. 1936, 8 ss.; A.O. NORTON, *Readings in the History of Education: Mediaeval Universities*, Harvard University, Cambridge, 1909, 96 ss.; U. GUALAZZINI, *L'origine dello Studium Bolognese nelle più antiche vicende della Licentia Docendi*, in *Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna*, Nuova Serie, Istituto per la storia dell'Università, Bologna, 1985, 97 ss.; A.B. COBBAN, *The Medieval Universities: their Development and Organization*, Methuen, London, 1975, 27. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, Cedam, Padova, 2018, 125 ss.

<sup>24</sup> Sulla fedeltà come presupposto della riserva di nazionalità: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CXXXVIII. *Amplius* sul dovere di fedeltà: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 129 ss.; Id., *Fedeltà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, 1968, Giuffrè, Milano, 165 ss.; A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Treccani, Roma, 1989, 4; C. PINELLI, *Il 1° comma dell'art. 98, Il vincolo dei funzionari al «servizio esclusivo della Nazione»*, in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, cit., 420-421; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano,

Si afferma così un obbligo di *status* che caratterizza la prevalente tradizione giuridica europea, arrivando a legittimare la limitazione dei diritti individuali dei funzionari anche nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali, ove l'obbligo di fedeltà è invocato, ad es., a fondamento di peculiari doveri di "riserbo" degli agenti pubblici che si risolvono in limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero o di quella di religione<sup>25</sup>. Non è senza interesse rilevare come si tratti delle stesse Corti europee cui spesso si adduce la tendenza a trascurare le specificità dell'impiego pubblico, a beneficio di una preminente tutela dei diritti individuali del "lavoratore"<sup>26</sup>, spesso confusa o sovrapposta con l'influenza di teorie particolarmente favorevoli all'introduzione di modelli e strumenti mutuati dal diritto privato in sede di disciplina di attività e organizzazione delle amministrazioni pubbliche (c.d. *New Public Management*)<sup>27</sup>.

Nella prospettiva tipica del modello di carriera che ha a lungo tempo prevalso negli ordinamenti giuridici di molti dei paesi dell'area europea<sup>28</sup>, il vincolo di appartenenza espresso dallo *status* di cit-

1984, 45 ss.; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013, 169 ss.; pone il dovere di fedeltà (art. 54 Cost.) direttamente a fondamento dello *status* di cittadinanza: E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Giuffrè, Milano, 1997, 104-105.

<sup>25</sup> Per la limitazione della libertà di coscienza dei funzionari: CEDH, 8 décembre 2020, *Panioglu c. Roumanie*; per la limitazione della libertà di religione: CEDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*; CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru c. France*; CEDU, 24 janvier 2006, *Kurtulmus c. Turquie*; CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sabih c. Turquie*.

<sup>26</sup> Es. per l'affermazione delle libertà sindacali dei lavoratori pubblici: CEDH, 2 janvier 2015, *Matelly c. France* (richiamata anche da Corte cost., 13 giugno 2018, n. 120, sul diritto d'associazione sindacale dei membri delle forze armate). Sul diritto al giusto processo (art. 6 Conv. EDH): CEDH, 20 juin 2019, *Loupas c. Grèce*; ECHR, First sect., 26 July 2011, *Juričić V. Croatia*; CEDH, Grande Chambre, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et a. c. Finlandia*. In tema B. CIMINO, *Diritti umani, civil servants e right to a fair trial: la Corte di Strasburgo procede per prova ed errore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 935 ss.; D. SZYMCAK, *Concepts de fonction publique et d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in *Vers un modèle européen de la fonction publique?*, Neuvièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, sous la direction de L. Potvin-Solis, Bruylant, Bruxelles, 2011, 235 ss.

<sup>27</sup> Cfr. *supra*, capitolo I, nt. 9.

<sup>28</sup> Specialmente in Francia si contrappone il modello di carriera con quello "dell'impiego" (*de l'emploi*), in cui si rinvencono molti dei caratteri normalmente attribuiti al modello di rapporto di lavoro e di inserimento nell'organizzazione amministrativa tipico delle teorie del c.d. *New Public Management*. Il modello di carriera è strettamente legato all'organizzazione dei funzionari in "corpi", cioè delle «*communautés de fonctionnaires ayant le meme genre de compétence et à l'intérieur*

tadinanza nazionale viene così a caratterizzare a propria volta lo *status* di funzionario pubblico, acquisito da quanti entrino a far parte dell'organizzazione della pubblica amministrazione con l'iscrizione nei relativi ruoli<sup>29</sup>.

Il peculiare *status* presupposto dell'esercizio di funzioni pubbliche non comporta solo l'affermazione del dovere generale di fedeltà – che è valido per tutti i cittadini (art. 54, comma 1, Cost.) – ma si completa, come meglio si vedrà, in quello speciale di adempiere alle stesse funzioni con “disciplina e onore” (art. 54, comma 2, Cost.)<sup>30</sup>. Si esprime così l'obbligo di tenere un comportamento qualificato e connotato da esemplarità<sup>31</sup>, cui corrisponde una posizione di preminenza nella società<sup>32</sup>, ove l'onore del funzionario è “onore dello

*desquels se déroule normalement la carrière*»: J.B. AUBY, *Réflexions sur la réforme de l'encadrement supérieur de l'Etat*, in *Droit Administratif (DA)*, 2021, 12, 14. Da ultimo si vedano inoltre: M. POCHARD, *Fonctionnalisation de la haute fonction publique et statuts d'emploi: sens et perspectives*, in *L'Ena hors les murs*, 2022, 513, 3, 36-40; segnala la trasformazione del tradizionale “*droit à la carrière des fonctionnaires*” nel nuovo “*droit au parcours professionnel des agents publics*”: P. BOURDON, *L'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 relative à la haute fonction publique: vers de nouveaux parcours professionnels pour les cadres supérieurs de l'État*, in *Droit Administratif (DA)*, 2021, 12, 19-20. L'introduzione del modello dell’“*emplois*” negli ordinamenti dell'Europa continentale può essere ricondotto a precise e diffuse scelte politiche, o a un effetto indiretto dall'appartenenza all'Unione europea (così ad es. è spesso affermato nel dibattito francese: cfr. riferimenti citati *infra*, in nt. 40).

<sup>29</sup> Cfr. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 214 (con rinvio a P. LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, t. II, V. Giard & E. Brière, Paris, 1901, 105-106): «Lo status di funzionario pubblico è distinto dal – e non ricomprende nello – status di cittadino, (...); tuttavia allo status di cittadino esso è strettamente connesso (...) perché i caratteri dello status di funzionario non differiscono qualitativamente da quelli dello status di cittadino, consistendo in una relazione di sottomissione e protezione con lo Stato; ciò che varia è, invece, l'intensità, per cui il rapporto d'impiego pubblico non è altro che un approfondimento, una amplificazione, dello status di cittadino, per effetto della quale quest'ultimo viene a trovarsi in una condizione “speciale” rispetto al resto della collettività.».

<sup>30</sup> Ritieni non si tratti di doveri atti a definire lo *status* del pubblico dipendente, quanto piuttosto di «doveri d'ufficio», che collegano all'attività del funzionario l'interesse alieno per il cui perseguimento è stata prevista la funzione da questi svolta, si veda da ultimo: A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 237, con rinvio a S. PUGLIATTI, *Esecuzione coatta e diritto sostanziale* (1935), Napoli, 1978, 75.

<sup>31</sup> Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, cit., 309 ss.

<sup>32</sup> L'idea della “preminenza” supera la prospettazione di un privilegio prevalentemente economico che si ritrova ad es. in R. MAYNTZ, *Soziologie der öffentlichen Verwaltung* (1978), trad. it. a cura di A. Buoncompagni, *Sociologia dell'amministrazione pubblica*, cit., 162-163: «Le limitazioni che (...) hanno impedito ed impedi-

Stato”<sup>33</sup>, che perciò si impegna ad assicurarne la protezione (art. 341 bis c.p.)<sup>34</sup>. La previsione inevitabilmente rievoca quella d’epoca rivoluzionaria di abolizione di ogni titolo distintivo, che si tratti di «*noblesse, pairie, distinctions héréditaires, distinctions d’ordres, régime féodal, justices patrimoniales*», o di qualsiasi «*titre, dénomination et prérogative (...), ordre de chevalerie, (...) corporation ou décoration*» nobiliare, con la sola eccezione della superiorità «*des fonctionnaires publics dans l’exercice de leurs fonctions*» (Costituzione del 1791).

La riserva di cittadinanza trova dunque la propria *ratio* nel dovere di adesione ai principi e valori che ispirano l’ordinamento costituzionale e danno fondamento al patto di convivenza da questo suggellato. Tale dovere si completa nell’obbligo di un adempimento qualificato in capo ai funzionari pubblici, secondo una nozione che richiama direttamente la dimensione di dovere attribuita ai servitori del sovrano sin dal giusnaturalismo<sup>35</sup>. Una siffatta correlazione tra il *diritto* dei cittadini di partecipare alla gestione della *res publica* e il *dovere* di adempiervi secondo fedeltà, oltreché disciplina e onore, giustifica la riserva di nazionalità che è propria della cultura giuridica europea a partire dall’epoca moderna, senza trovare corrispondenze in altre esperienze che tuttavia sono del pari caratterizzate dall’evoluzione verso un’amministrazione professionale (es. Cina, Impero Ottomano)<sup>36</sup>.

Si afferma così un diritto del cittadino ad assumere, in condizioni

scono l’attività politica e la rappresentanza sindacale degli interessi dei funzionari, derivano da quel particolare rapporto di fedeltà verso lo Stato che, più di ogni altra cosa, legittima un trattamento privilegiato nelle questioni relative alla sicurezza del posto di lavoro e alla pensione».

<sup>33</sup> B. BEIGNER, *L’honneur et le droit*, L.G.D.J., Paris, 1995, 308.

<sup>34</sup> La disciplina dell’oltraggio a pubblico ufficiale punisce con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni «chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone, offende l’onore ed il prestigio di un pubblico ufficiale mentre compie un atto d’ufficio ed a causa o nell’esercizio delle sue funzioni». La fattispecie tutela l’onore individuale del pubblico ufficiale che subisce l’offesa e il prestigio dell’amministrazione d’appartenenza, nonché – in ragione del «rapporto di stretta contestualità tra la condotta e il compimento dell’atto d’ufficio da parte del pubblico ufficiale» – il buon andamento della pubblica amministrazione: Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 284. Di recente v. ad es. Cass. pen., sez. VI, 26 aprile 2022, n. 15871, per l’illecito uso di espressioni «idonee a sminuire la dignità del pubblico ufficiale».

<sup>35</sup> Cfr. *supra*, capitolo I, par. 4, nt. 108 e 109.

<sup>36</sup> Sull’esperienza cinese si vedano i riferimenti citati *supra*, cap. I, nt. 133, 134 e 135. Sull’esperienza dell’Impero Ottomano, e in particolare sulla scuola del Palazzo di Topkapi: B. MILLER, *The Palace School of Muhammad the Conqueror*, Harvard University Press, Cambridge, 1941.

di eguaglianza, uno *status* caratterizzato anzitutto da una serie di *doveri* peculiari, coerentemente con la nozione tradizionale di dovere, che vi coglie una situazione di “vincolo generale” o “non correlativa”<sup>37</sup>, ovvero, *sub species* di dovere “pubblico” o “fondamentale”, una posizione assunta verso il soggetto collettivo, quale articolazione del c.d. “obbligo politico”, risultante dalle situazioni di vincolo «nelle quali il suddito si trasforma in cittadino»<sup>38</sup>.

Di recente, il prevalente superamento della riserva di nazionalità è determinato anzitutto dalle evoluzioni derivanti dall'appartenenza all'Unione europea<sup>39</sup>. Non importa ora se ciò avvenga perché tale ordinamento ha effettivamente inteso favorire una “banalizzazione” dell'impiego pubblico che implicherebbe il definitivo superamento del modello di carriera<sup>40</sup> e di quella concezione un tempo definita ri-

<sup>37</sup> Santi ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, rist. 1983, 104-105; Alb. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, cit., 162.

<sup>38</sup> G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 358; G. PECES BARBA MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Utet, Torino, 1990, 139 ss.; F. PIZZOLATO e C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiorn. 3, Utet, Torino, 2008, 319 ss. Non è del tutto sovrapponibile la tesi – riferita a “molti” in R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Treccani, Roma, 1990, 4 – che distingue dovere e obbligo in ragione del fatto che il primo designa «la situazione svantaggiosa cui non corrisponde alcuna pretesa», mentre l'obbligo sarebbe «la situazione soggettiva correlata ad una pretesa».

<sup>39</sup> Talora vi concorre la tradizione di ordinamenti giuridici caratterizzati dall'apertura verso stranieri e apolidi per ragioni di integrazione o da una nozione circoscritta di ciò che si intende per funzionario pubblico (o *civil servant*): per l'esempio dei Paesi Bassi, v. J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, cit., 174 ss. Segnala la peculiarità del caso dell'Irlanda, «*pour laquelle il n'existe pas à proprement parler une condition de nationalité*»: J. ZILLER, *Egalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, cit., 120.

<sup>40</sup> La questione della compatibilità tra modello di carriera e accesso dei cittadini europei è affrontata da Conseil d'Etat, 31 janvier 2002, n° 366.313: «*pour apprécier si un corps ou un cadre d'emplois est accessible aux ressortissants des autres Etats membres de la Communauté (...), il convient de se référer aux missions qui leur sont assignés par leur statut particulier. Si ces missions correspondent, pour l'essentiel, à celles mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus, l'accès à ce corps ou à ce cadre d'emplois est fermé aux ressortissants communautaires*». È nel solco del recepimento del diritto dell'Unione europea che il legislatore francese ha introdotto per la prima volta i contratti a tempo indeterminato nel pubblico impiego con la l. loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, art. 13. Cfr. D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, 368 ss.; F. MELLERAY, *Les réformes con-*

chiamando il potere di “supremazia speciale” dell’amministrazione<sup>41</sup>, per consentire piuttosto una più piena assimilazione dei funzionari ai “lavoratori” delle organizzazioni d’impresa. O se, di converso, l’appartenenza all’Unione comporti l’affermarsi di un diritto politico di accesso alla “funzione pubblica europea” – intesa come il *continuum* di quelle unionali e nazionali nell’esercizio delle competenze previste dai Trattati – a corollario dell’attribuzione della cittadinanza europea (art. 20-21, TFUE).

Né tale alternativa può sciogliersi osservando l’estensione dell’accesso agli impieghi pubblici agli stranieri regolarmente residenti sul territorio nazionale anche se extra-europei<sup>42</sup>: le ragioni che sorreg-

*temporaires de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946?*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2006, 185 ss.; J.M. LEMOYNE DE FORGES, *La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2005, 2285 ss.; ID., *Quelle influence communautaire sur l’avenir du modèle français de fonction publique?*, in *Revue française d’Administration publique (RFAP)*, 2009, 702; ID., *Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2003, 1917 ss.; F. KAUFF-GAZIN, *L’influence des concepts de droit communautaire sur le droit de la fonction publique ou comment le droit communautaire opère la réduction du champ du droit public...*, in *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, sous la direction de G. Eckert, Y. Gautier, R. Kovar, D. Ritleng, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2007, 203 ss.; H. OBERDOFF, *L’influence du droit communautaire sur la fonction publique française*, in *Droit administratif européen*, sous la direction de J.B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1041 ss.; C. FERRARI-BREUR, *La loi du 26 juillet 2005 ou le droit communautaire cause réelle et prétexte à une modification du droit français de la fonction publique*, in *La Semaine Juridique - Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, 2005, 35, 1305; J. BOURDON, *Vers une banalisation du droit de la fonction publique ?*, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2005, 284 ss.; M. POCHARD, *Les implications de la libre circulation: plus qu’une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2003, 1906 ss.; G. ALBERTON, *L’ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2003, 1194 ss.

<sup>41</sup> Sul potere di supremazia speciale si veda anzitutto Santi ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898 e poi in *Scritti minori*, vol. II, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, 25; A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. II, *Gli agenti*, Cedam, Padova, 1936, 118-119.

<sup>42</sup> Ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 38, comma 3 *bis*, sono parificati ai cittadini europei i cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria. In tema v. V. MARCENÒ, *Lo straniero e il pubblico impiego tra “privilegio” del cittadino e dignità del lavoro*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, Università degli Studi di Torino, Torino, 2019, 234 ss.; S. CRESTA, S. RUSCICA, *La*

gono quest'ulteriore e diversa apertura sono infatti anzitutto da cogliersi nell'attribuzione di significato al vincolo di appartenenza alla comunità locale che caratterizza lo *status* di residenza, legittimando il riconoscimento di un diritto di partecipazione a beneficio di coloro che ne sono titolari, anche a prescindere dalla cittadinanza<sup>43</sup>. A favorire il reclutamento degli stranieri, purché stabilmente insediati sul territorio, può concorrere, oltre alla rilevanza riconosciuta allo *status* di "cittadinanza amministrativa" insito nella residenza<sup>44</sup>, anche la minor pregnanza del vincolo di fedeltà per gli impieghi nelle organizzazioni erogatrici di prestazioni di servizio, ove è residuale l'esercizio di funzioni d'autorità (es. sanità, istruzione). Ciò anche alla luce del fatto che l'ordinamento pacificamente ammette l'esternalizzazione della maggior parte di tali attività con affidamento a organizzazioni terze, talora solo formalmente private, talaltra anche sostanzialmente tali, ma cui evidentemente non s'impone alcun vincolo con riferimento alla cittadinanza degli addetti.

L'apertura del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni ai cit-

*tutela dello straniero extracomunitario sul mercato del lavoro: accesso agli impieghi presso le amministrazioni pubbliche e possibili forme di discriminazione*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, a cura di F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, 140 ss.; G. LUDOVICO, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 400 ss.

<sup>43</sup> Per l'osservazione secondo cui è «la residenza – e non la cittadinanza – a rendere attuale e far insorgere i doveri di solidarietà verso tutti (*erga omnes*) gli appartenenti alla comunità di riferimento, sia essa un comune, una regione e infine una nazione», dandosi dunque contemporaneamente diverse appartenenze, a comunità di diverso livello, che fondano diritti e doveri di solidarietà a propria volta differenziati: R. CAVALLO PERIN, *Migrazioni, diritti dell'uomo e circolazione tra ordinamenti giuridici*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 140. Per una critica al nesso tra diritti politici e *status* di cittadinanza nazionale: A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006, 72 ss.

<sup>44</sup> La "cittadinanza amministrativa" segna l'«appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana», cioè a quella territoriale di residenza, cui consegue la «legittimazione agli obblighi di polizia amministrativa e ai servizi pubblici: R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 202 ss.; ID., *L'ossimoro della locuzione "cittadinanza globale"*, cit., 216 ss. Si vedano inoltre: C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 485 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Jovene, Napoli, 2011, 3 ss.; I. PAOLA, *Pluricittadinanza, cittadinanza amministrativa e partecipazione all'attività dell'amministrazione*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Giappichelli, Torino, 2005, 257 ss.; G.D. COMPORTELLI, *Amministrazione e cittadino, ivi*, 7 ss.

tadini europei (e poi extraeuropei) è infatti correlata a un'interpretazione restrittiva degli "impieghi nelle pubbliche amministrazioni" (art. 45, § 4, TFUE), che ammette la riserva di nazionalità solo ove si tratti degli uffici deputati ad assolvere ad «attività che partecipino all'esercizio di pubblici poteri» (art. 51, § 1, TFUE), caratterizzati contemporaneamente dall'«esercizio – diretto o indiretto – di autorità pubblica» e dalla «cura e salvaguardia degli interessi generali dello Stato o di altri enti pubblici»<sup>45</sup>. Ne è derivato sinora il superamento del requisito di cittadinanza per molti dei posti di lavoro, specialmente nel settore dei servizi pubblici e in quello delle amministrazioni locali, o qualora sia richiesta anzitutto una forte legittimazione tecnico-professionale<sup>46</sup>, mentre restano esclusivamente destinati ai cittadini nazionali per lo più gli impieghi delle c.d. *fonctions régaliennes*, normalmente tipiche delle organizzazioni espressione di sovranità e – nella tradizione dell'Europa continentale – non esternalizzabili verso terzi (quali la diplomazia, la magistratura, le forze armate e quelle di polizia, e così via)<sup>47</sup>.

Ciò non sembra d'altra parte far venir meno il carattere politico del diritto dei cittadini di accesso agli impieghi pubblici, che si tratti di quelli caratterizzati dalla titolarità di funzioni d'autorità o degli altri. L'apertura agli stranieri – siano o meno cittadini europei – non implica che ad essi sia parimenti riferibile la garanzia di livello costituzionale che viceversa è appannaggio esclusivo dei cittadini italiani (fatta salva la possibilità di parificare per legge gli italiani non appartenenti alla Repubblica)<sup>48</sup>. La norma di cui all'art. 51, comma

<sup>45</sup> In Italia l'interpretazione della Corte di giustizia è recepita dal d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 38, attuato con il d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174. Per la non applicazione del regolamento nel caso dei direttori dei musei, in quanto ritenuto in violazione del diritto dell'Unione: Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2018, n. 9; nello stesso senso già Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3666; *contra* Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2018, n. 677. Sulla vicenda si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, cit., 163 ss. Si vedano inoltre: M. GNES, *La dirigenza pubblica e il requisito della cittadinanza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 143 ss.; ID., *Musei italiani e direttori stranieri: la decisione dell'adunanza plenaria. Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, e G. MASSARI, *La selezione dei dirigenti nei "super-musei": nuove riflessioni sugli atti interni contrari al diritto UE*, *ivi*, 2018, 609 ss.; F.G. ALBISINNI, *Musei italiani e direttori stranieri. I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, *ivi*, 2017, 492 ss.; M. CAMELLI, *Direttori dei musei: grandi riforme, piccole virtù e un passato che non passa*, in *Aedon*, 2018, num. 1 ([www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it)).

<sup>46</sup> Vedi giurisprudenza citata *supra*, in nt. 20.

<sup>47</sup> Sui limiti all'esternalizzazione vedi *infra*, capitolo III, par. 2.

<sup>48</sup> La stessa interpretazione è stata formulata per il dovere di difesa della patria (art. 52 Cost.) da Corte cost., 17 giugno 1992, n. 278, ove si afferma che la portata

1, Cost., non ha in altre parole un significato di esclusione di chi sia privo della cittadinanza, ma più correttamente essa è intesa come una speciale protezione per chi ce l'abbia<sup>49</sup>.

Allo stesso tempo, l'accesso alla maggior parte degli impieghi pubblici trova protezione di livello costituzionale altresì ove si abbia riguardo ai cittadini europei, per i quali è direttamente il Trattato sul funzionamento dell'Unione a tutelarne il diritto a un reclutamento non discriminatorio (anche) nelle pubbliche amministrazioni – sia pure con l'esclusione delle funzioni d'autorità poc' anzi richiamate –, enunciando la libera circolazione dei lavoratori quale diritto fondamentale dei cittadini che è elemento caratterizzante dell'ordinamento giuridico UE (art. 45, TFUE)<sup>50</sup>.

normativa dell'art. 52 è «palesamente quella di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale», sicché è legittima l'estensione dell'obbligo militare agli apolidi (non agli stranieri perché non risulterebbe violata la norma di diritto internazionale volta ad «impedire il sorgere di situazioni di conflitto potenziale tra opposte lealtà»); Corte cost., 18 maggio 1999, n. 172, con nt. di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi - Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1705 ss. La parificazione ai cittadini degli italiani non appartenenti alla Repubblica si deve a una norma originariamente pensata per gli italiani di Istria e Dalmazia; la ritiene un «relictio storico, difficilmente utilizzabile nell'ordinamento attuale, che non ammette una figura intermedia tra lo straniero e il cittadino» già: U. POTOTSCHNIG, *Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, cit., 411. Prima il riferimento era agli «italiani non regnicoli» (R.d. 30 dicembre 1923, n. 2960, art. 1, comma 2); prima ancora ai «cittadini delle altre regioni italiane, quando anche manchino della naturalità» (R.d. 22 novembre 1908, n. 693, art. 3, comma 1, n. 1). In tema: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Cedam, Padova, 1958, 91.

<sup>49</sup> Cons. St., sez. II, par., 20 giugno 1990, n. 234: «la disposizione costituzionale non mira a riservare ai cittadini italiani l'accesso ai pubblici uffici, ma mira a garantire l'uguaglianza dei cittadini senza discriminazioni o limiti, e nel prevedere la possibilità di parificare – con legge nazionale – ai cittadini gli italiani non appartenenti alla repubblica, si caratterizza come una norma «aperturista» e non come «preclusiva».

<sup>50</sup> Sulla libera circolazione dei lavoratori quale diritto fondamentale dell'ordinamento UE, si vedano, da ultimo: C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, VII ed., Oxford University press, Oxford, 2022, 201 ss.; B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, 79 ss.; M. CONDINANZI, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta, Pt. Generale, t. I, Giuffrè, Milano, 2007, 108 ss.; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 30, 367 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea: principi e tendenze*, il Mulino, Bologna, 2007, 11 ss.; S. BORELLI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*,

## 2. *Il reclutamento tra diritto e dovere politico e il giuramento come rituale di integrazione*

Il conferimento di uno *status* differenziato derivante dal reclutamento è rafforzato dalla previsione del giuramento «nei casi stabiliti dalla legge»: il cerimoniale, che tradizionalmente corona l'accesso al ruolo, dà plastica evidenza al vincolo assunto e all'*onore* che lo caratterizza, secondo una ritualità intrisa di elementi sacrali.

La stretta correlazione tra onore e giuramento è esplicita nella Costituzione italiana, che – come si è visto – afferma un dovere di fedeltà qualificata per chi sia incaricato dell'esercizio di pubbliche funzioni: in quanto cittadino questi è tenuto alla *fedeltà* alla Repubblica (e a osservarne la Costituzione e le leggi), in qualità di funzionario deve esercitare le funzioni con *disciplina e onore*, «prestando giuramento nei casi previsti dalla legge» (art. 54, commi 1 e 2, Cost.)<sup>51</sup>.

Il ricorso di alcune esperienze autoritarie a giuramenti di indiscussa fedeltà al regime e ai suoi caratteri liberticidi<sup>52</sup>, ha ingenerato

in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Agg. II, Utet, Torino, 2003, 632 ss.; A.P. VAN DER MEI, *Free Movement of Persons Within the European Community*, Bloomsbury, Oxford-Portland Oregon, 2003, 43 ss.

<sup>51</sup> Per l'affermazione di un dovere "qualificato" di fedeltà dei funzionari pubblici che supera quello a «a contenuto minimo» dei cittadini: G. LOMBARDI, *Fedeltà (dir. cost.)*, cit., 171 ss.; ID., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 1967, 129 ss.; A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, cit., 4; C. PINELLI, *Il 1° comma dell'art. 98, Il vincolo dei funzionari al «servizio esclusivo della Nazione»*, cit., 420-421. Sul dovere di fedeltà da ultimo, oltre ai riferimenti citati *supra*, in nt. 24: G. GALANTE, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico tra morale, politica e diritto*, in *Riv. Ass. it. cost. (AIC)*, 2010, 4, 1 ss.; ID., *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, vol. III, Giappichelli, Torino, 2006, 1131 ss.; I. MASSA PINTO, *Doveri e formazioni sociali. il dovere di fedeltà alla repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther, Giappichelli, Torino, 2007, 52 ss.; A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, *ivi*, 140 ss.; G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2005, 511 ss. Nello stesso senso già L. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, cit., 358, secondo cui il dovere di fedeltà assume per il funzionario «un'importanza ed un contenuto molto più rilevante, in virtù del vincolo giuridico volontariamente assunto dal funzionario pel solo fatto dell'accettazione del mandato affidatogli».

<sup>52</sup> Così il nazionalsocialismo, il fascismo, il regime di Vichy ecc. Più in generale l'uso consapevole del simbolismo politico da parte dei regimi autoritari o totalitari ha indotto alcuni osservatori a considerarlo come parte integrante della componente

una tendenziale diffidenza nei confronti dell'istituto, inducendo taluno a ritenerlo superato e a metterne in discussione la compatibilità con i valori democratici<sup>53</sup>, salvo distinguere – come talora accade – il giuramento “politico”, esecrabile in quanto espressione di un obbligo di “lealismo”, da quello “professionale” tuttora ammesso<sup>54</sup>.

Tale compatibilità risulta particolarmente sospetta ove l'asservimento a una determinata ideologia sia con il giuramento imposto a dipendenti pubblici la cui libertà di coscienza – e di scienza – assurge al massimo livello ed è anzi insita nella stessa funzione esercitata, come è il caso dei professori universitari<sup>55</sup>, che non a caso trovano

più irrazionale – e antidemocratica – della politica, dunque da eliminare a beneficio di strumenti più razionali. I simboli, d'altra parte, sono uno strumento essenziale per i cambiamenti di regime, come lo sono stati ad es. nella Rivoluzione francese, che non solo «appare caratterizzata da un'attività simbolica addirittura frenetica», ma anche da una «vera e propria inflazione di giuramenti» e ciò perché simboli e rituali politici sono essenziali per rafforzare il sistema di norme e rapporti all'interno di una società, suscitando un sentimento di coesione che fa appello a una dimensione emozionale. Si vedano: E. HOBSBAWM, *On Nationalism* cit., 136 ss.; D.I. KERTZER, *Simboli politici*, in *Enc. scienze soc.*, 1997, *Treccani.it*; L. SCUBLA, *Le serment chez Rousseau*, in R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. II, *Théories et devenir*, Éditions du CNRS, Paris, 1991, 120. Sul mito sociale e politico della rivoluzione come «resa dei conti», anche: M. GARCÍA PELAYO, *Mitos y símbolos políticos* (1964), trad. it. a cura di L. D'Arcangelo, *Miti e simboli politici*, Borla editore, Torino, 1970, 40-41.

<sup>53</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione storica dell'istituto, si veda G.B. VERBARI, *Giuramento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 131 ss. In tema inoltre: B.G. MATTARELLA, *Doveri di comportamento*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, Firenze, 2010, 243-244.

<sup>54</sup> Cfr. D. JEAN-PIERRE, *Les fonctionnaires ont-ils le droit de refuser de prêter serment?*, in *La Semaine Juridique - Edition Générale (JCP G)*, 2009, 5, II, 10019, 34 ss.

<sup>55</sup> La formula per gli universitari era la seguente: «Giuro di essere fedele al re, ai suoi reali successori e al regime fascista, di osservare lealmente lo statuto e le altre leggi dello stato, di esercitare l'ufficio d'insegnante e adempiere tutti i doveri accademici col proposito di formare cittadini operosi probi e devoti alla patria ed al regime fascista» (R.d.l. 28 agosto 1931, n. 1227, art. 18, conv. in l. 16 giugno 1932, n. 8). In undici furono costretti a lasciare l'insegnamento per non aver prestato il giuramento; non per caso gli universitari furono i primi a vedere abrogato l'obbligo, con il decr. leg. luog. 5 aprile 1945, n. 238, poi confermato dalla l. 18 marzo 1958, n. 311, art. 5, e infine dal d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, art. 8. Cfr. A. PIZZORUSSO, *La libertà d'insegnamento*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La tutela del cittadino*, Vol. 2, *La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Neri Pozza Editore, Vicenza, 1967, 428. Un'interessante corrispondenza si ritrova nell'esperienza nordamericana all'epoca del Maccartismo (1949), ove il consiglio di amministrazione dell'Università (pubblica) della California impose ai professori l'obbligo di giurare di non essere membri di alcune organizzazioni (tra cui anzitutto il partito comunista) con la seguente formula: «*I am not a member of the Communist*

nel divieto di far propaganda un limite insuperabile in sede di esercizio della propria attività<sup>56</sup>, che la stessa sia «d'idee dominanti, d'idee minori o addirittura d'idee neglette»<sup>57</sup>. Ciò fermo restando che la li-

*Party, or under any oath, or a party to any agreement, or under any commitment that is in conflict with my obligations*». In trentadue rifiutarono di prestare giuramento e furono licenziati; in tema P. LEE, *Academic Freedom at American Universities. Constitutional Rights, Professional Norms, and Contractual Duties*, Lexington Books, Maryland, 2015, 59; A.A. MORRIS, *Academic Freedom and Loyalty Oaths, in Law and Contemporary Problems*, 1963, 28, 487 ss. Sul famoso rifiuto dello storico Ernest Kantorowicz: E.H. KANTOROWICZ, *The Fundamental Issue: Documents and Marginal Notes on the University of California Loyalty Oath*, Parker Printing Co., San Francisco, 1950 ([www.lib.berkeley.edu](http://www.lib.berkeley.edu); consultato a luglio 2022); M. WIMMER, *Kantorowicz's Oaths: A Californian Moment in the History of Academic Freedom*, *Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften*, 2014, 25, 3, 116-147. L'obbligo di prestare il giuramento è considerato da Kantorowicz una violazione della dignità umana e professionale secondo quanto riportato da O. BEAUD, *Le savoir en danger. Menaces sur la liberté académique*, Puf, Paris, 2021, 111 ss.

<sup>56</sup> Si veda la lettera inviata il 15 dicembre 1931 da Mario Carrara (destituito per non aver giurato) al Ministro Giuliano (citata in P. GIROLAMI, *Mario Carrara e il giuramento rifiutato. La lezione di un medico legale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2001, 943): «Abituato ad attribuire al giuramento la serietà dovuta, non ho sentito di potermi impegnare a dare intonazione, orientamento, finalità politiche alla mia attività didattica, la quale in tanto reputo più efficace ed alta, in quanto più pura di finalità pratiche e contingenti. (...) Se noi dobbiamo formare nei giovani una coscienza «scientifica» dobbiamo guardarci dal turbarne la spontanea formazione con apriorismi dottrinari e preconetti finalistici. La ricerca scientifica può dirsi spassionata e disinteressata solo nel senso che ha per unica passione e per unico interesse il vero». Sulla libertà scientifica come libertà «professionale», i cui limiti interni coincidono con l'osservanza del metodo scientifico definito dalla comunità scientifico-disciplinare d'appartenenza: R. POST, *Democracy, Expertise and Academic Freedom*, Yale University Press, New Haven and London, 2012, 66; O. BEAUD, *Le savoir en danger. Menaces sur la liberté académique*, cit., 46; da ultimo R. CAVALLO PERIN, *L'Università come istituzione di libera scienza*, in *Dir. amm.*, 2023, in corso di pubblicazione, secondo cui la libertà di scienza è «una libertà individuale fondata e protetta dalla Costituzione per *relationem* all'ordinamento di una determinata comunità scientifica».

<sup>57</sup> Così R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2021, 603; sul divieto di far propaganda si veda già A. LABRIOLA, *L'Università e la libertà della scienza*, Tipi E. Veraldi, Roma, 1897, 42-44; G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, in *Scritti sull'educazione*, 1839, rist. a cura di L. Ambrosoli, La Nuova Italia, Firenze, 1972, 108-109, 110-111; poi: V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 67-70; U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giur. Cost.*, 1961, 361-466, poi in *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 1990, 697; S. CASSESE, A. MURA, *Art. 33-34, Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, 231.

bera scienza – e il libero insegnamento che ne è corollario (art. 33, comma 1, Cost.) – non escludono neanche per costoro il dovere di fedeltà alla Costituzione e ai valori da questa espressi<sup>58</sup>, legittimando, quantomeno nella predominante lettura offerta dalla dottrina giuridica europea<sup>59</sup>, l'eventuale sanzione di chi propugni tesi con questi incompatibili, purché non si intenda in tal modo colpire «scritti serenamente ed obiettivamente scientifici e perciò non aventi alcuno scopo immediato, tranne il riconoscimento ideale di una verità, non la sua prossima e violenta attuazione pratica»<sup>60</sup>.

Il giuramento è stato nel tempo non solo riscritto secondo formule che si sono ritenute idonee a rispettare il carattere laico delle istituzioni repubblicane, ma vieppiù confinato alle funzioni d'autorità (forze armate, magistratura, diplomazia, e via dicendo)<sup>61</sup>, in accordo con un'evoluzione che si ritrova altresì in altre esperienze nazionali<sup>62</sup>. È noto, infatti, che sono tali i settori dell'amministrazione caratterizzati da un più spiccato “spirito di corpo”<sup>63</sup>, implicante l'adesione a valori propri e un senso di appartenenza che contribuiscono a dar ragione dei limiti talora imposti all'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati<sup>64</sup> (sicuramente il diritto di associazione sindacale e di

<sup>58</sup> Come afferma ad es. espressamente la Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca, art. 5: «La libertà d'insegnamento non esime dalla fedeltà alla Costituzione» (versione italiana in <http://dircost.di.unito.it/>, consultato a luglio 2023).

<sup>59</sup> Sembra discostarsi l'interpretazione data al *free speech* nella cultura giuridica nordamericana, in tema da ultimo: E. CHEMERINSKY et H. GILLMAN, *Free Speech on Campus*, Yale University Press, New Haven and London, 2017, 22 ss.

<sup>60</sup> Santi ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., 100.

<sup>61</sup> Così il d.P.R. 19 aprile 2001, n. 253, che ne ha più precisamente circoscritto la vigenza ai soli dipendenti in regime di diritto pubblico ex d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 3.

<sup>62</sup> Ad es. in Francia; per un'analisi, ove si evidenzia in particolare come il giuramento sia richiesto per l'esercizio delle funzioni direttamente legate all'attività giurisdizionale (dalla magistratura ordinaria, a quella contabile, ai cancellieri ecc.) e per quelle di polizia, da intendersi in senso ampio: F. COLIN, *Le serment professionnel dans la fonction publique*, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques* (AJFP), 2021, 128-129.

<sup>63</sup> Definito come il «sentimento di solidarietà che, fondato sulle tradizioni etiche e storiche del corpo, deve unire i membri di una stessa unità al fine di mantenere elevato e accrescere il prestigio del corpo cui appartengono»: d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, *Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare*, art. 719.

<sup>64</sup> Il giuramento si addice in particolare all'ordinamento militare secondo G. FERRARI, *Giuramento*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma, 1989, 9. Per l'affermazione secondo cui, per garantire l'efficienza e l'esistenza delle forze armate, non è possibile «prescindere da limitazioni ai diritti normalmente ri-

sciopero<sup>65</sup>, ma in alcuni casi anche la libertà di circolazione e di manifestazione del pensiero<sup>66</sup>).

Non è senza interesse osservare come il giuramento continui a essere chiesto altresì ai cittadini naturalizzati<sup>67</sup>, a «tradurre un impegno morale e una partecipazione consapevole alla comunità statale da parte del dichiarante»<sup>68</sup>, in guisa di solenne manifestazione dell'adesione ai valori repubblicani, o di «*rituel d'agrégation qui permet à la multitude des citoyens de se réunir "en un seul corps politique"*»<sup>69</sup>. In tal modo esso si pone a prerequisite, o secondo certe ricostruzioni a condizione giuridica (sospensiva per taluni, risolutiva per altri)<sup>70</sup>, dello *status* attributivo dei diritti politici che è (tuttora) la cittadinanza nazionale, sicché non stupisce ritrovarlo ove si tratti di esercitare alcuni tra i più essenziali di tali diritti, come nel caso dell'accesso alle funzioni pubbliche.

Un tempo richiesto a cittadini ed elettori per essere ammessi alla vita pubblica<sup>71</sup>, e reciprocamente prestato da sovrano e sudditi<sup>72</sup>, oggi

conosciuti ai cittadini»: C. MALINCONICO, *Disciplina militare*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Utet, Torino, 1990, 292 ss.

<sup>65</sup> CEDH, 6 novembre 2009, *Yapi-Yol Sen c. Turquie*. In tema P. LAMBERTUCCI, *Le linee evolutive della libertà di associazione sindacale per i militari*, in *Lav. dir.*, 2019, 305 ss.

<sup>66</sup> CEDH, 8 décembre 2020, *Panioglu c. Roumanie*.

<sup>67</sup> L. 5 febbraio 1992, n. 91, art. 10. Sul giuramento di fedeltà richiesto ai cittadini naturalizzati si veda da ultimo: G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 99.

<sup>68</sup> Così M. CONSITO, *La cittadinanza e le sue forme*, cit., 108-112, secondo cui il giuramento dei cittadini naturalizzati è «strumento per far coincidere forzatamente la coscienza personale con la realtà collettiva dello Stato nella mancanza di altre coordinate (di unità etnica, culturale, razziale, religiosa)». In tema Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258, che dichiara l'illegittimità costituzionale della l. n. 91 del 1992, cit., art. 10, «nella parte in cui non prevede che sia esonerata dal giuramento la persona incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di grave e accertata condizione di disabilità».

<sup>69</sup> Così L. SCUBLA, *Le serment chez Rousseau*, cit., 109, che analizza la trattazione del giuramento anzitutto nel *Projet de constitution pour la Corse*, in cui è solenne rituale di unione dell'individuo alla nazione.

<sup>70</sup> Sulle varie ricostruzioni si veda ad es. L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Utet, Torino, 1991, 304.

<sup>71</sup> Da cui l'esclusione degli atei dalla vita pubblica, per l'incapacità di giurare, che si ritrova in Hobbes e Locke, come riporta P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente*, il Mulino, Bologna, 1992, 442-447.

<sup>72</sup> G. FERRARI, *Giuramento, I) Diritto pubblico*, cit., 8; L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, cit., 306; è nel Medioevo che il giuramento assume carattere sinallagmatico, coerentemente con il sistema vassallatico pattizio: P. PRODI, *op. ult. cit.*, 112.

permane, oltre che nei casi precitati relativi alle funzioni d'autorità, per l'attribuzione delle cariche politiche (in Italia per il Presidente della Repubblica e per il Governo)<sup>73</sup>.

Per i cittadini naturalizzati il giuramento traduce l'assunzione di un vincolo di fedeltà che in origine era alla persona del sovrano con esclusione di una fedeltà prioritaria ad altri (congreghe, arciconfraternite, ecc.), valendo a esorcizzare l'organizzazione di cospirazioni, non a caso dette "congiure"<sup>74</sup>. Prima ancora che un patto contrattuale che traduce la fedeltà del popolo al re e l'impegno del re verso il popolo, il giuramento-sacramento esprime la nascita di una nuova realtà politica: non sacralizza il patto politico, ma «produce il diritto e quindi genera anche la sovranità»<sup>75</sup>.

Nel tempo il legame di fedeltà – o di lealtà – si oggettivizza sempre più, differenziandosi da qualsiasi possibile confusione con un vincolo di "lealismo": dapprima implicitamente, intendendosi il ri-

<sup>73</sup> Artt. 91 e 93 Cost. Per un'analisi comparata del giuramento dei capi di Stato nei cinque continenti: R. PAOUR, *Le serment du Chef de l'Etat*, in *Le serment. Perspectives juridiques contemporaines*, sous la direction de J. Boudon, Editions de la SLC, Paris, 2023, 115 ss. Per le molte ragioni dell'abolizione del giuramento del Capo dello Stato in Francia, a partire dall'abuso fattone dalla successione dei regimi politici del XIX secolo: B. BEIGNER, *L'honneur et le droit*, cit., 517.

<sup>74</sup> Cfr. A. BARBERO, *Carlo Magno*, Laterza, Bari-Roma, III ed., 2006, 164 ss. Mille anni più tardi in Sicilia è previsto un giuramento di fedeltà al sovrano la cui parte finale stabiliva la rinuncia a far parte di qualsiasi società segreta (1817): F. BENIGNO, G. GIARRIZZO, *Storia della Sicilia*, vol. II, *Dal Seicento a oggi*, Laterza, Bari-Roma, 2003, 25. Sin dal concilio di Calcedonia (a. 451) la proibizione della *con-iuratio* come fondazione di nuovo potere eversivo nei confronti del potere costituito è segno dell'ormai consolidato monopolio del giuramento da parte dei detentori dell'autorità: P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente*, cit., 57.

<sup>75</sup> Così P. PRODI, *op. ult. cit.*, 86 ss. In tema si vedano anche gli studi etimologici di P. BENVENISTE, *Ius et le serment à Rome*, in *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, vol. 2, *Pouvoir, Droit, Religion*, Editions de Minuit, Paris, 1969, 118-119: «"Iurare" ne désigne pas ce que nous entendons par « jurer », c'est à dire le fait de s'engager d'une manière solennelle sous l'invocation d'un dieu. Le serment même, l'engagement est appelé sacramentum, terme (...) qui aboutit en français à serment. (...) On distinguera donc ici deux notions, le sacramentum, qui est le fait de se consacrer aux dieux, d'appeler sur soi leur vengeance si on transgresse sa parole ; et iurare, qui est le fait de répéter la formule prononcée. (...) on définira iurare comme « prononcer le ius » (...) ius désigne bien une formule, ici la formule énonçant la conduite que le jurant tiendra, la règle à laquelle il se conformera. (...) C'est d'un concept qui n'est pas seulement moral mais d'abord religieux que le mot tire sa valeur : la notion indo-européenne de conformité à une règle (...). Ainsi les origines religieuses et orales du droit se marquent clairement dans les termes fondamentaux ».

ferimento al re come indicativo della «sovranità impersonale e permanente dello Stato»<sup>76</sup>, poi esplicitamente, individuando nel destinatario dell'impegno l'organizzazione statale e con essa la comunità nazionale e i valori che caratterizzano il vincolo sociale.

Per i funzionari il giuramento assume un significato più complesso, traducendo un obbligo di fedeltà qualificata la cui coerenza non è travolta, ma anzi inverata, dal processo di laicizzazione che ha caratterizzato tale rito in epoca contemporanea<sup>77</sup>. Come si è detto, infatti, nella tradizione il giuramento è altresì sacramento<sup>78</sup>, poiché assume un significato religioso e di simbolo politico<sup>79</sup> che dà forma all'assunzione di un impegno prestato con indefettibili caratteri di oralità, sacralità e solennità<sup>80</sup>. Così, il comportamento di chi lo presta è vincolato nel futuro (giuramento promissorio), e l'impegno è assunto innanzi a un'entità superiore e "metagiuridica", che è la stessa a irrogare la sanzione in caso di spergiuro<sup>81</sup>. Benché – quantomeno da epoca moderna – il vincolo esprima una relazione tra il singolo e la

<sup>76</sup> L. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, cit., 361

<sup>77</sup> Cfr. L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, cit., 306: nei lavori costituenti il problema della fedeltà alla Repubblica, pur se riferito dalla norma costituzionale a tutti i cittadini, «fu affrontato in realtà con riferimento ai cittadini che avrebbero assunto pubbliche funzioni o ancora di più che le ricoprivano di già nel momento costituente», poiché la norma intendeva proteggere la Repubblica da particolari categorie di soggetti come magistrati, organi di polizia, appartenenti alle forze armate e così via, dai quali si potevano ragionevolmente temere atti tendenti a restaurare la monarchia.

<sup>78</sup> P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente*, cit., *passim*, ma spec. 45 ss.

<sup>79</sup> Si correla all'idea del "mito sociale e politico", inteso come un «complesso di credenze sorte dal fondo emozionale, espresse in un gioco di immagini e di simboli, più che in un sistema di concetti, e che si rivelano effettivamente capaci di integrare e mobilitare gli uomini per l'azione politica»: M. GARCÍA PELAYO, *Miti e simboli politici*, cit., 73.

<sup>80</sup> Così G. FERRARI, *Giuramento, I) Diritto pubblico*, cit., 17 ss. Per i giusnaturalisti (in particolare nel *De jure belli ac pacis* di Grotius e *De jure naturae et gentium* di Pufendorf) il formalismo vale a dare rilevanza esterna all'assunzione di un impegno che assurge anzitutto a una dimensione morale, perciò ancorata al foro interno dell'individuo: S. GOYARD-FABRE, *La nature et le sens du serment selon les jusnaturalistes du XVII<sup>e</sup> siècle*, in R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. II, *Théories et devenir*, cit., 101.

<sup>81</sup> Già nell'*Encyclopédie* di Diderot e D'Alembert si sottolinea che dio non è destinatario del giuramento, ma testimone, poiché è sempre nei confronti di altri individui che l'impegno è assunto: «*Tout serment proprement ainsi nommé se rapporte principalement et directement à quelqu'homme à qui on le fait. C'est à l'homme qu'on s'engage par là: on prend seulement Dieu à témoin de ce à quoi on s'engage*» (citato in L. SCUBLA, *Le serment chez Rousseau*, cit., 110).

collettività, il richiamo all'entità superiore è legittimato dal fatto che questa è comune a tutti i consociati e dunque idonea a esprimere per tutti un significato che assurge alla sacralità<sup>82</sup>.

Il riconoscimento della libertà di coscienza ha imposto la riscrittura delle formule di giuramento, intese, per opposte ragioni, come potenzialmente lesive del foro interiore di credenti e non credenti<sup>83</sup>; ne è derivata la sostituzione del riferimento a dio con quello ai valori intimi dell'individuo, secondo un processo di laicizzazione avviatosi sin dalla Rivoluzione francese<sup>84</sup>. La dimensione metagiuridica<sup>85</sup> e sacrale<sup>86</sup> tuttavia permane, benché il vincolo assunto dispieghi il suo

<sup>82</sup> Cfr. già F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, cit. 188: il giuramento è «atto religioso e politico insieme». Sulla sacralità del giuramento nel pensiero politico di Rousseau, come «iniziazione al nuovo mistero della patria»: P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente*, cit., 466.

<sup>83</sup> Per l'analisi dei passi del Vangelo (Matteo, V, 33-38, Giacomo, 5, 12) che affermano il «divieto esplicito e assoluto di pronunciare qualsiasi giuramento» si veda P. PRODI, *op. ult. cit.*, 39 ss. Sulla violazione della libertà di coscienza del non credente derivante dalla formula di giuramento (assertorio) prevista per i testimoni di giustizia: Corte cost., 10 ottobre 1979 n. 117. *Idem* per il giuramento sui vangeli richiesto ai membri del parlamento della Repubblica di San Marino: CEDH, 18 février 1999, *Buscarini et a. c. Saint-Marin*. In Francia da ultimo sul rapporto tra libertà di religione e giuramento: Cass. soc., 7 juillet 2021, n. 20-16.2016; Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2017, n. 16-10.459. L'attitudine dei «Padri della Chiesa» era dominata più dal timore dello spergiuro che dal rifiuto del giuramento *ex se*: B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, cit., 497, ove si cita in particolare Sant'Agostino: «*Falsa juratio exitiosa est, vera juratio periculosa est, nulla juratio secura est*».

<sup>84</sup> Il valore riconosciuto al giuramento dal giusnaturalismo è assunto come indice della persistenza di un «*ancrage ontologique et d'une référence axiologique de nature transcendante*», lontani dal riconoscimento dell'autonomia del diritto, pur rilevandosi l'«*équivocité sémantique du serment qui, tout ensemble, requiert la transcendance de l'instance divine et l'engagement de la conscience humaine, nonobstant sa précarité*»: S. GOYARD-FABRE, *La nature et le sens du serment selon les jusnaturalistes du XVII<sup>e</sup> siècle*, cit., 93 e 104. Da ultimo, per un'interessante lettura del *De officiis* di Cicerone, ove la descrizione del giuramento come «*affirmatio religiosa*» è intesa come «*une garantie (affirmatio) fondée sur les scrupules de la conscience (religieuse) qui préfigure de longtemps le passage «de Dieu à l'honneur*»»: B. BERNABÉ, *Le serment et les Horaces. Actualité d'une vieille hypothèse sur la fonction créatrice de la parole judiciaire*, in *Le serment. Perspectives juridiques contemporaines*, cit., 26.

<sup>85</sup> Così S. MANGIAMELI, *Giuramento (formula del)*, in *Nov. Dig. It.*, app., Utet, Torino, 1982, 1036.

<sup>86</sup> Cfr. R. VERDIER, *Sacramentum... Juramentum, Serment... Jurement*, in R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. I, *Signes et fonctions*, Éditions du CNRS, Paris, 1991, XVII: «*Nous passons alors d'une conception «religieuse» à une conception «laïque», qui traduit moins le déclin du serment que sa mutation; une nouvelle sacralité est*

valore anzitutto sul piano morale e non più su quello religioso – salvo riconoscerne l'espressione di una "religione civile" –<sup>87</sup>, senza che ciò valga a escluderne la rilevanza giuridica<sup>88</sup>, che è anzi insita nella previsione – pur non sempre esplicita – della produzione di effetti giuridici nel caso della sua violazione (decadenza o revoca dall'impiego o altra sanzione disciplinare<sup>89</sup>).

*créée, non plus fondée sur quelque puissance ou idée-force extérieure à l'homme, mais sur sa volonté libre et autonome, dans son for interne*; B. BEIGNER, *L'honneur et le droit*, cit., 506: «le sacré n'a pas disparu, il s'est laïcisé». Più che una «laicisation» sarebbe una «civilisation», «parce que les questions religieuses touchant au serment sont nombreuses»: B. BERNABÉ, *Le serment et les Horaces. Actualité d'une vieille hypothèse sur la fonction créatrice de la parole judiciaire*, cit., 32. Il superamento della dimensione magica del giuramento è ricondotto anzitutto al cristianesimo, a partire da Sant'Agostino e poi con i canonisti, che sostengono l'abbandono della ritualità pagana a suggello dell'impegno assunto con il giuramento, la cui efficacia è da ricercarsi piuttosto nell'interiorità morale dell'individuo: G. COURTOIS, *Le serment: du désenchantement du monde à l'éclipse du sujet*, in R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. II, *Théories et devenir*, cit., 5 ss.

<sup>87</sup> Secondo alcuni la secolarizzazione del giuramento è solo apparente, rimanendo esso un "atto religioso", anche se dio non è esplicitamente invocato: così da ultimo N. ARONEY, *Faith in Public Office: the Meaning, Persistence and Importance of Oaths*, in *ABC's Religion and Ethics* (<https://www.abc.net.au/>), che cita in particolare J. DERRIDA, *What Is a "Relevant" Translation* (transl. By L. Venuti), in *Critical Inquiry*, 2001, 27, 2, 185: «The oath, the sworn faith, the act of swearing is transcendence itself, the experience of passing beyond man, the origin of the divine or, if one prefers, the divine origin of the oath». Sul giuramento come espressione di una religione civile: P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente*, cit., 492-493. Ritene che privato di valore religioso il giuramento non abbia senso, eppure permanga indispensabile: B. BEIGNER, *L'honneur et le droit*, cit., 526.

<sup>88</sup> Diversamente, vi è chi ritiene che la laicizzazione abbia privato il giuramento di molti dei suoi caratteri costitutivi (es. il collegamento con un sacrificio, con un luogo o con un oggetto sacro, la maledizione derivante dal non adempimento, l'invocazione della divinità ecc.), determinando il venir meno della sua ragion d'essere anche dal punto di vista giuridico e riducendolo a «une promesse une peu plus solennelle qu'une autre, mais qui n'en diffère pas substantiellement»: H. LÉVY-BRUHL, *Reflexions sur le Serment*, in *Études d'histoire du droit offertes à P. Petot*, Paris, 1959, 385-396, cit. in P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente*, cit., 23.

<sup>89</sup> Nella giurisprudenza la violazione del giuramento è spesso invocata a supporto della sanzione disciplinare della destituzione, ad es.: Cons. St., sez. II, 17 luglio 2023, n. 6993; Cons. St., sez. II, 5 luglio 2023, n. 6568: «per qualsiasi dipendente pubblico, che ha prestato il giuramento di fedeltà (...) anche un isolato comportamento illecito può giustificare la misura disciplinare estintiva del rapporto di lavoro, laddove i fatti commessi siano talmente gravi da manifestare l'assenza delle doti morali necessarie per ricoprire la delicata funzione pubblica»; Cons. St., sez. II, 30 giugno 2023, n. 6410: «l'accertata assunzione di sostanze stupefacenti, anche occasionale ed episodica, determina una frontale ed eclatante violazione dei doveri di

Per i funzionari pubblici il giuramento, dunque, suggella un peculiare obbligo di fedeltà che non si esaurisce nella mera integrazione nella comunità nazionale e nell'adesione ai valori che ispirano l'ordinamento repubblicano, benché entrambi siano presupposti dell'attribuzione dello *status* in ragione del carattere di diritto politico dell'accesso all'impiego. Non è in altre parole la mera esclusione della collusione con potenze nazionali straniere, o l'adesione ai valori costituzionali e democratici che di per sé escludono l'asservimento prioritario ad altri interessi (che si tratti di ideologie, confessioni religiose o interessi economici)<sup>90</sup>, da cui la rilevanza dell'imparzialità e della stessa professionalità come elementi essenziali dello *status*.

Non è senza interesse ricordare come l'amministrazione moderna si sia fondata sull'esigenza dei sovrani di assicurarsi il servizio di collaboratori fedeli, prima ancora che capaci<sup>91</sup>; anche oggi tale fedeltà qualificata, strettamente correlata ai doveri di disciplina e onore affermati dal disposto costituzionale (art. 54, comma 2, Cost.), si erge contro allo "svuotamento di senso del discorso pubblico"<sup>92</sup> e alle possibili derive "tecnocratiche" dell'organizzazione amministrativa<sup>93</sup>.

correttezza e di lealtà dallo stesso assunto con il giuramento». Per altri la violazione del giuramento è priva di sanzione: in quanto meramente rafforzativo di obblighi derivanti da altra fonte e per lo più insiti nell'acquisizione dello *status* di funzionario. Per la negazione di effetti giuridici si veda ad es. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale comune europeo*, il Mulino, Bologna, 2002, 104.

<sup>90</sup> In tal senso A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, cit., 1. Vi è tuttavia chi ritiene come al dovere di fedeltà dei cittadini debba necessariamente ricondursi un «contenuto massimo» comprensivo di comportamenti positivi (es. difesa della patria, concorso alle spese pubbliche, ecc.), pena l'indifferenziazione rispetto all'"inosservanza". L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, cit., 57 ss.; ID., *Giuramento nel diritto costituzionale*, cit., 308.

<sup>91</sup> Vedi *supra*, capitolo I, par. 1.

<sup>92</sup> È un'osservazione ricorrente in molti scritti contro le ideologie meritocratiche: es. M.J. SANDEL, *La tirannia del merito*, cit., 113; M. BOARELLI, *Contro l'ideologia del merito*, cit., 84 ss.

<sup>93</sup> Sul rapporto tra tecnica e politica, da ultimo: S. FOÀ, *Il nuovo diritto della scienza incerta: dall'ignoto irriducibile come noumeno al mutamento di paradigma*, in *Dir. amm.*, 2022, 813 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000, 213 ss., che descrive l'evoluzione della «tecnica come processo di secolarizzazione della politica»; P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in *Il governo tra tecnica e politica*, a cura di G. Grasso, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 85 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, Studi a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. IV, *La tecnificazione*, a cura di S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, Firenze University Press, Firenze, 2016, 7 ss. Sulla confusione di "fatti" e "valori": B. LATOUR, *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie* (1999), La Découverte, Paris, 2004, 140 ss.

La dimensione di doverosità è quella che caratterizza l'*officium*, ivi inteso nell'accezione di dovere da esercitarsi "per il pubblico bene"<sup>94</sup>: ciò implica il dovere di tenere un comportamento non di mera astensione, ma capace della necessaria attivazione nell'interesse della collettività<sup>95</sup>, così come declinato dagli organi aventi diretta legittimazione democratica. Comportamento che è perciò giuridicamente rilevante nei confronti dei terzi, come lo è lo stesso giuramento<sup>96</sup>, non a caso prestato in cerimonie pubbliche.

Il riferimento all'onore sostituisce quello alla divinità<sup>97</sup> e assurge a segno di distinzione correlato all'appartenenza a un'organizzazione peculiare quale quella pubblica, da cui deriva una posizione di soggezione dei suoi membri da intendersi come vincolo a un comportamento che assume rilevanza per la collettività. Così, nella società degli stati era normale affermare per la nobiltà di spada che «nobili sono quelli che nascono con degli obblighi», che i terzi erano tenuti a riconoscere come propri dei nobili stessi, accettandone al contempo la posizione sociale di differenziazione e preminenza<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, cit., 313, che pur giunge a ritenere il giuramento «un reperto storico inadeguato e sovrastrutturale», poiché utile esclusivamente a sintetizzare particolari doveri dell'impiegato risultanti da altre disposizioni dell'ordinamento.

<sup>95</sup> Il d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, art. 11, lo prevedeva con la seguente formula: «Giuro di essere fedele alla Repubblica, di osservare lealmente la Costituzione e le leggi dello Stato, di adempiere ai doveri del mio ufficio nell'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene». Il rifiuto di prestazione comportava la decadenza dell'impiegato (art. 11, cit., comma 2). Sul dovere di fedeltà nell'ordinamento tedesco, ove esso è inteso come «dovere di attiva difesa dell'ordinamento democratico e repubblicano, di cui i pubblici funzionari si ergono paladini», da ultimo: A. CASATELLA e C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La selezione del personale amministrativo: un raffronto fra Italia e Germania*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 778.

<sup>96</sup> Sulla rilevanza giuridica del rapporto d'impiego pubblico nei confronti dei terzi si vedano da ultimo: M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, cit., 65-66; R. CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, a cura di A. Corpaci, R. Del Punta, M.P. Monaco, Franco Angeli, Milano, 2018, 149; si consenta inoltre il rinvio a: R. CAVALLO PERIN et B. GAGLIARDI, *L'exemple italien: l'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation*, in Ch. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaire: trente ans, et après?*, Dalloz, Paris, 2014, 181 ss.; R. CAVALLO PERIN e B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, cit., 312.

<sup>97</sup> Cfr. B. BEIGNIER, *L'honneur*, in *Droits*, 19, 1994, 102: «le droit a trouvé dans l'honneur un facile subterfuge pour maintenir, et même répandre, le serment dans un droit d'une société qui déclaré, dans sa constitution, être laïque».

<sup>98</sup> J.A. MARAVALL, *Poder, honor y élites en el siglo XVII* (1979), trad. it. a cura di M.L. Nasalli-Rocca di Corneliano, *Potere, onore, élites nella Spagna del Secolo d'o-*

Con il riconoscimento dei diritti politici di tutti i cittadini, e il superamento dei privilegi di nascita, è il “servizio della Nazione” (art. 98 Cost.) a porsi come unico titolo distintivo di superiorità, che dà corpo alla nozione di onore, inteso come “virtù politica democratica”<sup>99</sup>. Onore che non a caso nel testo costituzionale italiano è richiamato insieme alla disciplina, poiché, come è stato detto, «*honor is the value of a person in his own eyes, but also in the eyes of his society. It is estimation of his worth, his claim to pride, but it is also the acknowledgement of that claim, his excellence recognized by society, his right to pride*»<sup>100</sup>. Sicché può ben dirsi che disciplina e onore costituiscono un’endiadi, ove un termine è rafforzativo dell’altro, poiché entrambi implicano una situazione di doverosità (di tenere un comportamento ispirato a disciplina e onore), che nel contempo coincide con il diritto a vedersi riconosciuto l’onore corrispondente, nel senso di una posizione differenziata (*premium virtutis*)<sup>101</sup>.

In tal senso, taluno ha individuato una “*troika of institutions*” che tiene insieme *officium*, onore e giuramento, valendo a garantire, attraverso l’elemento personale insito nell’intima adesione a valori morali condivisi dalla collettività di appartenenza, l’esercizio necessariamente “impersonale” delle funzioni pubbliche<sup>102</sup>. In tale triade,

ro, il Mulino, Bologna, 2000, 37-38. Sulla desuetudine dell’onore nella società contemporanea, caratterizzata da “de-istituzionalizzazione” e “soggettivizzazione”, in contrapposizione alla dignità che conduce all’affermazione dell’identità individuale indipendentemente dai ruoli sociali: P. BERGER, *On the Obsolescence of the Concept of Honor*, in *European Journal of Sociology*, 1970, 11, 2, *La foi et les moeurs or Faith and Morals*, 343 ss.

<sup>99</sup> F. RIGOTTI, *L’onore degli onesti*, Feltrinelli, Milano, 1998, 17.

<sup>100</sup> J. PITT-RIVERS, *Honour and Social Status*, in *Honour and Shame: The Values of Mediterranean Society*, edited by J.G. Péristiany, Chicago University Press, Chicago, 1966, 19, 21, ove il “*right to pride*” coincide conduce all’affermazione di un “*right to status*”; *idem* B. BEIGNIER, *L’honneur*, cit., 97, che richiama esattamente in tal senso d’Alembert nell’*Encyclopédie*.

<sup>101</sup> F. RIGOTTI, *L’onore degli onesti*, cit., 24 ss., 111 ss.: l’onore è una nozione duplice, o forse anche triplice, che si inserisce in un’etica del riconoscimento della virtù e in un’etica dell’opinione pubblica; concetto necessariamente graduale, e dunque diseguale, rileva qui soprattutto nella prima accezione, ove è inteso come «riconoscimento pubblico di un comportamento individuale di tipo meritorio». Cfr. A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, cit., 4, secondo cui la disciplina è fedeltà all’apparato e si collega al principio di buon andamento, mentre l’onore è fedeltà all’ordinamento, correlata ai principi di legalità e imparzialità. Nessuna delle due comunque comporta la positiva e intima adesione a un’ideologia.

<sup>102</sup> Così P. HORWITZ, *The Constitutional Marriage of Personality and Impersonality: Office, Honor, and the Oath*, *Book Review Symposium: “Settled versus Right: A Theory of Precedent”*, in *Constitutional Commentary*, 2018, 1181, 101 ss.

il giuramento assume la funzione di “*magical device*”, che tiene in stretta correlazione l’individuo all’ufficio<sup>103</sup> e il titolare dell’ufficio all’impegno ad agire onorevolmente, fungendo da “atto d’incorporazione”<sup>104</sup> o rituale d’iniziazione analoga a quella misterica<sup>105</sup>. Allo stesso tempo assolve ad una funzione motivazionale capace di prevalere sui fattori meramente economici che viceversa si affermano come predominanti nelle organizzazioni d’impresa, ma la cui trasposizione nel settore pubblico non ha saputo produrre gli effetti attesi<sup>106</sup>.

Il diritto politico di accesso agli impieghi correlato allo *status* di cittadinanza – non importa ora se si tratti di cittadinanza nazionale, europea, o della cittadinanza amministrativa insita nella residenza – si traduce per l’effetto anzitutto nell’attribuzione di una posizione giuridica soggettiva di doverosità, e cioè di una posizione di vincolo che, come si è già ricordato, è caratterizzata dal non essere correlativa, perché non ha come destinatario un soggetto individuato, ma tutta la collettività, concorrendo perciò a rendere possibile la vita in società.

### 3. *Il reclutamento in condizioni di eguaglianza tra ordinamento nazionale ed europeo: i requisiti di selezione “oltre il merito”*

L’enfaticizzazione della dimensione di diritto soggettivo dell’accesso agli impieghi pubblici ha condotto, sin dalle dichiarazioni dei

<sup>103</sup> Ivi inteso nel senso di «obbligazione di una persona fisica di adempiere determinate funzioni dello Stato», che per derivazione si estende al contenuto dell’obbligazione stessa: A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. I, *Lo stato - gli uffici*, Cedam, Padova, 1931, 78; G. TREVES, *L’organizzazione amministrativa*, IV ed., Utet, Torino, 1975, 53.

<sup>104</sup> R. VERDIER, *Sacramentum... Juramentum, Serment... Jurement*, cit., XVIII.

<sup>105</sup> Così a proposito dei giuramenti prestati dai *milites* dell’ambiente romano-italico, con cui si individua un *tertium genus* tra giuramento assertorio e promissorio: P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell’occidente*, cit., 35-36.

<sup>106</sup> Non è probabilmente un caso che il giuramento sembri aver conosciuto un rilancio in epoca recente, a fronte delle riforme volte a introdurre modelli di diritto privato nell’organizzazione pubblica, o a promuovere la “civilizzazione” dello *status* dei dipendenti, non importa ora se per l’influenza delle teorie del *New Public Management*, o della cultura degli *human rights* promossa dal diritto unionale e da quello internazionale. Si veda, ad es., la proposta di reintrodurre il giuramento per tutti i dipendenti pubblici a pena di licenziamento senza preavviso: d.d.l. A.C. 3209, Art. 21, presentato il 12 febbraio 2010, recante *Disposizioni in materia di semplificazione dei rapporti della Pubblica amministrazione con cittadini e imprese e delega al Governo per l’emanazione della Carta dei doveri delle amministrazioni pubbliche e per la codificazione in materia di pubblica amministrazione*.

diritti d'epoca liberale, alla proclamazione dell'eguaglianza in sede di reclutamento, secondo una prospettiva individualista che non ha tuttavia saputo assurgere a un ruolo di preminenza rispetto all'interesse pubblico cui il medesimo diritto è preordinato.

L'eguaglianza nel reclutamento non comporta ovviamente il superamento di ogni differenziazione: sia perché le più mature declinazioni dello stesso principio impongono di non trattare in modo eguale situazioni differenti (così come di non trattare diversamente situazioni eguali)<sup>107</sup>; sia perché al principio di eguaglianza si può derogare se a imporlo sono le esigenze di interesse pubblico, ove cioè il trattamento differenziato derivi da classificazioni rispondenti a bisogni e interessi affidati alle cure dell'amministrazione in quanto la legge li abbia ritenuti meritevoli di tutela<sup>108</sup>. Interessi pubblici che, si badi bene, non necessariamente coincidono con gli "interessi dell'amministrazione", cioè dell'organizzazione pubblica nella sua qualità di datore di lavoro<sup>109</sup>.

La versione del principio di eguaglianza enunciata dalla Costituzione con riferimento agli impieghi pubblici non sembra discostarsi dall'accezione liberale, intesa a garantire l'identico trattamento dei cittadini innanzi alla legge e a superare i peculiari privilegi che caratterizzavano la società degli ordini o dei ceti<sup>110</sup>. Tale accezione, pur ammettendo, come si è già ricordato<sup>111</sup>, differenziazioni in nome dell'"*utilité générale*" (art. I della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), non contemplava l'adozione di provvedimenti atti a

<sup>107</sup> Per alcuni riferimenti si veda la dottrina citata *infra*, in nt. 110. Per la differenziazione tra "eguaglianza davanti alla legge" ed "eguaglianza nella legge" da ultimo: G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, in *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, a cura di M. Della Morte, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 14.

<sup>108</sup> Secondo A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 12, l'invocazione di un «*motif d'intérêt général (...) constitue (...) moins une mise en œuvre de l'égalité par la différenciation qu'une dérogation à l'égalité par la généralité*».

<sup>109</sup> Non basta invocare un'esigenza organizzativa interna alla pubblica amministrazione, che non sia direttamente correlata al perseguimento di un interesse pubblico, come ad es. ove si voglia offrire una prospettiva di carriera a personale escluso da precedenti procedimenti di avanzamento: cfr. *amplius infra*, capitolo IV, par. 5. In Francia è la differenza tra "*intérêt du service*" e "*intérêt général*": J. ZILLER, *Égalité et mérite*, cit., 90.

<sup>110</sup> Sulle varie declinazioni del principio di eguaglianza, per tutti: N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, 16 ss.; più di recente ripreso da: Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, il Mulino, Bologna, 2013, 22-30. Inoltre: A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Japadre, L'Aquila-Roma, 1984.

<sup>111</sup> Cfr. *supra*, capitolo I, par. 3-4.

rimuovere gli ostacoli che impediscano «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma 2, Cost.)<sup>112</sup>, “partecipazione” che è in questa sede di immediata pertinenza, visto che è di un diritto politico che si sta trattando.

Solo superficialmente l'osservazione è scalfita dalla norma secondo cui la Repubblica, al fine di garantire l'effettività del principio egalaritario, «promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini» (di cui allo stesso art. 51, comma 1, Cost.), atteso che la stessa, come meglio si vedrà, ha prevalentemente trovato applicazione per le cariche elettive, che si tratti o meno di un'interpretazione necessitata<sup>113</sup>.

Non mancano invero sollecitazioni volte a valorizzare anche in sede di accesso agli uffici pubblici istanze perequative, per una piena affermazione di principi di giustizia sociale e inclusione, anche in ragione della crisi del principio meritocratico sollevata nella seconda metà del XX secolo. Trattasi, tuttavia, di istanze che nell'ordinamento italiano sono state recepite dal diritto positivo in un ristretto numero di ipotesi, e comunque soltanto per l'accesso alle posizioni iniziali della carriera amministrativa<sup>114</sup>, diversamente da quanto accade in altri ordinamenti, ove esse hanno ricevuto più significativo accoglimento in ragione di peculiarità che saranno meglio prese in considerazione nel prosieguo del lavoro<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Impossibile dar conto dei molti contributi sul principio di eguaglianza. Tra questi si vedano quelli citati *infra*, par. 5. Da ultimo: N. BELLOUBET- FRIER, *Le principe d'égalité*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1998, 152 ss.

<sup>113</sup> Cfr. *infra*, paragrafo 4.

<sup>114</sup> Per l'esclusione di quote di riserva a beneficio di dipendenti disabili nelle procedure di progressione in carriera, poiché costituirebbero un'irragionevole compressione dei principi dell'eguaglianza e del merito, a danno dell'efficienza e del buon andamento della pubblica amministrazione»: Corte cost. 11 maggio 2006, n. 190; Corte cost. 1° aprile 1998, n. 88. Da ultimo condanna l'Italia per violazione dell'obbligo di valorizzare anche la progressione professionale dei disabili e non solo il primo inserimento nel mondo del lavoro, con l'adozione di «misure finalizzate a promuovere le opportunità di impiego e l'avanzamento nella carriera»: C. giust., 4 luglio 2013, C-312/11, *Commissione europea contro Repubblica italiana*; cui fanno seguito: Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 2021, n. 31293; Cass. civ., sez. lav., 10 luglio 2020, n. 14790; Cass. civ., sez. lav., 16 giugno 2016, n. 12441; Cass. civ., sez. lav., 20 novembre 2014, n. 24723. Da ultimo si vedano: S. CAFFIO, A. RICCARDI, *Questioni vecchie e nuove in tema di assunzioni dei disabili nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, 41 ss.; A. RICCARDI, *Il collocamento dei lavoratori disabili*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, a cura di A. Boscari e A. Zilli, vol. I, Cedam, Padova, 2022, 179 ss.; D. GAROFALO, *L'accesso al pubblico impiego dei disabili tra normativa generale e normativa speciale*, *ivi*, 201 ss.

<sup>115</sup> Cfr. *infra*, par. 6.

La Costituzione nell'affermare il principio di eguaglianza richiama i requisiti previsti per il reclutamento (art. 51, comma 1, Cost.), poiché si accede ai pubblici uffici «in condizioni d'eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge», requisiti che normalmente sono verificati in sede di ammissione al concorso, cioè in quella che è dal punto di vista logico (se non cronologico<sup>116</sup>) la prima fase della procedura di reclutamento, rimessa alla competenza del responsabile del procedimento (e non della commissione giudicatrice)<sup>117</sup>.

È evidente, tuttavia, come sia lo stesso principio del concorso – e con esso l'intera scansione procedimentale che lo caratterizza – a essere preordinato ad assicurare l'effettività del suddetto principio di eguaglianza<sup>118</sup>, circondando l'esercizio del potere di selezione di ga-

<sup>116</sup> La sussistenza dei requisiti è di norma verificata nei soli vincitori del concorso, per evidenti ragioni di economia procedimentale: d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 4, comma 5. Sull'istituto della c.d. "inversione procedimentale" negli appalti pubblici, si veda di recente A. BALTRUNAITE, T. ORLANDO, I. PIZZOLLA, V. RAGOZINI e G. ROVIGATTI, *Il ricorso all'inversione procedimentale nell'affidamento dei contratti pubblici*, in *Questioni di Economia e Finanza (occasional papers)*, Banca d'Italia, n. 750 - marzo 2023, [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it) (consultato a maggio 2023).

<sup>117</sup> Un tempo trattavasi di potere direttamente attribuito al Ministro, da esercitarsi con emanazione di un decreto motivato (d.P.R. n. 3 del 1957, cit., art. 4). L'enfasi sull'obbligo di motivazione intendeva segnare il superamento della disciplina previgente che al contrario prevedeva per il diniego di ammissione al concorso un decreto non motivato e insindacabile, dunque espressione di una valutazione eminentemente politica (r.d. 30 dicembre 1923, n. 2960, recante *Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'amministrazione dello Stato*, art. 1, comma 3). Oggi trattasi di un potere attribuito alla Presidenza del Consiglio dei ministri «o all'amministrazione interessata», che possono disporre in ogni momento l'esclusione dal concorso per difetto dei requisiti prescritti con provvedimento motivato (d.P.R. n. 487 del 1994, art. 3, comma 3). Il superamento del potere dell'amministrazione di escludere un candidato con decisione insindacabile e fondata su criteri ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge è affermato già da G. MIELE, *L'esclusione dai pubblici concorsi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952 e poi in *Scritti giuridici*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1987, 551 ss. Più di recente ne evidenzia il carattere vincolato e doveroso M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 639.

<sup>118</sup> Espressamente in tal senso G. MORANGE, *Le declin du principe d'égalité dans les concours*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, IV, *Droit public général*, L.G.D.J., Paris, 1974, 622: «*Il n'est certes pas exagéré d'affirmer que toutes les dispositions du règlement d'un concours, et toutes les phases de la procédure plus ou moins complexe qu'il prévoit, intéressent plus ou moins, à un titre ou à un autre, le principe d'égalité*». Non a caso nell'originario progetto discusso in seno alla Commissione dei settantacinque il principio del concorso era enunciato in quello che diverrà poi l'art. 51 Cost., e non in sede di disciplina della pubblica amministrazione; più precisamente, la norma stabiliva: «tutti i cittadini italiani, senza distinzione di sesso, sono ammessi agli impieghi pubblici *in base a concorsi* senza alcuna restrizione, tranne quella della capacità» (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione,

ranzie intese a evitarne l'arbitrarietà, pur senza smentirne l'essenziale carattere discrezionale (e dunque escludendo, in linea di principio, qualsiasi automatismo nella selezione<sup>119</sup>).

La fissazione dei requisiti è rimessa dal testo costituzionale alla legge, con previsione di una riserva che avoca al (solo) legislatore il potere di derogare all'assoluto livellamento degli individui in sede di accesso agli uffici e alle cariche elettive, ove è nel carattere generale e astratto della norma – e nella legittimazione democratica a essa sottostante – che sin dalle dichiarazioni dei diritti d'epoca liberale si rinviene la prima garanzia dell'eguaglianza formale, secondo il modello proprio della c.d. “*interpositio legislatoris*”<sup>120</sup>. Ciò implica il definitivo superamento dell'argomento tradizionale che consentiva di individuare – accanto alle discriminazioni selezionate dalla legge in via generale e astratta – quelle viceversa fondate sulla “natura delle cose”, che può essere rilevata anche in assenza di un testo legislativo<sup>121</sup>.

Terza Sottocommissione, seduta del 20 settembre 1946, 58, corsivo aggiunto). Di recente per l'osservazione secondo cui il procedimento concorsuale è idoneo ad assicurare l'eguaglianza esclusivamente nella sua dimensione formale: R. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 757-758.

<sup>119</sup> Come paiono suggerire taluni recenti interventi relativi al reclutamento universitario e alle abilitazioni scientifiche nazionali, realizzati al fine dichiarato di limitare al massimo grado l'autonomia delle commissioni di concorso, come espressamente affermato in Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2017, n. 581. Per alcune osservazioni si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, in E. MALARET GARCIA (directora), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 411 ss.

<sup>120</sup> R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, 130; E. PALICI DI SUNI, *L'eccezione e la regola*, Giuffrè, Milano, 1988, 207 ss. In tema *amplius infra*, capitolo IV, par. 4.

<sup>121</sup> Ch. PERELMAN, *Egalité et intérêt général*, in *L'Egalité*, vol. VIII, Etudes publiées sous la direction de Ch. Perelman, par L. Ingber, Bruylant, Bruxelles, 1982, 619, che evidenzia come la convinzione circa il carattere oggettivo della giustificazione fondata sulla natura delle cose, al pari di quella che trova fondamento sull'interesse generale, sia il frutto di una mera illusione, poiché argomenti che possono apparire ragionevoli – o persino ovvi – in un dato periodo storico possono ben subire un ribaltamento a distanza di tempo. Si veda anche G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, L.G.D.J., Paris, 1996, 23: «*l'inégalité naturelle n'est pas plus recevable pour distinguer les individus dans la cité que ne l'est l'égalité de la «nature» humaine à l'appui de la revendication d'un traitement identique de tous les individus. La nature n'est plus un critère pertinent, les seules distinctions admissibles sont celles que le droit prévoit*». In generale sulla “natura delle cose”: G. RADBRUCH, *La natura delle cose come forma giuridica del pensiero*, trad. di B. Leoni, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, XIX, 145 ss.; da ultimo: F. VIOLA, *La natura delle cose*, *ivi*, 2022, 319 ss. e dottrina *ivi* citata.

Risiede in tale vincolo un elemento di insuperabile differenziazione del reclutamento pubblico – in qualità di esercizio di pubblico potere – rispetto alle assunzioni dei lavoratori nelle imprese: è vero che anche queste ultime sono astrette al divieto di comportamenti discriminatori<sup>122</sup> (oltretutto all'osservanza dei generali principi di correttezza e buona fede), ma la scelta dell'imprenditore si considera in linea di massima espressione di autonomia privata e l'identificazione di peculiari requisiti di selezione vale al più come un autovincolo a carattere non precettivo<sup>123</sup>. Il datore di lavoro pubblico, al contrario, può escludere a priori un soggetto dalla selezione solo in applicazione di requisiti e criteri previsti dalla legge, o definiti in base alla legge, pena la violazione del principio di imparzialità e di pubblicità del concorso<sup>124</sup>.

La riserva di legge posta dall'art. 51 Cost. ha carattere senz'altro relativo come è il caso di tutte quelle previste in materia di organizzazione della pubblica amministrazione (art. 97, comma 2, art. 95 comma 3, Cost.)<sup>125</sup>, sicché essa impone alla fonte primaria di fissare

<sup>122</sup> Dir. 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, *che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*; Dir. 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, *riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego*.

<sup>123</sup> M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 613; R. HOLCMAN, *Secteur public, secteur privé: similarités et différences dans la gestion des ressources humaines*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2007, 410-411. La rilevanza giuridica dei principi di correttezza e buona fede in sede di costituzione dei rapporti di lavoro può essere considerata «indiscussa» solo in presenza di una pre-determinazione normativa (es. concorsi privati, avviamento al lavoro): G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, 68 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Giuffrè, Milano, 2008, 142 ss. Sulla differenza tra concorsi pubblici e concorsi privati, specialmente alla luce dell'apporto della giurisprudenza: cfr. *infra*, capitolo VI, par. 1.

<sup>124</sup> Il principio di pubblicità del concorso è stato a più riprese affermato dalla giurisprudenza costituzionale: cfr. *infra*, capitolo IV, par. 5. È esplicito nella normativa di attuazione del principio costituzionale: d.P.R. n. 3 del 1957, cit., art. 3: «L'assunzione agli impieghi civili dello Stato è effettuata mediante pubblico concorso per esami alle qualifiche iniziali, salvo quanto diversamente disposto dal presente decreto», e successivamente d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 e art. 52. Cfr. fra molti: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 618; C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, cit., 323, 334 ss.

<sup>125</sup> Si vedano Corte cost., 15 luglio 1976, n. 221, ove il carattere relativo della riserva ex art. 97, comma 1, Cost. (ora comma 2) è affermato in maniera inequivoca, specificando che spetta alla legge l'indicazione di «criteri e direttive idonee a contenere in un ambito ben delimitato» l'esercizio dei poteri normativi secondari, oltre che «la determinazione dei fini da conseguire»; Corte cost., 3 marzo 1989, n. 88; M.

(almeno) i principi e criteri direttivi di disciplina, lasciando alle fonti regolamentari – o comunque agli atti della pubblica amministrazione a carattere generale, primo tra tutti il bando di concorso – la specificazione e attuazione di tali principi e criteri<sup>126</sup>.

Riserva di legge relativa ma anche riserva di amministrazione, secondo un argomento noto<sup>127</sup> che pare potersi facilmente riproporre in questa sede, come per la corrispondente riserva che rinvia ai “casi previsti dalla legge” per l’individuazione delle deroghe al principio del pubblico concorso (art. 97, comma 4, Cost.)<sup>128</sup>. Con l’individuazione – o specificazione – dei requisiti di partecipazione al concorso, l’amministrazione adotta infatti il primo atto utile alla soddisfazione dei propri fabbisogni<sup>129</sup>, concorrendo in tal modo alla definizione di quella capacità amministrativa che è presupposto dell’idoneità e adeguatezza di ciascun ente a dar soddisfazione agli interessi pubblici di cui gli è affidata la cura (art. 118, comma 1, Cost.)<sup>130</sup>. Sicché

NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 99 e ss.; P. CARETTI, *Il I° comma dell’art. 97*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 17 ss.

<sup>126</sup> In senso contrario si veda C. MORTATI, *L’accesso delle donne ai pubblici uffici*, in *Dem. e dir.*, 1960, 144-145, secondo cui, diversamente da quella ex art. 97, comma 2, Cost. (all’epoca comma 1), si tratterebbe di una riserva assoluta, ponendosi la norma in «netta contrapposizione all’ordinamento precedente, secondo cui la materia in parola era regolata con atto del potere esecutivo», anche al fine di «togliere ogni validità alle norme che affidavano ai capi dell’amministrazione il potere di escludere discrezionalmente l’ammissione stessa»; nello stesso senso M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 622. Trattasi di un’interpretazione imposta dallo spirito dei tempi e dalle esigenze di protezione di un diritto all’eguale accesso troppo spesso conculcato in nome di esclusioni preventive e generali basate su pretese incapacità prive di una puntuale dimostrazione. Dalla riserva di legge deriva l’illegittimità di tutte le norme secondarie e di quelle «subprimarie contenute nei regolamenti indipendenti e di organizzazione», precedenti all’entrata in vigore della Costituzione e contenenti discriminazioni per motivi di sesso: P. BARILE, *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, in *Giur. cost.*, 1958, 1252.

<sup>127</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit., passim*; cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, cit., 86.

<sup>128</sup> Cfr. *amplius infra*, capitolo IV, par. 4.

<sup>129</sup> Di talché è evidente che la prima esigenza che occorre provvedere è appunto l’analisi e definizione dei fabbisogni di ciascuna organizzazione: *amplius infra*, capitolo V, par. 3.

<sup>130</sup> R. CAVALLO PERIN, *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*, cit., 9; e anche ID., *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio di adeguatezza e differenziazione*, in *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Torricelli, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2020, 270, ove si afferma l’improcrastinabile necessità di «utilizzare l’intelligenza

è anzitutto l'esigenza di responsabilizzazione dell'amministrazione – implicita nel principio costituzionale di buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) – a imporre che tali requisiti siano specificati con atti amministrativi. Esigenza rispetto alla quale suscita qualche perplessità la prassi di affidare la definizione di parte dei requisiti alle declaratorie allegate ai contratti collettivi, sempre che non si voglia affermare un necessario concorso delle organizzazioni sindacali nel perseguimento dell'interesse pubblico, ove la costruzione tuttavia almeno in parte risente del difetto di legittimazione democratica insito nell'inattuazione del dettato costituzionale (art. 39 Cost.)<sup>131</sup>.

È di interesse osservare come il testo costituzionale italiano nulla preveda in merito ai requisiti oltre alla garanzia formale della riserva di legge: diversamente da quanto previsto dal già richiamato archetipo liberale del principio di uguale accesso agli impieghi pubblici di cui alla *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789<sup>132</sup>, il rinvio alla legge è in bianco. La fissazione dei requisiti non richiama cioè (almeno esplicitamente) il merito quale esclusivo criterio legitti-

artificiale per individuare quale quantità e qualità debbano avere a disposizione le articolazioni della Repubblica italiana (...) di professionalità delle persone, di qualità dei beni strumentali o finanziari».

<sup>131</sup> V'è da dire che la contrattazione collettiva di norma afferma il carattere esemplificativo dei profili professionali relativi alle categorie, facendo salvo il potere dell'amministrazione di prevederne di ulteriori secondo valutazioni correlate all'analisi dei fabbisogni (es. CCNL 2006-2009 Comparto dei ministeri, art. 9), oppure associa ad essi requisiti minimi o "indispensabili" (CCNL 2019-2021, Comparto funzioni locali, art. 12, comma 3). Per l'analisi dell'evoluzione che avrebbe condotto all'affermarsi del contratto collettivo come "imprescindibile fonte" del rapporto di lavoro pubblico, protetta da una vera e propria riserva costituzionalmente rilevante: S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 755-758, ove si richiamano in particolare Corte cost., 23 luglio 2015, n. 178; Corte cost., 5 dicembre 2016, n. 257; Corte cost., 11 aprile 2019, n. 83. Da ultimo per il riferimento alle forme di autoorganizzazione degli individui previste in Costituzione (partiti *ex* art 49 Cost., sindacati *ex* art. 39 Cost.) come strumenti di espressione di volontà in «"associazione" o "dissociazione" dalle decisioni dell'amministrazione pubblica che sono espressione della sovranità popolare»: A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 192 ss.

<sup>132</sup> In qualche modo assimilabile parrebbe il rinvio a «*Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung*» di cui all'art. 33, comma 2, della *Grundgesetz* tedesca, di recente tradotto come indicante la «generica idoneità fisica, mentale e caratteriale» dei candidati, una «particolare predisposizione per lo svolgimento delle attività richieste, in rapporto alla cultura generale e alle esperienze di vita» e la «capacità di rivestire un ruolo in rapporto al *know-how* e alle competenze tecniche già acquisite»: A. CASSATELLA e C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La selezione del personale amministrativo: un raffronto fra Italia e Germania*, cit., 782.

mante (le “*virtus et talents*” di cui all’art. VI della *Déclaration*), con una scelta che si differenzia da quella espressa in tema di diritto allo studio e istruzione superiore, ove l’attribuzione delle provvidenze a tal fine previste è riservata ai “capaci e meritevoli”, e non a caso avviene per concorso (art. 34, commi 3 e 4, Cost.)<sup>133</sup>.

La formulazione dell’art. 51 si deve a un dibattito in Costituente inteso a evitare anzitutto discriminazioni di genere e ad «abolire, una volta per sempre, ogni barriera e ogni privilegio che tende a spingere le donne verso settori limitati», secondo un’interpretazione che coglieva un effetto potenzialmente preclusivo nell’uso della parola “attitudini” di cui all’iniziale proposta di redazione dell’articolo<sup>134</sup>.

La norma costituzionale, tuttavia, apre a ben più ampie interpretazioni. Benché non sottenda un tributo alla crisi del principio meritocratico apertasi a partire dalla seconda metà del XX secolo – crisi che pare investire solo residualmente l’accesso agli impieghi pubblici<sup>135</sup> –, tale previsione consente comunque di distinguere le esigenze di interesse pubblico sottese all’individuazione dei requisiti dal rinvio *tout court* al principio meritocratico, ivi intendendosi per “merito” la sintesi delle capacità professionali e dei requisiti di attitudine morale dei candidati<sup>136</sup>.

È vero che di norma i requisiti generali e speciali includono sia ele-

<sup>133</sup> Sulla distinzione tra “merito”, come concetto statico, correlato al principio di eguaglianza formale, e “meritevolezza” di cui all’art. 34, comma 3, Cost., come nozione dinamica e correlata al principio di eguaglianza sostanziale, che allude alla condizione di «coloro che conseguono risultati nello studio dimostrando impegno costante, ma senza raggiungere le votazioni più alte»: F. ANGELINI, *La scuola nella Costituzione: bilancio e letture prospettive*, in *Dir. cost.*, 2021, 41.

<sup>134</sup> Secondo l’intervento di Maria Federici in Assemblea Costituente (Assemblea Costituente, seduta del 22 maggio 1947, 4170), «le attitudini non si provano se non con lavoro; escludere le donne da determinati lavori significherebbe non provare mai la loro attitudine a compierli». La stessa parola fu sostituita con la più neutra “possibilità” nella discussione in seno alla Commissione dei settantacinque su quello che divenne poi l’art. 4 Cost. (su proposta Taviani, cfr. Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Terza Sottocommissione, seduta del 10 settembre 1946, 16), salvo poi ricomparire nella discussione in seduta plenaria ove anzi si evidenzia come «la dizione “conformemente alle loro attitudini” (...) permette alla legge di dire che per determinati posti le donne non hanno attitudine», il che avrebbe consentito di ottenere il risultato, da taluni auspicato, di escluderle da alcune cariche, come ad es. quelle militari, di pubblica sicurezza, dalla magistratura (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, seduta pomeridiana del 25 gennaio 1947, 189 ss., in particolare interventi di Terracini, Nobile e del Presidente Ruini).

<sup>135</sup> Vedi *infra* par. 6.

<sup>136</sup> Sull’ambiguità della nozione di merito tra gli altri: R. BRIGATTI, *Il giusto a chi va. Filosofia del merito e della meritocrazia*, cit., 49 ss.

menti indice di capacità giuridica (età minima, godimento dei diritti civili e politici), sia altri atti a dar prova di idoneità fisica e preparazione professionale (titoli di studio, iscrizioni ad albi professionali, esperienze pregresse, conoscenza delle lingue straniere e delle tecnologie informatiche), sia requisiti di “moralità”, che vanno dalla condotta irreprensibile di cui si è già accennato, alla mera assenza di precedenti penali<sup>137</sup>.

La selezione secondo il merito – cioè in base a titoli culturali, all’attitudine professionale e all’idoneità morale – è certamente quella che di norma risponde al massimo livello alle esigenze di interesse pubblico<sup>138</sup>, purtuttavia la neutralità del rinvio alla legge di cui all’art. 51 Cost. apre al superamento di un’invincibile presunzione di corrispondenza tra l’una e l’altro, consentendo l’individuazione di requisiti di selezione in ragione di elementi non necessariamente intesi a misurare la capacità professionale dei candidati<sup>139</sup>, pur nell’irrinunciabilità di una loro idoneità morale<sup>140</sup>.

È questa una conclusione che s’impone di tutta evidenza per l’accesso alle cariche elettive, che sono giustapposte agli uffici nella norma costituzionale<sup>141</sup>, ma che ha ragion d’essere anche per questi ultimi. Si consentono in tal modo valutazioni che correlano l’idoneità all’espletamento delle mansioni a elementi differenziali d’altro tipo, secondo un’interpretazione che valorizza al massimo livello la discrezionalità dell’amministrazione in sede di definizione delle proprie esigenze organizzative.

<sup>137</sup> Per una rassegna, anche in chiave comparata, dei requisiti normalmente previsti, con peculiare attenzione agli effetti di ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori europei, si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 203 ss.

<sup>138</sup> La «verifica del merito dei concorrenti» è la «finalità precipua assegnata al concorso», ad es. secondo Corte cost., 12 febbraio 2021, n. 20.

<sup>139</sup> A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. II, cit., 154: «per un dato ufficio, in un dato momento, può essere più opportuno, può rispondere meglio all’interesse collettivo, prescindere dalla capacità, per seguire altri criteri che rendono un individuo più adatto, pur essendo meno capace».

<sup>140</sup> Cfr. M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 627-628: i requisiti, oltre che “finalistici” (correlati cioè alla funzione o mansione da espletare), debbono «consistere essenzialmente in “qualità personali”», senza che possano avere rilevanza l’appartenenza a determinati partiti politici, o ad altre associazioni e gruppi sociali, così come le relazioni con peculiari persone fisiche o giuridiche. Solo per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all’estero si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d’isciversi ai partiti politici (art. 98, comma 3, Cost.).

<sup>141</sup> Si veda il dibattito in seno alla costituente sulla norma in tema di accesso alle cariche pubbliche (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, seduta del 15 novembre 1946, 391 ss.).

La tendenziale identificazione del principio del concorso con quello del merito<sup>142</sup> esprime una corrispondenza non sempre necessaria: è vero che la *comparazione* tra i candidati è per lo più secondo il merito (e cioè secondo preparazione e capacità), e solo in rari casi è sostituita o integrata da valutazioni secondo il bisogno<sup>143</sup>, l'ammissione alle procedure, tuttavia, può tener conto anche di elementi ulteriori, in alcun modo correlati con la professionalità dei candidati.

<sup>142</sup> Così ad es. G. CORSO, *Il merito nella Costituzione italiana*, intervento al Convegno "Merito e crescita", Università Luiss Guido Carli, Roma 9 giugno 2016, in [www.ilterrito.org](http://www.ilterrito.org) (consultato ad agosto 2022); H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Giuffrè, Milano, 2004, 537: «dagli articoli 51 e 97, si evince che il criterio è quello del merito, mentre il meccanismo è quello del concorso». Distingue il merito dal concorso B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, cit., 149-152 (e anche Id., *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 641 ss.), che purtuttavia allo stesso tempo ritiene che il primo sia «espressamente affermato dalla Costituzione italiana solo con riferimento all'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione» e precisamente considera che il principio del concorso sia un'"applicazione" di quello del merito, oltre a essere un'applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento. Similmente anche G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, cit., 47. Oltre che in materia di diritto di accesso all'istruzione superiore dei «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi» (art. 34, comma 3, Cost.), il merito è menzionato ove è prevista la chiamata all'ufficio di consiglieri di cassazione «per meriti insigni» di professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori (art. 106, comma 3, Cost.) e per la nomina a senatore a vita dei «cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario» (art. 59, comma 2, Cost.), come ricorda M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Giappichelli, Torino, 2020, 20 ss. Altri impliciti richiami del principio del merito sono talora colti nelle norme costituzionali sulla retribuzione, che dev'essere «proporzionata alla quantità e qualità» del lavoro prestato (art. 36, comma 1, Cost.), nell'obbligo della Repubblica di curare «l'elevazione professionale dei lavoratori» (art. 35, comma 2, Cost.), nella previsione di esami di stato «per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale» (art. 33, comma 5, Cost.): L. IEVA, *Costituzione italiana e meritocrazia*, in *Persona & danno*, 9.11.2015 ([www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), consultato a luglio 2023). Pur non convincendo del tutto, è d'interesse la correlazione evidenziata da F. MIDIRI e P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto allo studio e il merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 181, secondo cui «i capaci e meritevoli della Costituzione sono coloro che, avendo acquisito un'istruzione d'eccellenza, saranno in grado di partecipare all'amministrazione di governo». Da ultimo, per la correlazione tra merito e competenza, «intesa come conoscenza ed esperienza», da cui il fondamento (anche) sull'art. 97, comma 3, Cost.: D. BEVILACQUA, *L'osservatorio nazionale sulla capacità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 462.

<sup>143</sup> Su cui si veda *infra*, par. 5.

In ipotesi circoscritte sono ad es. determinate appartenenze religiose o ideologiche ad essere assunte come incompatibili con il reclutamento nei pubblici uffici, perché indice di fedeltà “altre”, che, seppure in alcun modo assimilabili con la «meritevolezza o adeguatezza professionale»<sup>144</sup>, ostano al corretto perseguimento delle missioni di interesse pubblico. Si pensi, ad esempio, ai concorsi riservati ai medici non obiettori di coscienza nella sanità pubblica, intesi a garantire l'erogazione delle prestazioni finalizzate all'interruzione volontaria di gravidanza e tutelare, così, un incompressibile diritto individuale (perciò assicurato dai livelli essenziali di assistenza inderogabilmente affidati alle cure del servizio sanitario nazionale<sup>145</sup>), ove è da ricordarsi come

<sup>144</sup> Il che non autorizza a superare i «limiti generali della continenza espressiva», trasmodando in «valutazioni lesive dell'altrui dignità morale e professionale», come nel caso di un manifesto che, con tono denigratorio, incitava a chiedere al medico se pratica qualsiasi forma di obiezione di coscienza Cons. St., sez. V, 9 aprile 2019, n. 2327, ove ne è confermato il diniego di affissione.

<sup>145</sup> Cfr. Tar Puglia, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477. In tema A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Ist. Fed.*, 2015, 138, ove si richiama in particolare «la valorizzazione della responsabilità organizzativa dell'amministrazione sanitaria, anche in termini di riconoscimento ad essa degli strumenti necessari ad adempiere ai doveri di garanzia delle prestazioni che su di essa gravano»; ID., *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero del diavolo nei dettagli*, in *Medicina nei secoli*, 2016, 28, 1, 165 ss. Ritiene che la riserva assunzionale non risolva il problema, attesa la facoltà di ripensamento del medico: M.C. CAVALLARO, *Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute*, in *PA Persona e amministrazione*, 2020, 206-207 (in <https://journals.uniurb.it/>, consultato ad agosto 2022); similmente anche L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 2017, 16-21, ove in particolare si afferma che la riserva di assunzione a beneficio di non obiettori non sia «discriminatoria solo in quanto individua precipuamente le attività lavorative da svolgere, nell'ambito di una specifica branca della medicina», atteso che «le prestazioni che il candidato assunto sarà chiamato a svolgere (...) coincidono con quelle che il medico obiettore liberamente rifiuta di eseguire»; arriva a ipotizzare la possibilità di un divieto *tout court* dell'obiezione di coscienza: M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 2018, 56 ss.; si vedano altresì: B. MURA, L. PERINI, *Libere davvero? L'effettività della legge n. 194/1978 alla prova: un caso studio nel veronese*, in *BioLaw Journal/Riv. biodir.*, 18.03.2023 (1S), 253 ss.; C. MELEGA, *La legge 194: un dibattito riaperto*, *ivi*, 27 ss.; G. VIGGIANI, *Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta*, in *BioLaw Journal/Riv. biodir.*, 17.07.2019 (2), 315 (tutti in <https://teseo.unitn.it/biolaw>) (consultati ad agosto 2022); A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, in *Quad. cost.*, 2017, 359; M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, *ivi*, 2017, 350 ss.; V. ABU AWWAD, N. VETTORI, *Servizi di interruzione*

l'invocazione di eventuali difficoltà organizzative non basta a superare l'obbligo di protezione dei diritti in capo alla Repubblica, né le aziende sanitarie possono invocare un diritto all'obiezione di coscienza "di struttura" che è all'evidenza non ammissibile<sup>146</sup>.

Altrove fu affermata l'incompatibilità dello *status* di ecclesiastico con l'accesso all'insegnamento secondario, pena la violazione del principio di laicità "alla francese"; a legittimare l'esclusione fu rilevato come «*la fonction publique n'est pas un droit individuel*»: l'ordinamento riconosce sì il *diritto* di insegnare, ma non quello di insegnare nella scuola pubblica<sup>147</sup>.

Gli esempi citati dimostrano come in sede di accesso agli impieghi non esistano discriminazioni "assolutamente vietate", ma solo differenziazioni che *si presumono* illegittime<sup>148</sup>, ovvero, secondo il lessico

*volontaria della gravidanza e obiezione di coscienza: obblighi dell'amministrazione sanitaria e possibili profili di responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 9 ss.; N. VETTORI, *Laicità e servizi pubblici. Il caso della sanità*, in *BioLaw Journal/Riv. biodir.*, 2.11.2020 (3), 252 ss. Su obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza *amplius*: D. PARIS, *L'obiezione di coscienza Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Bagno a Ripoli, 2011, 101 ss.; cfr. anche R. BERTOLINO, *Assistenza religiosa, obiezione di coscienza e problemi morali e psicologici nel prisma della struttura ospedaliera*, in *Iustitia*, 1988, 3-44; in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 1989, 81-138; in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, vol. I, Mucchi Ed. (s.d.), 93-150 e infine in *Lo spirito del diritto ecclesiale, Scritti scelti di Rinaldo Bertolino*, a cura di R. Mazzola, I. Zuanazzi, M.C. Ruscazio, Università degli Studi di Torino - Edizioni Scientifiche Italiane, Torino-Napoli, 2022, 344-346.

<sup>146</sup> Come ha affermato Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460 (c.d. caso Englaro): «non spetta (...) alla Regione sollevare un'obiezione di coscienza della struttura sanitaria nel suo complesso, attenendo l'obiezione di coscienza, per sua stessa natura, al foro interno del singolo e *non certo all'istituzione pubblica nel suo complesso, che al contrario deve attrezzarsi*, nonostante il rifiuto del singolo sanitario dovuto a ragioni di autonomia professionale e morale, *per garantire l'effettuazione di una prestazione doverosa*. (...) solo gli individui hanno una "coscienza", mentre la "coscienza" delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano» (corsivo aggiunto).

<sup>147</sup> Così M. HAURIOU, *Refus du ministre d'admettre un prêtre catholique sur la liste des candidats à un concours d'agrégation de l'enseignement secondaire*, Note sous Conseil d'Etat, 10 mai 1912, Abbé Bouteyre, S. 1912.3.145, in *Revue générale du droit on line*, 2013, n. 12859, (in [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu), consultato ad agosto 2022), che tuttavia critica la decisione per non aver rilevato l'*excès de pouvoir* di un'esclusione particolare e non fondata su un atto generale. Di recente, per una conferma dell'incompatibilità tra l'esercizio di una funzione religiosa e l'insegnamento pubblico, specialmente in talune discipline (es. filosofia, storia): A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, cit., 715-717

<sup>148</sup> Secondo J. ZILLER, *Egalité et mérite*, cit., 75, 81: «*l'interdiction expresse d'une discrimination n'est pas pour autant toujours une interdiction générale et absolue*», valendo al più a fondare una presunzione di illegittimità.

nordamericano, “classificazioni sospette”, soggette a un’interpretazione restrittiva e a un penetrante controllo di ragionevolezza in sede giurisdizionale<sup>149</sup>. Se ne ammette la previsione solo ove siano fondate su esigenze di interesse pubblico di peculiare ed evidente preminenza, che legittimino un sacrificio del contrapposto diritto individuale, e purché siano formulate in atti generali (legge o atti assunti in base alla legge).

Gli stessi esempi ci ricordano come non vi sia organizzazione «che direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c’è diritto a prestazione che non condizioni l’organizzazione»<sup>150</sup>: l’individuazione dei requisiti di ammissione in sede concorsuale è direttamente correlata all’esigenza di tutela di altrui diritti soggettivi (nei casi citati alla salute, all’istruzione) affidati alle cure delle istituzioni coinvolte, tutela alla cui effettività ostano determinate appartenenze ideologiche o religiose. È noto, infatti, che l’indisponibilità di idonei strumenti di organizzazione non libera l’amministrazione dal corrispondente obbligo di protezione, occorrendo viceversa la prova dell’impossibilità di reperire risorse o soluzioni alternative, e di essersi in ogni modo attivati per rinvenirle, secondo un rigore che assurge al carattere di una “*probatio diabolica*”<sup>151</sup>.

È dunque la tutela degli altrui diritti soggettivi a dare sostanza a quell’«interesse pubblico peculiare e straordinario»<sup>152</sup> che di per sé solo legittima la limitazione della partecipazione al concorso, con deroga al principio di pubblicità, nel senso di apertura massima della platea dei candidati.

Il sindacato sulla ragionevolezza di tali limitazioni è innanzi alle varie giurisdizioni strutturato secondo quelle che sono le specificità delle relative tecniche di valutazione, ove, pur non mancando le analogie, il livello di approfondimento non sembra del tutto corrispondente<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> Controllo che in qualche modo ricorda lo “*strict scrutiny*” che caratterizza le discriminazioni basate sulla razza o sull’origine nazionale nell’ordinamento USA, ove «*a law is upheld if it is proved necessary to achieve a compelling government purpose. The government must have a truly significant reason for discriminating, and it must show that it cannot achieve its objective through any less discriminatory alternative. The government has the burden of proof under strict scrutiny, and the law will be upheld only if the government persuades the court that it is necessary to achieve a compelling purpose*»: E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Fifth Edition, Wolters Kluwer, New York, 2015, 992. Da ultimo, per un’applicazione: *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023).

<sup>150</sup> Corte cost., n. 383 del 1998, cit. Si vedano i riferimenti citati *supra*, capitolo I, nt. 86.

<sup>151</sup> Cons. St., sez. III, 2 gennaio 2020, n. 1.

<sup>152</sup> Cfr. giurisprudenza citata *infra*, in capitolo IV, par. 4, nt. 158.

<sup>153</sup> Da ultimi il diverso livello di approfondimento è messo in evidenza da F.

Nell'ordinamento dell'Unione europea il principio di eguaglianza è alla base del divieto di discriminazioni irragionevoli enunciato dai Trattati (art. 2 TUE)<sup>154</sup>, divieto che seppur originariamente formulato a meri fini di integrazione economica, è stato progressivamente elevato a rango di diritto della persona e considerato «principio fondamentale del diritto comunitario»<sup>155</sup>. Nel caso del giudice dell'Unione – spesso chiamato a intervenire a fronte di discriminazioni in bandi di concorso o altri atti nazionali – il vaglio è quello tipico della proporzionalità, che implica l'apprezzamento della finalità di interesse pubblico perseguita (che deve essere “legittima”), e dei tre “gradini” derivati dall'ordinamento tedesco, e cioè l'*idoneità* della misura adottata a realizzare tale finalità, la sua *necessità* (nel senso di non sostituibilità con altra meno incisiva sugli interessi contrapposti)<sup>156</sup> e l'assenza di sproporzione tra il sacrificio imposto all'individuo che vede frustrata la propria aspirazione ad accedere a un determinato impiego e la suddetta finalità d'interesse pubblico (*proporzionalità in senso stretto*)<sup>157</sup>.

TRIMARCHI BANFI, *Il giudizio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3 ss.; ID., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, *ivi*, 2016, 361 ss.

<sup>154</sup> Si veda anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 20-21. Per ampi riferimenti bibliografici al principio di eguaglianza e non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione europea si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 38, nt. 91. Trattasi di principio accolto anche dall'ordinamento del Consiglio d'Europa: cfr. Council of Europe, Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to member states on the status of public officials in Europe, 24 February 2000, Appendix, § 4 e 9, «*Recruitment of public officials should be defined by equality of access to public posts and selection based on merit, fair and open competition and absence of discrimination*», essendo vietate le discriminazioni ingiustificate «*on the basis of, inter alia, age, disability, gender, marital status, sexual orientation, race, colour, ethnic or national origin, community background, political or philosophical opinion and religious beliefs, especially concerning the access to public posts and promotion*».

<sup>155</sup> Cfr. *ex multis* C. giust., 8 ottobre 1980, C-810/79, *Überschär*, § 16; da ultimo: C. giust., 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevič-Vardynn*, § 43; C. giust., 16 settembre 2010, C-149/10, *Chatzi*, § 63-64. L'evoluzione è ricostruita in particolare da G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 2 ss.

<sup>156</sup> Si veda ad es. C. giust., 18 ottobre 2017, C-409/16, *Kalliri*, ove il giudice ritiene che la finalità perseguita dal requisito previsto per l'accesso ai ruoli della polizia (un'altezza minima uguale per uomini e donne) avrebbe potuto essere realizzata «con misure meno svantaggiose per le donne, quali una preselezione dei candidati al concorso (...) fondata su prove specifiche che consentano di verificare le loro capacità fisiche».

<sup>157</sup> Non eccede la finalità di garantire il carattere operativo e il buon funziona-

Innanzitutto al giudice costituzionale è il controllo di ragionevolezza fondato sull'art. 3 Cost., che come noto è canone generale di qualunque disparità di trattamento<sup>158</sup>. Infine, ove tali trattamenti differenziati siano previsti da atti amministrativi generali (regolamenti e bandi di concorso), il sindacato è, come meglio si vedrà, quello tradizionale del

mento del servizio di polizia una normativa che preveda il requisito di età massima di 35 anni: C. Giust., grande sez., 15 novembre 2016, C-258/15, *Salaberria Sorondo*; viceversa non è superato il vaglio di proporzionalità in senso stretto ove il diritto nazionale ponga un requisito di età massima per l'accesso alle funzioni notarili (50 anni) al fine di agevolare il ricambio generazionale e il ringiovanimento del notariato, considerato che «nell'ambito del concorso notarile di cui trattasi (...), un numero non trascurabile di posti non è stato assegnato e, pertanto, giovani candidati non hanno avuto accesso alla professione di notaio, mentre aspiranti che avevano raggiunto l'età di 50 anni sono stati privati della possibilità di far valere le loro competenze mediante la partecipazione a detto concorso»: C. giust., 3 giugno 2021, C-914/19, *GN*. Sul principio di proporzionalità da ultimo: D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 907 ss.; ID., *Le principe de proportionnalité*, in *Droit administratif Européen*, cit., 357 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, 74 ss.; A. CAUDURO, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2018, 53 ss.; S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1035 ss.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 37 ss.; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2012, 133 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011, 110 ss.; G. LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 447 ss.; A. BARAK, *Proportionality and Principled Balancing*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, 4, 1, 1 ss.; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2eme ed., Bruylant, Bruxelles, 2009, 36 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo*, vol. II, *L'esercizio delle competenze*, a cura di S. Mangiameli, Giuffrè, Milano, 2006, 225 ss.; ID., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 60 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, Milano, 2008, 19 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, Napoli, 1999, 157 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998, 108 ss.; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, Kluwer Law Intl., London, 1996, 115 ss.

<sup>158</sup> Si è invero notato come la giurisprudenza costituzionale italiana faccia un uso promiscuo dei termini razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, «ma anche adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi»: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (consultato ad agosto 2022).

vizio di eccesso di potere, che conduce all'annullamento in presenza di una manifesta irragionevolezza, per la sussistenza di evidenti disparità di trattamento, illogicità, travisamenti e altre figure sintomatiche<sup>159</sup>.

#### 4. Accesso agli impieghi pubblici e parità di genere

Nella proclamazione costituzionale del diritto all'eguale accesso agli impieghi pubblici, il genere (o il "sesso") è l'unico a venir esplicitamente ripreso tra i fattori di discriminazione elencati dalla generale enunciazione del principio di eguaglianza formale di cui all'art. 3 della Costituzione (che richiama inoltre la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali), secondo un carattere che senz'altro intende offrire una tutela rafforzata al principio della parità di genere<sup>160</sup>.

La generalizzata apertura ad entrambi i sessi del reclutamento in tutti gli impieghi civili disposta fin dagli anni '60 del secolo scorso (l. 9 febbraio 1963, n. 66)<sup>161</sup>, con una scelta più di recente estesa an-

<sup>159</sup> Si veda *infra*, capitolo VI, par. 2.

<sup>160</sup> L'interpretazione in tal senso non si affermò senza fatica, come evidenzia Corte cost., 3 ottobre 1958, n. 56, ove è dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla l. 27 dicembre 1956, n. 1441, che limitava la partecipazione delle donne all'amministrazione della giustizia nelle Corti d'Assise e nei Tribunali per i minorenni. Secondo il giudice costituzionale l'affermazione dell'«eguaglianza giuridica delle persone dei due sessi», non esclude per il legislatore ordinario «una qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici, anche nell'intento di meglio utilizzare le attitudini delle persone». Nel senso contrario è chiaro invece P. BARILE, *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, cit., 1247: «contrapponendo l'eguaglianza fra i sessi ai requisiti di legge, il costituente ha espressamente voluto escludere dai requisiti il sesso»; nello stesso senso V. CRISAFULLI, nota a Corte cost., n. 56 del 1958, cit., in *Giur. cost.*, 1958, 863. Da ultimo, per la definizione della formula come un «sovrappiù testuale», necessario perché fosse chiara la volontà di superare la totale esclusione delle donne dalla vita politica e dai più rilevanti uffici pubblici, «rendendo impossibile un ritorno al passato»: C. TRIPODINA, *I gradini di pietra della parità di genere*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 2, 101.

<sup>161</sup> Oggi sostituita dal d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, art. 31. L'intervento legislativo fu preceduto dalla pronuncia di illegittimità costituzionale della c.d. legge Sacchi (l. 17 luglio 1919, n. 1176), la quale escludeva le donne dagli impieghi che «implicano (...) l'esercizio di diritti e di potestà politiche»: Corte cost., 18 maggio 1960, n. 33, su cui si veda B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in *Osservatorio AIC*, 5/2021, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it) (consultato a luglio 2023).

che alle forze armate<sup>162</sup>, ha di fatto privato di attualità il dibattito sul punto<sup>163</sup>. Sono pertanto da ritenersi definitivamente superate quelle interpretazioni che, pur escludendo il genere dal novero dei possibili requisiti generali richiesti per il reclutamento nelle pubbliche amministrazioni, ne ammettevano la riproposizione tra i requisiti speciali in ragione di supposte incapacità fisiche o morali delle donne<sup>164</sup>, ove

<sup>162</sup> D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, *Codice dell'ordinamento militare*, art. 1467, per la garanzia del principio delle pari opportunità «nel reclutamento del personale militare, nell'accesso ai diversi gradi, qualifiche, specializzazioni e incarichi del personale delle Forze armate e del Corpo della Guardia di finanza». L'accesso delle donne nelle forze armate si deve anzitutto alla l. 20 ottobre 1999, n. 380, recante *Delega al Governo per l'istituzione del servizio militare volontario femminile*. All'apertura degli impieghi nelle forze armate ha dato un significativo impulso la giurisprudenza europea, ove si è in particolare negato che la possibile utilizzazione di armi possa giustificare di per sé l'esclusione delle donne: C. giust., 11 gennaio 2000, C-285/98, *Kreil*.

<sup>163</sup> Da anni si è al contrario assistito a una progressiva “femminilizzazione” dell'impiego pubblico, che trova le proprie origini nella maggior conciliabilità – vera o presunta che sia – con i carichi familiari e di cura che sono spesso concentrati sul genere femminile. In tema da ultimo: R. RUBIO-MARIN, *Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship. A Struggle for Transformative Inclusion*, Cambridge University Press, 2022, 211 ss. Sulla responsabilità di cura come «collo di bottiglia da rimuovere», insieme a origine familiare e transizioni lavorative: E. GRANAGLIA, *Uguaglianza di opportunità. Sì, ma quale?*, Laterza, Bari-Roma, 2022, 14, cui si rinvia anche per il superamento di politiche di conciliazione finalizzate esclusivamente ad assicurare alle donne di sostenere sé e le proprie famiglie attraverso il salario, a beneficio di misure capaci altresì di valorizzare la «difesa della cura come capacità umana fondamentale»; B. GRESY, *Temps, famille, discriminations professionnelles*, in *Pouvoirs*, 2020, 173, 75 ss.

<sup>164</sup> Che è esattamente l'argomentazione sostenuta da C. ESPOSITO, nota a Corte cost., n. 56 del 1958, cit., in *Giur. cost.*, 1958, 870. Sui requisiti di genere cfr. Corte cost., 13 maggio 1960, n. 33; Corte cost., 8 maggio 1990, n. 225, con nota di L. MANNELLI, *Parità tra i sessi: oltre all'eguaglianza un «ritorno alla diversità»?*, in *Foro it.*, 1990, 113, pt. I, 2726 ss.; Corte cost., 2-15 aprile 1993, n. 163; Corte cost., 11-19 maggio 1994, n. 188; per la dichiarazione di illegittimità dei requisiti di assenza di prole e vincolo coniugale per l'arruolamento nella Guardia di finanza rispettivamente: Corte cost., 12-24 luglio 2000, n. 332, Corte cost., 24 ottobre-12 novembre 2002, n. 445. Il dibattito è ripercorso da L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., 249 ss. Per il riferimento ad una possibile «idoneità mancante o attenuata, tale da pregiudicare l'efficace e regolare svolgimento dell'attività pubblica»: G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, cit., 285; il superamento di un'interpretazione siffatta si deve già a C. MORTATI, *L'accesso delle donne ai pubblici uffici*, cit., 146; sul punto si vedano inoltre P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, 64-67; M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 624-626; U. POTOTSCHNIG, *Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, cit., 369 ss.; più di recente: L. CARLASSARE, *La parità dei sessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica*

era l'invocazione dell'argomento della "natura delle cose" a legittimare il trattamento discriminatorio<sup>165</sup>. Argomento cui, agli albori dell'ordinamento repubblicano, si corredeva sinanco quello della natura "meramente programmatica" della norma in questione, come noto all'epoca usato per svuotare di effettività le norme più innovative della Costituzione<sup>166</sup>.

Può di converso osservarsi come il modello di reclutamento proprio della pubblica amministrazione, che vede nel concorso pubblico lo strumento principale, paia il più idoneo ad assicurare la parità di *chances* tra donne e uomini almeno per l'accesso alle posizioni iniziali, secondo un carattere che trova conferma nella "femminilizzazione" dell'impiego tipica specialmente di alcuni settori<sup>167</sup>.

*e vita quotidiana*, a cura di A. Del Re, V. Longo, L. Perini, Franco Angeli, Milano, 2010, 12 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Parità di genere*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, vol. 2, Utet, Torino, 2008, 593 ss.; G. MELIS, *Introduzione*, in *L'altra metà dell'impiego. La storia delle donne nell'amministrazione*, a cura di C. Giorgi, G. Melis, A. Varni, Bologna University Press, Bologna, 2005, 7 ss.; L. MONTEVECCHI, *La battaglia per le carriere precluse*, *ivi*, 143 ss.; P. FERRARA, *Le donne negli uffici (1863-2002)* in *Impiegati*, cit., 138 ss. Alcuni interessanti spunti sulla situazione delle donne nel *civil service* britannico si trovano in V. CROMWELL, *Tendenze nella ricerca sulla storia amministrativa britannica a partire dal 1840*, in *Il lavoro pubblico in Europa*, a cura di A. Varni e G. Melis, Rosenberg & Sellier Torino, 2001, 43 ss.

<sup>165</sup> Ch. PERELMAN, *Egalité et intérêt général*, cit., 620.

<sup>166</sup> V. CRISAFULLI, *Una manifesta infondatezza che non sussiste (a proposito dell'ammissione delle donne alla carriera giudiziaria)*, in *Foro it.*, 1957, III-4, 42; più di recente: M. FORTINO, *Parità dei sessi*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 703. In genere sulla distinzione tra norme meramente programmatiche e norme immediatamente precettive, V. CRISAFULLI, *Le norme «programmatiche» della Costituzione (1952)*, poi in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 68 ss.; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1015 ss.; da ultimo S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, 41 ss.

<sup>167</sup> La presenza femminile è particolarmente significativa nella sanità e nell'istruzione. Vedi Istat, *Censimento permanente delle Istituzioni pubbliche 2020: risultati definitivi*, 28 dicembre 2022, 13, in [www.istat.it](http://www.istat.it) (consultato a maggio 2023): le donne occupate nella pubblica amministrazione superano i 2 milioni e rappresentano la componente maggioritaria, con una quota pari al 58,5% del personale in servizio. La più elevata presenza di donne si conferma negli enti del Sistema Sanitario Nazionale (SSN) con il 67,6%, il valore più basso nelle Università pubbliche (49,6%) e nelle Regioni (51%); vedi anche OECD, *Joining Forces for Gender Equality: What is Holding us Back?*, OECD Publishing, Paris, 2023, 157, in <https://doi.org/10.1787/67d48024-en> (consultato a luglio 2023): nei paesi OCSE le donne occupano in media il 58% degli impieghi pubblici (cui corrisponde un livello di copertura del 45% dei posti di lavoro in genere).

È vero, infatti, che i principi di pubblicità, trasparenza, parità di trattamento e imparzialità che informano il concorso e determinano l'articolazione del procedimento forniscono una peculiare garanzia di un reclutamento non discriminatorio, specie ove si pensi agli obblighi di garantire l'anonimato delle prove, di motivare le scelte della commissione (benché spesso assolto in forma essenzialmente numerica), di consentire l'accessibilità degli atti e via dicendo.

La verifica in tal modo consentita sull'operato dell'amministrazione garantisce un'effettività del principio antidiscriminatorio che non ha eguali ove il reclutamento sia esclusivamente espressione dell'autonomia organizzativa del datore di lavoro<sup>168</sup>. Come si è già ricordato, infatti, nell'impresa questa si arresta solo innanzi all'evidenza della violazione di un diritto soggettivo del lavoratore<sup>169</sup>, foss'anche *sub specie* di violazione dei principi di correttezza e buona fede che presiedono alla conclusione del contratto (art. 1337 c.c.)<sup>170</sup>. Ciò pur senza volersi trascurare come la tutela antidiscriminatoria sia anche in tale sede assistita da peculiari garanzie intese a rafforzarne l'effettività (a partire dall'inversione dell'onere della prova)<sup>171</sup>.

Ferma restando la presunzione di illegittimità di qualsiasi previsione che escluda direttamente uno dei generi dal reclutamento – presunzione che ad oggi è superabile in ipotesi tutto sommato

<sup>168</sup> C. giust., 19 aprile 2012, C-415/10, *Meister*: una candidata a un posto di lavoro in un'impresa privata non ha il diritto di accedere al dossier di chi le sia stato preferito per verificarne la superiore qualificazione; al più il diniego dell'impresa di fornire qualsiasi accesso alle informazioni può costituire «uno degli elementi da prendere in considerazione nell'ambito dell'accertamento dei fatti che consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta».

<sup>169</sup> Cfr. fra molti: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 613: i sistemi di reclutamento nel pubblico impiego segnano una differenza insuperabile rispetto alle assunzioni nel settore privato, che sono al contrario «naturali manifestazioni di autonomia individuale» e derivano da una «libera scelta» di datore di lavoro e lavoratore; *idem* R. HOLCMAN, *Secteur public, secteur privé: similarités et différences dans la gestion des ressources humaines*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2007, 410-411.

<sup>170</sup> Cfr. *amplius infra*, capitolo VI, par. 1.

<sup>171</sup> Ai sensi della dir. n. 2000/78/CE, cit., art. 10, recepita dal d.lgs. n. 198 del 2006, art. 40, incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento, purché il ricorrente fornisca «elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico (...) idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso». In tema V. LUCIANI, *Selezioni del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, cit., 131 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., 61.

trascurabili<sup>172</sup> e comunque soggette a un rigoroso scrutinio di proporzionalità<sup>173</sup> –, di maggior interesse è il contenzioso sulle discrimi-

<sup>172</sup> Da ultimo si veda Corte cost., 4 gennaio 2022, n. 1, ove la Corte si è rifiutata di intervenire sul sistema dei convitti, caratterizzati da una distinzione tra educatori ed educatrici «speculare e funzionale alla separazione tra gli allievi convittori e le allieve convittrici», rinviando al legislatore la verifica della rispondenza di tale modello educativo, considerato globalmente, agli «orientamenti e ai valori radicati nella coscienza sociale». In tema: F. BARBAGALLO, *La trasformazione del modello convittuale e i suoi riflessi sul reclutamento del personale tra parità di genere e pluralismo educativo. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2022*, in *Federalismi.it*, 2023, 4, 1 ss.; S. BISSARO, *Discipline anacronistiche e questioni di genere all'esame della Corte costituzionale. Alcune riflessioni a margine della sentenza n. 1 del 2022, in materia di selezione del personale per convitti ed educandati*, in *Osservatorio AIC*, 2022, 2, 277 ss.; S. CECCHINI, *Un inciampo nel cammino dell'eguaglianza: la sentenza n. 1/2022 della Corte costituzionale sul reclutamento del personale educativo*, in *Federalismi.it*, 2022, 18, 98 ss.; M.C. GRISOLIA, *Il limite del "requisito attitudinale" nella parità tra i sessi: una questione dimenticata e di nuovo attuale?*, *ivi*, Paper 5 ottobre 2022, 1 ss.; A. LONGO, *La sentenza n. 1/2022 della Corte costituzionale. Note su un mancato anacronismo legislativo*, in *Giur. cost.*, 2022, 1, 7 ss.; F. MAURI, *La Corte costituzionale tra questione di genere, discrezionalità del legislatore ed esigenza di preservare l'armonia del sistema*, in *Consulta on line*, 2022, II, 484 ss.; C. SICCARDI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2022: tra coscienza sociale e uguaglianza*, in *Federalismi.it*, 2022, 7, 259 ss.; V. VALENTI, *Come nasce una discriminazione. L'ombra di uno stereotipo di genere nella trappola del "giuridicamente (s) corretto" della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2022, 3, II, 248 ss.

<sup>173</sup> Corte cost., 18 maggio 1960, n. 33, ove si considera che l'appartenenza a un determinato genere – pur non potendo assurgere a fondamento di incapacità o minore capacità – possa essere assunta come “requisito attitudinario” e cioè come «condizione (...) che faccia presumere, senza bisogno di ulteriori prove, l'idoneità degli appartenenti a un sesso a ricoprire questo o quell'ufficio pubblico (...) tale da far ritenere che (...) l'efficace e regolare svolgimento dell'attività pubblica ne debba soffrire». L'ordinamento militare ammette limitazioni all'arruolamento del personale militare femminile «soltanto in presenza di motivate esigenze connesse alla funzionalità di specifici ruoli, categorie, specialità e specializzazioni del Corpo, qualora in ragione della natura o delle condizioni per l'esercizio di specifiche attività il sesso rappresenti un requisito essenziale» (d.lgs. n. 66 del 2010, cit., art. 639, comma 2). Il lessico è quello tipico delle c.d. *bona fide occupational qualifications*, su cui si vedano: D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., 62 ss., 394 ss.; E.M. MASTINU, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Cedam, Padova, 2010, 12 ss. La giurisprudenza europea ha in particolare riconosciuto nel sesso un “requisito determinante” per posti come quello di sorvegliante nelle carceri (C. giust., 30 giugno 1988, C-318/86, *Commissione c. Francia*), per talune attività di polizia esercitate in situazioni di grave disordine interno (C. giust., 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*), per il servizio in specifiche unità combattenti e corpi speciali (C. giust., 26 ottobre 1999, C-273/97, *Sirdar*). Ferma restando la riserva agli uomini del ruolo di sorvegliante nelle carceri (maschili), ove l'esclusione delle donne non deriva dalla prestanza fisica, nelle altre ipotesi pare maggiormente ragionevole l'interpretazione già proposta da C. MORTATI, *L'accesso delle donne ai pubblici uffici*,

nazioni indirette, che possono derivare da requisiti incapaci di tenere in debito conto obiettive differenze fisiche (es. di statura media nel caso di requisiti intesi a dimostrare l'idoneità fisica all'impiego)<sup>174</sup>, o dall'elusione della tutela della maternità in fase di assunzione<sup>175</sup>.

La questione della parità si pone nell'amministrazione pubblica piuttosto per l'accesso ai ruoli apicali<sup>176</sup>, ove nella dirigenza la componente femminile continua a essere sottorappresentata, riproponendosi anche in tale sede il noto problema del "soffitto di cristallo", cui non offre un efficace rimedio la norma che prescrive l'equilibrata composizione delle commissioni di concorso<sup>177</sup>.

cit., 146, secondo cui, piuttosto che escludere in linea generale le donne, «basta (...) all'uopo esigere (...) il possesso di ben determinati requisiti fisici, comuni ad entrambi i sessi, dai quali si possa presumere la sussistenza della resistenza fisiologica adeguata alle prestazioni connesse con l'impiego».

<sup>174</sup> Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163. Cfr. d.lgs. n. 198 del 2006, cit., art. 31, comma 2: «l'altezza delle persone non costituisce motivo di discriminazione nell'accesso a cariche, professioni e impieghi pubblici ad eccezione dei casi in cui riguardino quelle mansioni e qualifiche speciali, per le quali è necessario definire un limite di altezza e la misura di detto limite, indicate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti i Ministri interessati, le organizzazioni sindacali più rappresentative e la Commissione per la parità tra uomo e donna, fatte salve le specifiche disposizioni relative al Corpo nazionale dei vigili del fuoco».

<sup>175</sup> Corte cost., 10 settembre 2020, n. 200, relativa allo stupefacente caso di una legge regionale che consentiva all'amministrazione di derogare all'ordine di graduatoria per le candidate in astensione per maternità, negando loro l'assunzione e consentendone la chiamata unicamente in caso di ulteriore utilizzo della graduatoria al termine del periodo di astensione. Similmente anche C. giust., 6 marzo 2014, C-595/12, *Napoli*, ove si rileva la violazione della dir. 2006/54/CE, cit., art. 15.

<sup>176</sup> Vedi Dip. per le Pari Opportunità, *Strategia Nazionale per la Parità di Genere*, luglio 2021, 9, ove si evidenzia come la partecipazione agli organi apicali della pubblica amministrazione sia in Italia più o meno allineata alla media europea (circa il 35% dei casi), ma comunque decisamente più arretrata rispetto ai paesi più avanzati (Svezia, Finlandia, Francia) che hanno ormai raggiunto la parità, mentre rimane più marcato il divario a livello di enti regionali e locali (al di sotto del 20% dei casi). Ancor più ridotta è la rappresentanza femminile negli organi apicali di istituti di ricerca, aziende pubbliche del servizio radiotelevisivo, comitati olimpionici, ecc. Per un'analisi dei dati si veda, di recente: E. D'ALTERIO, *Pubblica amministrazione e parità di genere: stato dell'arte e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 787 ss.; E. PASQUALETTO, *Le pari opportunità di genere nell'accesso e nelle carriere nel pubblico impiego: dati, normativa, criticità e soluzioni*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, 3, 1 ss., [www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it) (consultato a settembre 2023).

<sup>177</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 57, comma 1, lett. a, comma 1 *bis*; da ultimo inoltre: d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv. in l. 6 agosto 2021, n. 136, art. 1, comma 12. Trattasi di norme spesso "neutralizzate" in sede interpretativa da una giurisprudenza che tende a escludere che la violazione sia di per sé capace di legittimare una pronuncia di annullamento: Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3240; Cons. St., sez. VI,

Come noto, l'esigenza di assicurare effettività al principio di pari rappresentazione dei generi si è spesso tradotta nell'imposizione di "quote", che hanno in particolare determinato la previsione di vincoli in sede di presentazione delle liste elettorali (art. 117, comma 7, Cost.)<sup>178</sup>, o di composizione degli organi esecutivi delle amministrazioni locali<sup>179</sup>, secondo norme comunque soggette al contem-

sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7962. In tema: A. SIMONATI, *La giuridificazione della parità di genere in Italia*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. III, *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti, M. Renna, Firenze University Press, Firenze, 2016, 415; S. CAFFIO, *Riserve, precedenze e dimensione di genere nel pubblico impiego*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, cit., 240-241. N. PIGNATELLI, *Parità di genere e commissioni di concorso pubblico: la dequotazione giurisprudenziale della quota*, in *Quad. cost.*, 2020, 404 ss.; S. SCARPONI e E. STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, 2007, 440.

<sup>178</sup> Vedi anche art. 23, Carta dei dir. fond. UE: «Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato»; nello stesso senso dispone l'art. 157, § 4, TFUE: «Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali». Sull'art. 117, comma 7, Cost. si veda in particolare M. CARTABIA, *Il principio di parità fra uomini e donne nell'art. 117, 7° comma*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, a cura di T. Groppi, M. Olivetti, Giappichelli, Torino, 2003, 129 ss.

<sup>179</sup> Per alcune norme attuative: d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 6, comma 3, art. 47, art. 71, comma 3 bis, art. 73, commi 1 e 3; l. 7 aprile 2014, n. 56, art. 1, comma 137. Da ultimo Corte cost., 10 marzo 2022, n. 62, ove è dichiarata l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 71, comma 3 bis, 30, comma 1, lett. d bis, d.lgs. n. 267 del 2000, cit., nella parte in cui non prevedono l'esclusione delle liste che non assicurano la rappresentanza di entrambi i sessi nei Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti; su cui si vedano I. CARLOTTO, *La Corte costituzionale e la promozione delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive in ambito comunale: «versi sciolti» o «rime obbligate?»*, in *Reg.*, 2022, 558 ss.; P. COLASANTE, *Una parità di genere senza ostacoli demografici*, in *Osservatorio AIC*, 2022, 325 ss.; S. GARDINI, *L'effettività del principio di parità di genere nell'accesso alle cariche elettive nei piccoli Comuni*, in *Giustizia insieme*, 2022; T. GROPPI, *Il (ri-)equilibrio di genere alla prova della nuova "stagione" della giustizia costituzionale italiana. Il caso dei piccoli comuni*, in *Federalismi.it*, 2022, 15, 83 ss.; L. LORELLO, *La Corte definisce un altro tassello per l'effettività del principio delle pari opportunità. La sentenza n. 62 del 2022*, in *Consulta on line*, 2022, III, 1230 ss. In generale sulla parità di accesso alle cariche elettive: A. SIMONATI, *La Costituzione "dimenticata". La parità di genere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 19-21; L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it.*, 2021, 7, 59 ss.; S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Editoriale scientifica, Na-

peramento con il “principio di funzionalità” delle amministrazioni pubbliche<sup>180</sup>.

Nulla, o quasi nulla, è disposto invece sul reclutamento nei ruoli apicali delle corrispondenti strutture burocratiche<sup>181</sup>, ove l'esigenza

poli, 2020; G. SORRENTI, *Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzione in base al sesso*, in *Rivista AIC*, 2020, 438 ss.; M. CAIELLI, *Per una democrazia duale: perché il genere dei nostri rappresentanti continua ad avere importanza, in 70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto di genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Giappichelli, Torino, 2019, 93 ss.; B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, 35 ss.; M. D'AMICO, *Rappresentanza politica e genere*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 347 ss. O. POLLICINO, *Storia (e conseguenze) di 'uno strabismo logico': la Corte costituzionale e la parità dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Quad. reg.*, 2004, 75 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali*, Giappichelli, Torino, 2004, 48 ss.; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino, 2003, 13 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002, 238 e 359 ss.; E. OLIVITO, *Azioni positive e rappresentanza femminile: problematiche generali e prospettive di rilancio*, in *Pol. dir.*, 2002, 237 ss. Da ultimo per un'analisi a più voci sulle politiche di genere nelle società quotate in controllo pubblico: M. CALLEGARI, E.R. DESANA e M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2021.

<sup>180</sup> Così Cons. St., sez. V, 3 giugno 2016, n. 406, ove si ammette la possibilità di fornire la prova di un'«obiettiva e assoluta impossibilità di rispettare la percentuale di genere femminile».

<sup>181</sup> Da ultimo si veda il d.l. 30 giugno 2022, n. 36, conv. in l. 29 giugno 2022, n. 79, art. 5, per la previsione di fumose «misure che attribuiscono vantaggi specifici ovvero evitino o compensino svantaggi nelle carriere al genere meno rappresentato», da adottarsi comunque «a parità di qualifica da ricoprire e di punteggio conseguito nelle prove concorsuali», poi tradottesi nella preferenza in caso di «appartenenza al genere meno rappresentato nell'amministrazione che bandisce la procedura in relazione alla qualifica per la quale il candidato concorre». La preferenza – che opera quando il differenziale tra i generi sia superiore al trenta per cento – è nell'elenco dei titoli di priorità collocata soltanto al tredicesimo posto e seguita esclusivamente dalla minor età anagrafica (d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 5, comma 4, lett. o, art. 6, come mod. dal d.P.R. n. 82 del 2023, cit.). Per un'analisi delle misure organizzative, procedurali e programmatiche adottate per favorire la parità di genere nelle amministrazioni (es. istituzione del Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, adozione del piano triennale per le azioni positive, ecc.): E. D'ALTERIO, *Pubblica amministrazione e parità di genere: stato dell'arte e prospettive*, cit., 794 ss. Interessante l'esperienza francese, ove la violazione del principio di eguale rappresentazione dei generi negli impieghi superiori determina ingenti sanzioni amministrative (90.000 euro per unità mancante al raggiungimento della percentuale minima del 40% per il genere sottorappresentato): O. BUI-XUAN, *L'égal accès des fem-*

di una presenza equilibrata dei generi a tutti i livelli della pubblica amministrazione non ha saputo mettere in discussione il modello meritocratico, che è tradizionalmente “*gender blind*”<sup>182</sup>.

D'altra parte l'evoluzione verso un modello “*gender sensitive*” non sembra necessariamente passare attraverso il superamento della meritocrazia, quanto piuttosto richiedere l'implementazione di strumenti utili alla conciliazione della vita e del lavoro, a partire da quelli di supporto alla genitorialità e alla cura di anziani e non autosufficienti<sup>183</sup>, secondo

*mes et des hommes aux fonctions publiques à responsabilités ou les occasions ratées du quinquennat*, in *La Semaine Juridique – Admin. et Coll. terr. (JCP A)*, 2022, 9-10, 1 ss.

<sup>182</sup> Lo stesso carattere meritocratico della selezione concorsuale, basata sull'erogazione di prove che valorizzano la preparazione professionale dei candidati, sembra di per sé destinato a premiare le donne, almeno in sede di primo accesso ai ruoli amministrativi. I dati più recenti sulla composizione dei laureati nelle scienze umane e sociali evidenzia infatti tendenzialmente il prevalere numerico delle femmine sui maschi, che viceversa continuano a essere maggiormente presenti nelle scienze “dure” o Stem (che peraltro portano a impieghi mediamente più lucrativi), vedi: M. ENCINAS-MARTÍN, and M. CHERIAN, *Gender, Education and Skills: The Persistence of Gender Gaps in Education and Skills*, OECD Skills Studies, OECD Publishing, Paris, 2023, 36 in <https://doi.org/10.1787/34680dd5-en> (consultato a luglio 2023). Sul «*gender gap in educational attainment in favour of women*»: OECD, *Joining Forces for Gender Equality: What is Holding us Back?*, cit., 99.

<sup>183</sup> Con la realizzazione di asili nido “aziendali” nelle pubbliche amministrazioni, il convenzionamento con strutture pubbliche o private, o altri strumenti di supporto. Suscita invece qualche perplessità il frequente accostamento di tali strumenti al lavoro agile o “*smart work*”: la stessa norma che per prima ha incentivato la sperimentazione nel settore pubblico di «nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa» è collocata in una disposizione dedicata alla «promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche», ove contestualmente si prevede la stipulazione di «convenzioni con asili nido e scuole dell'infanzia» e l'organizzazione di «servizi di supporto alla genitorialità aperti durante i periodi di chiusura scolastica» (l. 7 agosto 2015, n. 124, art. 14, commi 1 e 2). Sul punto si vedano le recenti Linee guida del Dipartimento per la Funzione Pubblica e del Dipartimento per le Pari Opportunità del 6 ottobre 2022, sulla *Parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, ove «si invita (...) ad evitare che il lavoro agile diventi – come già il part-time – uno strumento rivolto solo alle donne, per favorire le pratiche di conciliazione, al fine di ridurre il rischio che diventi terreno di discriminazione sostanziale.» La mancata frequentazione dei locali di lavoro e con essa la perdita della “pratica di comunità” rischia infatti di tradursi in una spinta all'emarginazione delle lavoratrici; allo stesso tempo le responsabilità familiari del lavoratore (*rectius* lavoratrice) agile rischiano di aumentare in ragione di una distorta percezione dello “stare a casa” da parte dei conviventi, con il perverso effetto di generare ulteriore conflitto tra lavoro e famiglia: in tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *Lavoro agile e pubblica amministrazione: “nel mezzo delle difficoltà nascono le opportunità”?* *Cenni all'esperienza piemontese*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2021, in [www.piemonteaonomie.it](http://www.piemonteaautonomie.it). Osserva come «l'incen-

una declinazione ispirata ad una *ratio* di eguaglianza sostanziale *sub specie* di parità delle condizioni di partenza che ha sinora trovato un limitato accoglimento nelle più diffuse interpretazioni del disposto costituzionale in tema di accesso agli impieghi pubblici. Pur se le politiche basate sulle quote possono essere utilizzate con finalità *lato sensu* “risarcitorie” per periodi di tempo definiti, e anche se si può ammettere il sacrificio dei diritti dei terzi che ne deriva, esse non comportano facilmente un ribaltamento del modello esistente, ma al più determinano l’esclusione, tra gli uomini, dei più deboli e meno forniti di strumenti culturali, economici e sociali, diversamente da quanto probabilmente si otterrebbe con l’adozione di misure alternative a carattere seriamente redistributivo<sup>184</sup>.

### 5. *La crisi del principio meritocratico*

L’affermarsi dello stato pluriclasse e del modello democratico-sociale del XX secolo ha portato al riconoscimento di sistemi di distribuzione e redistribuzione delle risorse basati su criteri diversi, “immanenti ai beni” distribuiti<sup>185</sup>, che in particolare hanno condotto alla valorizzazione del bisogno quale criterio alternativo (o concorrente con) al merito<sup>186</sup>, d’accordo con prospettazioni riconducibili, nel nostro ordinamento, al principio costituzionale di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

tivo al ricorso a modalità flessibili di lavoro – sul piano temporale o nella forma del telelavoro o del lavoro agile («*smart working*») – pare introdurre nella costruzione di genere un diverso approccio alle forme lavorative che non aiuta la piena (ri)emancipazione della donna»: G. MAESTRI, *Genere*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VIII, Utet, Torino, 2021, 185 ss. Per un fugace cenno alla sottovalutazione del rischio di un «effetto di segregazione femminile di ritorno»: B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 222.

<sup>184</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., 159: coloro cui si negheranno le cariche per effetto delle riserve saranno gli aspiranti (in questo caso uomini) più emarginati; «riservare le cariche non realizzerà la profezia biblica secondo cui gli ultimi saranno i primi, al massimo garantirà che gli ultimi siano penultimi».

<sup>185</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., 26 ss.; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, 24 ss. In tema anche B.A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State* (1980), trad. it a cura di S. Sabatini, *La giustizia sociale nello stato liberale*, il Mulino, Bologna, 1984, 319 ss.; G. CALABRESI e P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 174 ss.

<sup>186</sup> Il bisogno è criterio prevalente per la distribuzione di benefici relativi ai servizi pubblici e sociali, pur se espresso con formulazioni e secondo accezioni diverse, potendo essere pauperistico (mancanza di mezzi economici), o non pauperistico (situazioni di malattia o disabilità, situazioni familiari svantaggiate o condizionamenti ambientali): H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, cit., 424-425.

Le sollecitazioni in tal senso hanno, come noto, anzitutto determinato l'affermazione della parità di *chances*, e dunque dell'*eguaglianza di partenza* come principio perequativo cui dare attuazione per una società più "giusta", secondo un modello che impone di correggere, o "neutralizzare", le disparità derivanti da condizioni iniziali di svantaggio non dovute a responsabilità individuale o a libera scelta<sup>187</sup>, per consentire a tutti gli individui uguali opportunità di accesso a risorse economiche, sociali ed educative e permettere così a ciascuno una piena realizzazione personale<sup>188</sup>.

Le dottrine egualitarie più radicali arrivano a declinare il principio come *eguaglianza di risultato*, a fronte di una riduzione delle diseguaglianze di partenza dimostratasi largamente insufficiente in società caratterizzate da una mobilità sociale sempre più scarsa e dall'acuirsi delle sperequazioni<sup>189</sup>. Lo spettro degli ostacoli insuperabili che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana tende ad allargarsi, suggerendo nuovi bilanciamenti tra valori contrapposti capaci di tradursi con maggior facilità nella diretta attribuzione dei beni contesi<sup>190</sup>, o quantomeno in periodiche redistribuzioni delle risorse utili a rendere effettive le possibilità di accesso<sup>191</sup>. Non manca chi denuncia la parità di *chances* come ideale irrealizzabile e dimo-

<sup>187</sup> H. CAROLI CASAVOLA, *op. ult. cit.*, 472.

<sup>188</sup> All'eguaglianza delle condizioni di partenza, intesa come eguale distribuzione dei «diritti legali di accesso a tutte le posizioni sociali vantaggiose» sono preferite letture attente a un'equa distribuzione dei «beni primari», e cioè di «diritti, libertà, opportunità, reddito e ricchezza»: J. RAWLS, *Theory of Justice* (1971, 1999), trad. it. a cura di U. Santini, revisione e cura di S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, VI ed., 2021, 86, 103; in altri casi il riferimento è all'eguaglianza di «risorse»: R. DWORKIN, *The theory and Practice of Equality* (2000), trad. it. a cura di G. Bettini, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002, 61 ss.; o delle «capacità di acquisire funzionamenti»: A.K. SEN, *Inequality Reexamined* (1992), trad. it. a cura di A. Balestrino, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, il Mulino, Bologna, 1994, 63 ss.

<sup>189</sup> Per un'analisi recente dei dati indice di mobilità sociale inter e intragenerazionale: E. GRANAGLIA, *Uguaglianza di opportunità. Sì, ma quale?*, cit., 23 ss., cui si rinvia anche per la critica alla contrapposizione "semplicistica" tra uguaglianza di opportunità e uguaglianza di risultato, cui si preferisce piuttosto quella tra uguaglianza di opportunità e uguaglianza di capacità (p. 5, 6, 44). Per un'analisi degli effetti dell'ereditarietà sociale vedi già C. BARONE, *Le trappole della meritocrazia*, il Mulino, Bologna, 2012, 61 ss.

<sup>190</sup> Per il riferimento a una condizione «ineludibile e soprattutto non definitiva di bilanciamento "continuo" tra valori costituzionali, e tra questi e le "emergenze" sociali e politiche con le quali il discorso giuridico (...) è chiamato confrontarsi»: A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., 268.

<sup>191</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, cit., 90 ss.

stratosi incapace di garantire la pace sociale, o ancora chi critica la declinazione dei rapporti socio-economici nei termini di un'esacerbante competizione per lo sviluppo e la soddisfazione delle ambizioni individuali<sup>192</sup>.

Tali analisi hanno condotto a una netta messa in discussione del modello meritocratico, che ha preso l'avvio con l'originaria elaborazione – in chiave critica – della stessa espressione “meritocrazia”<sup>193</sup>, intesa a esprimere i tratti salienti di un modello di società di cui è quantomeno dubbia la capacità di realizzare un ideale di giustizia idoneo a compensare gli effetti della “lotteria naturale”<sup>194</sup>. Alla crisi del principio ha concorso l'emergere delle più gravi storture dell'economia finanziaria globale, che ha ancor più incrinato le convinzioni circa la capacità della concorrenza di premiare i più “meritevoli” (sempre che al merito voglia darsi, come per lo più accade, una connotazione morale)<sup>195</sup>.

Trattasi di critiche che, pur muovendosi da punti di vista diversi<sup>196</sup>, si appuntano sul carattere “immeritato” della maggior parte dei meriti presi in considerazione nelle dinamiche distributive, in quanto coincidono con “talenti”, “doti” o “abilità innate” riconducibili alla genetica (c.d. lotteria naturale), o con altre risorse personali sviluppatesi grazie all'ambiente familiare, sociale ed educativo di provenienza<sup>197</sup>,

<sup>192</sup> Da ultimo M.J. SANDEL, *La tirannia del merito*, cit., 224. Sulla contrapposizione tra eguaglianza nei punti di partenza ed eguaglianza nei punti di arrivo si vedano: Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 90 ss.; A. GIORGIS, *Commento all'art. 3, comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, vol. I, Utet, Torino, 2006, 97 ss.; sull'intersezione tra i problemi di giustizia e quelli di utilità comune: A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, cit., 107.

<sup>193</sup> Prevalentemente attribuita a M. YOUNG, *The rise of the meritocracy* (1958), trad. it. *L'avvento della meritocrazia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, che descrive una distopica (e satireggiante) società britannica del 2033, in cui le applicazioni del principio del merito sono portate alle estreme conseguenze, conducendo sostanzialmente a riprodurre la società per ceti d'*Ancien Régime*.

<sup>194</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 87.

<sup>195</sup> Per una sintesi recente si veda Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 89, ove si evidenzia come il merito non sia «il criterio ottimale di allocazione delle risorse, sociali ed economiche» né per i liberali conservatori, né per i sostenitori dell'egualitarismo assoluto.

<sup>196</sup> Che si tratti della prospettiva liberista di F. von HAYEK, in *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2: *The Mirage of Social Justice* (1976), trad. it. a cura di A. Petroni e S. Monti Bragadin, *Legge, legislazione e libertà: una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Il saggiatore, Milano, 1986; oppure di quella egualitarista di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 25 ss., 113-115.

<sup>197</sup> Il principio di “equa opportunità” può essere realizzato soltanto in modo imperfetto, «almeno fino a quando esisterà qualche forma di famiglia (...)» poiché «persino la volontà di tentare, di impegnarsi, e di essere quindi meritevoli (...) dipende da una

secondo elementi non modificabili, o non efficacemente modificati, dalle politiche pubbliche di perequazione. A derivarne sono tesi che propugnano lo “smascheramento” dell’ideale politico dell’eguaglianza di partenza propagatosi nella storia ideologica dell’occidente «dal repubblicanesimo giacobino (...) alla retorica napoleonica dell’*homo novus*, al mito del *self-made man* americano»<sup>198</sup>. La considerazione vale tanto per le capacità innate dell’individuo, quanto per quelle acquisite con l’impegno e l’abnegazione (*effort*)<sup>199</sup>, o – usando il linguaggio della Costituzione – tanto per le “possibilità” che per le “scelte” che pur dovrebbero determinare la distribuzione delle “attività” e “funzioni” con cui i singoli assolvono al dovere di concorrere «al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2, Cost.)<sup>200</sup>.

Da tali osservazioni vanno distinte quelle che mettono in discussione il principio del merito in ragione dell’ambiguità della stessa nozione<sup>201</sup>, oppure quelle che – criticando i sistemi di valutazione – paiono confondere il principio con le sue applicazioni: tra queste in particolare si annoverano le tesi che evidenziano i rischi insiti nei modelli di valutazione imperanti, poiché si muovono secondo criteri incerti, talora ideologicamente orientati o sospetti di essere tali, o

famiglia felice e dalle circostanze sociali»: J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 87. Benché criterio immanente alla distribuzione dei beni di cui si tratta, il merito può rivelarsi insufficiente a garantire a ogni individuo uno statuto effettivo di pari opportunità: A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, cit., 46-47.

<sup>198</sup> Così di recente R. BRIGATTI, *Il giusto a chi va. Filosofia del merito e della meritocrazia*, cit., 77.

<sup>199</sup> Nello stesso senso, per la distinzione tra “talenti” (innati) e “meriti”, che passa attraverso il riconoscimento ai primi di una “*possibilità di achievement*” (ricompensa) intesa a realizzarne la trasformazione in meriti: J.H. GOLDTHORPE, *I problemi della meritocrazia*, in *Stato e mercato*, 1994, 10; per una sintesi delle varie “categorie logiche” del merito vedi anche H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, cit., 433-434.

<sup>200</sup> Secondo taluno tali tesi sfiorano il determinismo: in tal senso M. SANTAMBROGIO, *Il complotto contro il merito*, Laterza, Bari-Roma, 2021, 39 ss. Altri ritengono che siano in contraddizione con l’obiettivo di pieno sviluppo della personalità dell’individuo (art. 2 Cost.): così ad es. M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., 46.

<sup>201</sup> Così ad es. J.H. GOLDTHORPE, *I problemi della meritocrazia*, cit., 12 ss.; ma anche più di recente R. BRIGATTI, *op. ult. cit.*, 49 ss. Secondo M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., 142, più che di merito occorrerebbe parlare di *qualifica*, posto che per alcune cariche si richiedono solo qualifiche minime e finiscono per essere distribuite sulla base del criterio del “primo arrivato, primo servito”, per cui è inappropriato parlare di merito. Per altre potrebbero esserci individui pur meritevoli che non meritano nessuna carica, così come ci sono individui qualificati che devono cedere il passo ai più qualificati.

perché assegnano un ruolo a valutatori privi di legittimazione democratica o scientifica<sup>202</sup>.

A risultare contraddetta è la tesi per cui la valorizzazione del merito sia lo strumento ottimale per la liberazione del bisogno<sup>203</sup>, senza che tuttavia si giunga all'individuazione di alternative o correttivi effettivamente convincenti<sup>204</sup>.

Benché il dibattito abbia per lo più investito il diritto di fruire di prestazioni che non costituiscono esercizio di sovranità<sup>205</sup>, e tra questi anzitutto l'accesso all'istruzione superiore nei sistemi a numero chiuso<sup>206</sup>, più di recente l'intero sistema di istruzione<sup>207</sup>, non mancano, anche nell'ordinamento italiano, applicazioni del criterio del bisogno per l'accesso agli impieghi pubblici che hanno imposto limiti o riletture del principio concorsuale.

È cioè possibile individuare ipotesi in cui la differenziazione tra individui in sede di reclutamento risponde a una *ratio* che, pur essendo estranea alla valutazione di professionalità e moralità dei candidati, non è direttamente correlata al perseguimento di interessi della pubblica amministrazione – e nemmeno risponde all'esigenza di garantire l'effettività dell'indirizzo politico (come nel caso dello *spoils system*<sup>208</sup>) –, ma piuttosto persegue interessi pubblici coincidenti con

<sup>202</sup> Per un'analisi recente si veda M. BOARELLI, *Contro l'ideologia del merito*, cit., 14 ss.

<sup>203</sup> In tal senso da ultimo M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., 56, che richiama in particolare L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Einaudi, Torino, 1967, 246 ss.

<sup>204</sup> Per il suggerimento dell'estrazione a sorte per la selezione nell'accesso all'università si veda: M.J. SANDEL, *La tirannia del merito*, cit., 186-187.

<sup>205</sup> Secondo l'espressione usata da G.F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Cedam, Padova, 1984, 164.

<sup>206</sup> Rilevano altresì l'accesso ai cicli inferiori di studio, alle prestazioni sanitarie, all'occupazione e alle prestazioni che soddisfano quelli spesso indicati come "diritti sociali".

<sup>207</sup> Evidenzia come la Costituzione imponga uno «specifico e autonomo criterio distributivo» per ciascun ambito sociale («eguaglianza complessa»), da ultimo: M. LOSANA, *Merita il merito?*, in *Lacostituzione.info*, 9.11.2022; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, cit., 20 ss.

<sup>208</sup> Ben altra questione è quella sottesa all'individuazione di modelli di *spoils system* in alternativa al *merit system*, modelli che pure sono normalmente menzionati tra le eccezioni al principio del merito perché tesi a premiare elementi di consonanza politica e fiduciaria piuttosto che titoli e capacità professionali. In questa sede possono richiamarsi al più nella prospettazione che ne coglie il fondamento nel principio democratico, atteso che lo *spoils system* rafforza l'effettività delle decisioni di indirizzo assunte dagli organi a legittimazione rappresentativa e può dunque costituire un argine alle derive tecnocratiche e all'ergersi di una classe burocratica autolegittimantesi. In merito si veda *infra*, capitolo III, spec. nt. 120.

più ampie esigenze di solidarietà e giustizia sociale (art. 2 e 38, Cost.). Trattasi di ipotesi in cui la funzione di autorganizzazione, di cui sono normalmente espressione i procedimenti di reclutamento, finisce con il coincidere, se non divenire subalterna, rispetto alla funzione distributiva normalmente esercitata in sede di disciplina dell'accesso ai servizi pubblici e sociali<sup>209</sup>.

Così, quote riservate o altri peculiari adattamenti dei procedimenti di selezione sono ammessi per disabili e altre "categorie protette", in ragione di una declinazione del principio di eguaglianza sostanziale come rimedio alle disparità nelle condizioni di partenza (art. 3, comma 2, Cost.)<sup>210</sup>, che s'impone allo stesso modo a datori di lavoro pubblici e privati.

In altri casi è una logica retributiva che impone il reclutamento diretto dei familiari più stretti di coloro che, nell'interesse della nazione, abbiano compiuto il sacrificio estremo della propria vita<sup>211</sup>, o di quanti abbiano consentito a metterla in «pericolo serio, concreto e attuale» per finalità di pubblico interesse (testimoni di giustizia)<sup>212</sup>. Una "visione sociale" dell'impiego pubblico è correlata inoltre alla previsione di molti dei titoli di preferenza destinati a operare a parità di merito tra i candidati<sup>213</sup>.

Pur eccettuando al principio meritocratico, non si pone invece in deroga rispetto a quello di eguaglianza formale il procedimento

<sup>209</sup> Con i procedimenti di assunzione l'amministrazione esercita la funzione di autorganizzazione e non quella distributiva: H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, cit., 538. Altro è la storica utilizzazione dell'amministrazione come strumento di "ammortizzazione sociale", specie per favorire l'occupazione nelle regioni a minor sviluppo industriale: in tema C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1954, 253; E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, cit., 36; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 566.

<sup>210</sup> Principio rafforzato dalle fonti dell'ordinamento dell'Unione europea ove è fissato l'obiettivo di lottare contro le esclusioni e di promuovere un mercato del lavoro di tipo "inclusivo" (art. 9, 19, 151-153, TFUE).

<sup>211</sup> Figli e coniuge degli agenti delle forze armate e delle forze dell'ordine, dei vigili del fuoco e della polizia municipale deceduti in servizio, ma anche delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata: d.lgs. n. 165 del 2001, art. 35, comma 2.

<sup>212</sup> L. 11 gennaio 2018, n. 6, recante *Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia*, art. 7, lett. h, ove si estende ai testimoni di giustizia (o in alternativa ai familiari più stretti di questi) il diritto al collocamento obbligatorio, in ogni caso «con qualifica e con funzioni corrispondenti al titolo di studio e alle professionalità possedute, fatte salve quelle che richiedono il possesso di specifici requisiti».

<sup>213</sup> Per una rassegna delle previsioni in tal senso: R. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, cit., 747-750.

previsto per gli impieghi a minor qualificazione professionale (per i quali è richiesto il solo diploma di scuola dell'obbligo): l'amministrazione attinge infatti a liste tenute dai servizi incaricati della gestione delle politiche attive del lavoro (centri per l'impiego<sup>214</sup>), pur sempre compilate secondo criteri imparziali e oggettivi, benché ispirati a finalità a carattere perequativo.

Trattasi di ipotesi circoscritte e per lo più relegate al reclutamento nei ruoli iniziali dell'amministrazione<sup>215</sup>. Al contrario le finalità perequative non sono state ritenute sufficienti a legittimare le ben più cospicue deroghe al principio del concorso spesso invocate a beneficio di dipendenti pubblici di ruolo (concorsi interni) o "precari" (stabilizzazioni). L'esigenza di offrire ai singoli una prospettiva di carriera, o di consentire una maggior stabilità delle prospettive di vita e lavoro, non valgono a superare la preminenza dell'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, comma 2, Cost.)<sup>216</sup> garantito dalla piena apertura delle selezioni, da intendersi come primaria condizione di effettività del principio del merito.

Ben diversa è la questione che si è posta in altre esperienze nazionali (es. Francia, Regno Unito, Stati Uniti), ove il dibattito ha investito in misura significativa l'accesso agli impieghi di vertice, anche se, a ben vedere, ciò è avvenuto in sistemi di reclutamento che paiono finalizzati a "selezionare un'élite", piuttosto che a individuare i candidati più idonei in considerazione delle esigenze dell'amministrazione<sup>217</sup>. Modelli nei quali sono ricercati determinati "profili

<sup>214</sup> I centri per l'impiego hanno ormai da tempo sostituito i preesistenti uffici del collocamento: d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181, *recante norme per agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro*, come mod. in particolare dal d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 29, e poi d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150, *Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive*, artt. 11 e 18. Da ultimo si veda il d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 1, comma 4, art. 24, come mod. dal d.P.R. n. 82 del 2023, cit.

<sup>215</sup> La riserva in favore dei congiunti delle vittime del dovere può essere invocata solo per il primo accesso all'impiego, non per le progressioni in carriera: Cons. St., sez. III, 16 maggio 2023, n. 4854.

<sup>216</sup> *Amplius infra*, capitolo IV, par. 3. Nonostante tale orientamento, il legislatore continua a cedere alla tentazione di derogare al principio del concorso con norme di stabilizzazione o concorsi riservati al personale: in tema vedi *amplius infra*, capitolo IV, par. 5. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*, in *Istit. fed.*, 2021, 417 ss.

<sup>217</sup> In Italia la questione è stata posta di recente con riferimento ad alcune carriere di particolare prestigio (dirigenza statale, magistratura, prefettura, diplomazia): R. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, cit., 727 ss.

culturali”, con l’espletamento di concorsi che assumono i caratteri di “riti di iniziazione” a forte valenza identitaria, ove si vuole offrire ai candidati la possibilità di “riconoscersi” in un gruppo peculiare, in cui è residuale il profilo di accertamento di qualità *stricto sensu* professionali<sup>218</sup>.

Anche in Italia, d’altra parte, vi era chi alla fine del XIX secolo osservava l’ereditarietà “di fatto” delle classi politiche, perché anche «(...) quando i gradi accademici, la coltura scientifica, le attitudini speciali provate per mezzo di esami e concorsi aprono l’adito alle cariche pubbliche, non si distrugge quel vantaggio speciale a favore di taluni (...)», e «per quanto esami e concorsi siano teoricamente aperti a tutti, alla maggioranza manca sempre l’agiatezza necessaria per sopperire alle spese di una lunga preparazione (...)»<sup>219</sup>.

Negli ordinamenti cui si è fatto cenno, tale crisi del modello meritocratico ha condotto all’elaborazione di correttivi finalizzati ad assicurare la “diversità” dell’amministrazione pubblica, e cioè la sua capacità di porsi effettivamente a “specchio della Nazione”, accogliendo tutte le componenti sociali ed etniche che siano in questa rappresentate (proporzionalmente o meno rispetto alla composizione della *societas*)<sup>220</sup>, con finalità spesso anche “risarcitorie” rispetto a secoli di discriminazione e segregazione razziale<sup>221</sup>.

<sup>218</sup> In tal senso J. ZILLER, *Egalité et mérite*, cit., 83; M. DE SAINT MARTIN, *Les recherches sociologiques sur les grandes écoles: de la reproduction à la recherche de justice*, in *Education et sociétés*, 2008, 95 ss.; J.F. KESLER, *Le pire des systèmes... à l’exception de tous les autres: de l’énarchie, de la noblesse d’État et de la reproduction sociale*, Albin Michel, Paris, 2007; J. LEGENDRE, Y. BODIN, *Diversité sociale dans les classes préparatoires aux grandes écoles: mettre fin à une forme de délit d’initié*, Paris, Sénat, 2007; V. AZIMI, *Considérations inactuelles et actuelles sur l’élitisme républicain et l’administration française*, in *Les élites administratives en France et en Italie*, sous la direction de V. Azimi, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2006, 19 ss.; V. ALBOUY, T. WANECQ, *Les inégalités sociales d’accès aux grandes écoles*, in *Economie et statistique*, 2003, 361, 44 ss.; J.B. AUBY, *Réflexions sur la réforme de l’encadrement supérieur de l’Etat*, cit., 14-15.

<sup>219</sup> Il corsivo nel testo è aggiunto alla citazione tratta da G. MOSCA, *Elementi di scienza politica* (1896), V ed., vol. I, Laterza, Bari, 1953, 95, che così continua «ed a molti altri fanno difetto le relazioni e le parentele, per le quali un individuo è messo subito sulla *via buona* e si evitano i tentennamenti e gli sbagli inevitabili quando si entra in un ambiente sconosciuto, nel quale non si hanno guide ed appoggi». La critica si estendeva alle qualità morali quali «forza di volontà, coraggio, orgoglio, energia di carattere», cui pure contribuiscono «più di quanto comunemente si crede le tradizioni di famiglia e le abitudini della classe in cui viviamo».

<sup>220</sup> La ricerca di una maggiore “democratizzazione” è uno degli obiettivi che hanno ispirato la recente riforma dell’ENA, divenuta *Institut National du Service Public* (INSP), d’accordo con l’impegno del presidente della Repubblica a «*ouvrir la haute fonction publique*» (in tema F. THIRIEZ, *Rapport Mission Haute Fonction*

Ciò si è tradotto nell'introduzione di quote riservate o in altre azioni positive talora a vantaggio di determinate minoranze (religiose, etniche, linguistiche), talaltra di individui in realtà proveniente dalla maggioranza della popolazione che si ritrova ad essere normalmente esclusa dall'accesso ai posti di livello superiore<sup>222</sup>.

La deroga alla piena applicazione del principio meritocratico non è andata esente da critiche, specie in ragione di supposte "discriminazione a rovescio"<sup>223</sup>, spesso determinando passi indietro o letture riduttive

*Publique. Propositions*, 30 janvier 2020, 31 ss.). L'attuazione concreta del programma politico sembra tuttavia avere limitate ricadute sulle istanze di giustizia sociale (ad es. il programma «*Talents du service public*», destinato al reclutamento di un limitato numero di candidati secondo criteri sociali): A. TAILLEFAIT, *Les portes de l'Institut national du service public*, in *Revue française d'administration publique (RFDA)*, 2023, 513 ss.; ID., *Dossier: L'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État, Les dispositions générales*, *ivi*, 2021, 867 ss.; E. AUBIN, *La transformation des modes de recrutement des agents publics. Quid novi en 2023?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2023, 1272 ss.; F. MELLERAY, *La réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'Etat*, *ivi*, 2021, 1443 ss.; P. BOURDON, *L'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 relative à la haute fonction publique: vers de nouveaux parcours professionnels pour les cadres supérieurs de l'État*, *cit.*, 19, ove l'abolizione è considerata una misura "mediatica"; aspramente critico anche O. BEAUD, *Le rapport Thiriez sur la haute fonction publique. Entre propositions iconoclastes et banalités manageriales*, in *La semaine juridique - Ed. gén.*, 2020, 13, 652 ss. Per riflessioni critiche sull'Ena si vedano già: P.H. D'ARGENSON, *Réformer l'Ena, réformer l'élite*, L'Harmattan, Paris, 2008; Y.T. DE SILGUY, *Moderniser l'Etat: le cas de l'ENA*, Ministère de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat e de l'aménagement du territoire, Paris, 2003; Y. CANNAC, *Faut-il maintenir le monopole de l'ENA?*, in *Pouvoirs*, 1997, 80, 67 ss.; J. RICHARD, *A quoi sert l'ENA pour l'administration?*, *ivi*, 1997, 13 ss.; J. RIGAUD, *Mythes et réalités de l'ENA*, *ivi*, 1997, 5 ss.; J. CHEVALLIER, *L'élite politico-administrative: une interpénétration discutée*, *ivi*, 1997, 89 ss.; V. WRIGHT, *Démocratiser l'élite administrative française: regard d'un Britannique*, *ivi*, 1997, 101 ss.; J.F. KESLER, *L'énarchie n'existe pas*, *ivi*, 1997, 23 ss.; ID., *L'E.N.A., la société, l'Etat*, Berger-Levrault, Paris, 1985; P. LEGENDRE, *Miroir d'une Nation. L'École Nationale d'Administration*, Arte Editions, Paris, 1999.

<sup>221</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 157.

<sup>222</sup> Sulla differenza tra «*reservations*» e «*affirmative actions*»: Z. HASAN, *Politics of inclusion, Castes, Minorities and Affirmative Actions*, Oxford University Press, New Delhi, 2009, 6. Cfr. anche M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008, 3 ss.

<sup>223</sup> La Corte suprema americana da ultimo ha affossato quello che restava delle *affirmative actions* per l'accesso all'università, in ragione di una rigida interpretazione dell'eguaglianza formale, di cui non è ammesso il bilanciamento con il vantaggio educativo derivante da un corpo studentesco "diverso" per composizione etnica o razziale; tale beneficio è ritenuto non sufficientemente ponderabile e dunque inidoneo a legittimare il sacrificio del principio di eguaglianza formale e «*colorblindness*» delle politiche educative: *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. (2023)

delle misure perequative. Così, si è finito con il garantire ai beneficiari il pari diritto ad acquisire un risultato (ad es. con la riserva di una quota delle candidature nei concorsi) e non già la garanzia del risultato stesso, passandosi dalle *affirmative actions* al c.d. “*diversity management*”<sup>224</sup>.

Quel che pare di interesse in tali strumenti è la prospettazione che, combinando l’argomento utilitarista a quello idealista<sup>225</sup>, ne valorizza la componente funzionale all’efficacia e al buon andamento dell’amministrazione: non solo essi danno accesso a opportunità di promozione sociale a individui che ne sarebbero altrimenti esclusi (coerentemente con la prospettiva personalista e il principio di eguaglianza sostanziale) e offrono altresì una “riparazione” a secoli di discriminazione, con indiscutibili effetti di riduzione della conflittualità e di pacificazione sociale. Ma ancor più rilevano in quanto capaci di favorire il consolidarsi dell’identità nazionale in stati multinazionali (a partire da quella che è stata l’esperienza dell’unificazione amministrativa del Regno d’Italia)<sup>226</sup> o, specie nelle situazioni di elevata conflittualità sociale, di rafforzare la legittimazione delle organizzazioni pubbliche facilitando l’accettazione (o non contrapposizione) alle decisioni da questa assunte<sup>227</sup>. L’amministrazione, infatti, diviene in tal modo effettivamente rappresentativa di tutte le componenti sociali, ove il passaggio dalla rappresentanza “passiva” a quella “attiva”<sup>228</sup> agevola

<sup>224</sup> J.E. KELLOUGH, *Understanding affirmative action: politics, discrimination and the search for justice*, Georgetown University Press, Washington, 2007, 69.

<sup>225</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it. a cura di N. Muffato, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010, 334 ss.

<sup>226</sup> Sul tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, “*Al servizio dell’integrazione*”: *il funzionario pubblico europeo*, in *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 559-562, e alla dottrina ivi citata, tra cui in particolare S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, il Mulino, Bologna, 2014, 54; G. MELIS, *Gli impiegati pubblici*, in *Impiegati*, cit., 20-21.

<sup>227</sup> Sul modello della c.d. *representative bureaucracy* e sulla sua applicazione all’amministrazione pubblica europea (intesa come un *continuum* delle istituzioni dell’Unione e delle amministrazioni nazionali incaricate dell’esecuzione delle politiche europee) si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 87 ss. Si veda inoltre la dottrina ivi citata, a partire da D.J. KING-SLEY, *Representative Bureaucracy*, Yellow Springs, Ohio, 1944. Più di recente mette in discussione la capacità di un reclutamento mirato delle minoranze razziali di arginare pregiudizi e ridurre le tensioni tra forze di polizia e comunità locali: J. SHJARBACK, S. DECKER, J.J. ROJEK & R.K. BRUNSON, *Minority Representation in Policing and Racial Profiling: A Test of Representative Bureaucracy vs Community Context*, in *Policing: Int’l J. Police Strat. & MGMT*, 2017, 40, 748; X. WANG, J. READY, G. DAVIES, *Race, Ethnicity, and Perceived Minority Police Presence: Examining Perceptions of Criminal Injustice among Los Angeles Residents*, in *Law & Soc’y Rev.*, 2019, 53, 706.

<sup>228</sup> K.J. MEIER, *Le lien entre représentativité passive et active de l’administration*, in

anzitutto l'azione degli agenti a contatto con l'utenza, sia che si tratti di quanti erogano prestazioni di servizio pubblico, sia che si abbia riguardo all'esercizio di funzioni d'autorità.

È in ultima analisi il principio del buon andamento dell'amministrazione<sup>229</sup> a dar fondamento sia alla (prevalente) utilizzazione del merito come criterio di selezione dei funzionari, sia alle sue più feroci critiche. La comparazione meritocratica è irrinunciabile in quanto l'amministrazione necessita di determinati saperi e saper fare per il "capacity building" dei suoi apparati<sup>230</sup>, anche ove del merito si voglia accogliere una declinazione plurale, pur sempre legittimata esclusivamente da ragioni di interesse pubblico<sup>231</sup>. Il principio del buon andamento legittima tuttavia anche l'utilizzazione di criteri altri, che valorizzino appartenenze etniche, religiose, linguistiche, o condizioni socioeconomiche di bisogno, per escludere le appartenenze viceversa incompatibili con l'esercizio delle funzioni, o per garantire una maggiore autorevolezza e capacità di integrazione dei pubblici poteri grazie alla predisposizione di apparati pluralisti e rappresentativi di tutte le componenti sociali.

*Revue Française d'Administration Publique (RFAP)*, 2006, 2, 118, 268 e ss. Da ultimo CE, 13 juillet 2021, n. 452060, *assoc. pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine*, in *La Semaine Juridique - Admin. et coll. terr. (JCP A)*, 2021, 47, 1 ss., con nt. di H. PAULIAT, *L'égalité des critères sociaux pour intégrer un cycle de formation préparant aux concours de la fonction publique*. Si vedano inoltre: R. SÉNAC, *La promotion de la diversité dans la fonction publique: de l'héritage républicain à une méritocratie néolibérale*, in *Revue française d'Administration Publique (RFAP)*, 2015, 153, 165; Conseil d'orientation des politiques de ressources humaines, *Mixité sociale, diversité et principe d'égal accès aux emplois publics: quelle ouverture des recrutements dans la fonction publique*, 26 avril 2017, in [www.fonction-publique.gouv.fr](http://www.fonction-publique.gouv.fr); molti riferimenti sono offerti dalla bibliografia pubblicata dall'Ena, *Ouverture sociale et diversité dans la fonction publique et les grandes écoles*, novembre 2020, in [www.ena.fr](http://www.ena.fr) (consultato ad agosto 2022). Il modello francese è incompatibile con la teoria della *Representative Bureaucracy* poiché la *fonction publique* è al servizio dell'interesse pubblico e non della popolazione; così A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, cit., 170-178.

<sup>229</sup> Nel lessico nordamericano il riferimento è ridotto al canone di efficienza: M.J. SANDEL, *The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?*, cit., 39. Per una critica al principio di efficienza: J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 82 ss.

<sup>230</sup> Così come gli esami di abilitazione per l'accesso alle professioni rispondono a esigenze di tutela della collettività e dei committenti (pur senza tuttavia sottrarsi al rischio di favorire atteggiamenti corporativi e di perpetuazione delle élites): Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 409 ss., con ampi rinvii alla giurisprudenza costituzionale.

<sup>231</sup> Secondo quanto affermato dal Conseil Constitutionnel, 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'École nationale d'administration*, citata da R. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, cit., 762.

Ciò senza che la distribuzione degli impieghi secondo il merito abbia a intendersi in chiave oppositiva rispetto all'esigenza di promozione sociale e liberazione dal bisogno<sup>232</sup>: è in fondo proprio il principio dell'eguaglianza delle condizioni di partenza, riletto in chiave "democratica"<sup>233</sup>, a richiedere una selezione dei funzionari idonea ad assicurare la capacità delle organizzazioni pubbliche di erogare *ovunque e a chiunque* prestazioni di qualità elevata, contrapponendosi a quelle letture che viceversa si accontentano di standard eguali nel minimo<sup>234</sup>. Il talento – quantunque immeritato – dà diritto «a tutto ciò che si può ottenere in accordo con le regole di un sistema equo di cooperazione sociale», cioè purché impiegato «anche a vantaggio dei meno fortunati» (principio di differenza)<sup>235</sup>. E la conclusione s'impone di tutta evidenza ove si voglia effettivamente consentire attraverso l'erogazione dei servizi pubblici e l'esercizio delle funzioni amministrative un'effettiva "neutralizzazione" della lotteria naturale (c.d. meritocrazia sostanziale)<sup>236</sup>.

Si dimentica infatti troppo spesso che la capacità dell'organizzazione pubblica di adempiere ai compiti di pubblico interesse ad essa affidati riposa anzitutto sulla capacità e adeguatezza delle sue componenti, che si tratti delle risorse materiali (dagli edifici ai banchi di scuola, dai *software* in uso all'amministrazione alle attrezzature mediche e così via), o delle persone che in essa operano (art. 118, comma 1, Cost.).

<sup>232</sup> Con l'apparente superamento della tradizionale contrapposizione tra liberalismo ed egualitarismo, su cui N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., 36-38.

<sup>233</sup> Le «(...) risorse per l'istruzione non devono essere ripartite esclusivamente o principalmente secondo la loro probabile resa in termini di capacità produttive apprese, ma anche a seconda della loro capacità di arricchire la vita personale e sociale dei cittadini, compresi i meno favoriti tra loro»: J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 116.

<sup>234</sup> Si veda G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, cit., 39, 48. Negli USA la lettura tipica sostiene che il diritto all'istruzione sia sufficientemente protetto ove siano erogate prestazioni idonee ad assicurare un minimo "adeguato" (c.d. "minimal sufficiency"), poiché la Costituzione non garantisce a tutti i cittadini il diritto a un'istruzione di qualità omogenea; non si tratta in ogni caso di un diritto fondamentale: *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973). Non sembra una lettura molto lontana da quella prevalente nel nostro ordinamento in materia di livelli essenziali di assistenza in ambito sanitario, ove questi sono spesso intesi come standard "minimi", volti ad evitare che gli utenti «debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato»: Corte cost., 10 giugno 2010, n. 207; Corte cost., 2 luglio 2009, n. 200.

<sup>235</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 89, 111.

<sup>236</sup> G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, cit., 47.

## CAPITOLO III

# Il pubblico concorso come principio d'organizzazione

SOMMARIO: 1. Il pubblico concorso come principio dell'organizzazione pubblica. – 2. Principi di organizzazione e attività infungibili. – 3. Principi di organizzazione e “quasi pubblicità” – 4. Il pubblico concorso: una norma di organizzazione a tutela di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione. – 5. Il pubblico concorso a tutela dell'imparzialità soggettiva del funzionario.

### 1. *Il pubblico concorso come principio dell'organizzazione pubblica*

La stragrande maggioranza delle Costituzioni europee riconosce espressamente il diritto dei cittadini di accedere agli impieghi in condizioni di eguaglianza, con affermazione di un principio che, come si è visto, trova il suo archetipo nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, e nel diritto all'eguale partecipazione politica da questa riconosciuto (art. 51, comma 1, Cost.). È invece più raro rinvenire l'affermazione del principio del concorso, o comunque individuare una disciplina del reclutamento nei pubblici uffici, in chiave di principio di organizzazione della pubblica amministrazione<sup>1</sup>, in quanto tale posto nell'interesse di quest'ultima (non importa ora se nella sua qualità di datore di lavoro o di organizzazione “al servizio della Nazione”)<sup>2</sup>.

Come noto, la Costituzione italiana enuncia espressamente il concorso quale prevalente modalità di accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, «salvo i casi stabiliti dalla legge» (art. 97, comma 4, Cost.), nel titolo della parte seconda dedicato al Governo,

<sup>1</sup> Oltre alla Costituzione italiana si vedano quelle citate *supra*, capitolo I, nt. 10.

<sup>2</sup> Distingue tra interesse “dell'amministrazione come lavoro” e interesse generale perseguito in sede di esercizio dell'attività amministrativa, pur rilevandone la continuità sostanziale: G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968, 422 ss.

ove il principio è posto a completamento delle più importanti previsioni costituzionali sull'organizzazione (e attività) dei pubblici uffici (art. 97, commi 1, 2 e 3, Cost.).

Il concorso è dunque principio costituzionale dell'organizzazione pubblica, che assume peculiare rilevanza nella istituzione dei pubblici uffici, cioè di quei "servizi di persone fisiche", "centri di lavoro"<sup>3</sup>, o "servizi personali astrattamente precostituiti"<sup>4</sup>, che definiscono l'ente pubblico<sup>5</sup> e ai quali lo stesso ente attribuisce – con atti d'autonomia<sup>6</sup> – l'esercizio di funzioni o l'erogazione di prestazioni conferitegli dall'ordinamento per finalità di pubblico interesse.

Può così dirsi che il concorso è momento essenziale di determinazione della capacità di un ente, in quanto necessario ad accertare quelle qualità fisiche e psichiche che l'individuo gli "appresta", «che così vengono a costituire qualità anche di quest'ultimo, conferendogli una capacità che per gli individui è, prima che giuridica, naturale, mentre per l'ente è meramente giuridica»<sup>7</sup>.

Tale capacità è correlata all'attribuzione delle funzioni amministrative secondo differenziazione e adeguatezza (art. 118, comma 1, Cost.), e quindi all'esercizio dell'attività, in quanto, come noto, l'azione presuppone l'organizzazione<sup>8</sup>, anche ove questa sia intesa in senso meramente statico<sup>9</sup>, e cioè come precostituzione di adeguate

<sup>3</sup> Così G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 417, poi ripreso da F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, cit., 346 ss., e da G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Giappichelli, Torino, 2013, 75.

<sup>4</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo 1959-60*, Jandi Sapi Editori, Roma, 1961, 124; vedi anche F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, pt. generale, Cedam, Padova, 1959, 175: l'espressione "burocrazia" indica «l'insieme dei soggetti che prestano la loro attività ad un Ente pubblico agendo come i suoi organi e come elementi soggettivi dei suoi uffici»; secondo lo stesso A. «è da notare che, nel nostro ordinamento, tranne poche eccezioni, si diviene pubblici impiegati attraverso un pubblico concorso».

<sup>5</sup> In tal senso ad es. B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, 119, 120: «l'ente pubblico è un complesso di uffici» (corsivo dell'Autore).

<sup>6</sup> Cfr. L.M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, cit., 227, che fa invero riferimento ad atti espressione di "sovranità".

<sup>7</sup> Santi ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 155.

<sup>8</sup> Sulla nozione di organizzazione come «inizio di attività» e «decisione di indirizzo»: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 122 ss.

<sup>9</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 104 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1989, 19.

risorse e strumenti, ivi compreso il reclutamento degli addetti (amministrazione in senso soggettivo), cui sono distribuiti i compiti utili alla realizzazione degli obiettivi prefissati (amministrazione in senso oggettivo). L'ufficio impersonale agisce infatti in definitiva sempre attraverso l'elemento personale – anche ove questo sia mediato dall'interposizione di un'ulteriore persona giuridica<sup>10</sup> – e il personale di un'organizzazione pubblica, per principio costituzionale, va individuato con procedure selettive a carattere concorsuale.

Al pari degli altri principi relativi all'organizzazione pubblica, il concorso contribuisce dunque a definire la pubblica amministrazione come persona giuridica, ove il riferimento vuol essere ai caratteri comuni ai vari tipi di enti pubblici, che si fondano su principi tipici, capaci di distinguerli dai soggetti privati<sup>11</sup>.

Trattasi di principi che, conformando le organizzazioni, offrono “indici di riconoscibilità” della natura pubblica<sup>12</sup>, ove la stessa è da intendersi come correlata al carattere necessario dell'apparato pubblico<sup>13</sup>. La predeterminazione normativa dei caratteri essenziali delle organizzazioni pubbliche – o di quelli che ne costituiscono il “minimo comune denominatore”<sup>14</sup> – è diretta conseguenza del loro *dover*

<sup>10</sup> Santi ROMANO, *Organi*, cit., 158.

<sup>11</sup> Corte cost., 20 luglio 2021, n. 180: «il lavoro pubblico e il lavoro privato non possono ritenersi totalmente assimilati (...). I principi costituzionali di legalità ed imparzialità, che si esprimono anche nella necessità del pubblico concorso, in conformità all'art. 97 Cost., contribuiscono a conformare la condotta della pubblica amministrazione e l'esercizio delle funzioni che le sono riconosciute quale datore di lavoro pubblico in regime contrattualizzato». Per l'identificazione di principi di organizzazione tipici degli enti pubblici: G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, X ed., 2022, 70-71.

<sup>12</sup> Sull'elaborazione di indici tipici di riconoscibilità della natura pubblica a fronte dell'insufficienza dei criteri tradizionali che attribuivano rilevanza essenzialmente al rapporto con lo Stato, oppure alle finalità perseguite: G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, il Mulino, Bologna, 1991, 92 ss.; G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica, (diritto privato e pubblico)*, in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Utet, Torino, 1968, 1042 ss. Il tentativo di identificare gli enti pubblici utilizzando indici di riconoscibilità non è privo di insidie, sicché talora lo si ritiene del tutto vano a beneficio del prevalere del principio di atipicità degli stessi: così S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna, 1983, 107, con rinvio in particolare a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1970, 185. Più di recente si veda F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2004, 68 ss.

<sup>13</sup> In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, 88-89; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., 286; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 264 ss.

<sup>14</sup> Cfr. G. ROSSI, *op. ult. cit.*, 265: la diversità di caratteri delle varie tipolo-

esistere e funzionare per la cura di interessi pubblici, cioè degli interessi generali selezionati come rilevanti dagli organi aventi legittimazione democratica, esprimendosi in tal modo la normale relazione di continuità tra amministrazione in senso soggettivo e amministrazione in senso oggettivo<sup>15</sup>.

Il concorso assurge così al novero dei principi utili a legittimare l'attribuzione di funzioni e servizi a tale apparato organizzativo, secondo un carattere rilevante sia per le competenze che sono diretta espressione della sovranità, perciò riservate ai pubblici uffici, sia per quelle assunte dalla pubblica amministrazione in conseguenza di "fallimenti del mercato"<sup>16</sup>. In un caso come nell'altro sono infatti tali principi di organizzazione a dar ragione dell'attribuzione delle corrispondenti competenze all'amministrazione, ciò pure senza escludere che all'esercizio di esse si possa talora assolvere indirettamente<sup>17</sup>, con affidamento dell'erogazione delle prestazioni a soggetti privati. L'affidamento all'esterno non vale infatti a spogliare l'amministrazione della titolarità del servizio, cui corrisponde il necessario mantenimento di funzioni di programmazione e controllo<sup>18</sup>.

gie di pubbliche amministrazioni rende scarsamente significativa la ricerca di un regime unitario. Per l'individuazione di elementi comuni alle persone giuridiche pubbliche, nonostante le differenziazioni: G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 1977, 79 ss. Sulle innegabili zone di contaminazione tra i regimi giuridici sottesi alla "grande dicotomia" pubblico/privato, da ultimo: B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bologna, 2020, 216 ss.

<sup>15</sup> C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, t. I, Giuffrè, Milano, 2000, 232-233. Il c.d. principio organizzatorio – inteso anzitutto come attribuzione di competenze – consente la trasformazione della volontà del funzionario in atto dell'ordinamento, sicché l'attività si determina «secondo principi organizzativi e quindi essa stessa sia (è) organizzazione»: G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, 121 ss.

<sup>16</sup> Da ultimo: J.E. STIGLITZ, J.K. ROSENGARD, *Economics of the Public Sector*, Fourth Edition, Norton & c., New York - London, 2015, 81 ss.

<sup>17</sup> Secondo la teoria della "sostituzione": G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizio pubblico*, in *Foro amm.*, 1942, poi in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1987, 359. Più di recente: R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998, 57.

<sup>18</sup> È noto che con la concessione di servizio pubblico «l'amministrazione pubblica non trasferisce ad un soggetto un'attività, ma più semplicemente "si serve dell'attività di quest'ultimo"»: R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., 74, con rinvio in particolare a M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, 131.

## 2. Principi di organizzazione e attività infungibili

La rilevanza dei principi dell'organizzazione pubblica s'impone di tutta evidenza ove l'amministrazione eserciti funzioni ad essa riservate, e cioè tali da ammettere l'utilizzazione diretta dei "pubblici uffici" quale esclusiva soluzione organizzativa. Ciò accade ogni qualvolta queste richiedano l'esercizio di poteri d'autorità o "d'impero"<sup>19</sup>, ma anche in alcune ipotesi di attività "materiali" o di prestazione che il legislatore abbia voluto assistere di speciali garanzie, per l'appunto date dal regime organizzativo tipico dell'amministrazione pubblica.

Gli enti pubblici – come noto – possono ricorrere per l'erogazione delle prestazioni ai propri uffici, oppure scegliere quale modalità organizzativa l'esternalizzazione a organizzazioni (anche solo formalmente) terze<sup>20</sup>, che si tratti d'impresе – pubbliche o private – o enti no-profit in rapporto concessorio, oppure ancora di soggetti *in house*, cioè legati all'amministrazione controllante da un rapporto c.d. di delegazione interorganica, definito dalla contemporanea sussistenza dei requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> La distinzione tra poteri di gestione e d'impero è da ultimo ripresa in chiave critica da B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 39 ss., 287, con rinvio in particolare a L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV ed., vol. I, Vallardi, Milano, s.d., 211 ss.

<sup>20</sup> Secondo un principio di autonomia organizzativa che è espressamente riconosciuto dal d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, art. 14, comma 1; d.lgs. n. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*, art. 7.

<sup>21</sup> Sui caratteri dell'*in house providing*, da ultimo: G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, 457 ss.; C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Giuffrè, Milano, 2020, 24 ss.; M. ANTONIOLI, *L'in house providing tra funzione e struttura: controllo analogo congiunto, partecipazione "pulscolare" ed eterodirezione della società*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 599 ss.; C. IAIONE, *Le società in-house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2012, 117 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di H. Bonura e M. Cassano, Giappichelli, Torino, 2011, 119 ss.; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *Control over In-house Providing Organisations*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 5, 231; M. DUGATO, *Introduzione. Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Istit. fed.*, 2011, 5 ss. (e altri contributi nello stesso volume); A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, Pisa, 2011, 129 ss.; R. CARANTA, *The In-House Providing: The Law as It Stands in the EU*, in *The In House Providing in European Law*, edi-

Il ricorso all'esternalizzazione in luogo dello svolgimento diretto delle funzioni non è svincolato da limiti che sono di peculiare interesse ai fini dell'anzidetta correlazione tra principi d'organizzazione e carattere necessario delle pubbliche amministrazioni.

Limiti generali sono anzitutto volti a garantire un'ottimale allocazione delle risorse pubbliche e al contempo a tutelare i diritti dei lavoratori (dipendenti o autonomi) impiegati dall'amministrazione titolare del servizio esternalizzato. A tal fine l'autorizzazione a ricorrere al mercato per l'acquisto di servizi già prodotti internamente è subordinata all'ottenimento di "economie di gestione", oltre a essere necessariamente accompagnata da misure utili alla riallocazione del personale (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 6 *bis*)<sup>22</sup>.

Più in generale si esclude che un ente pubblico possa costituire o ricorrere a un soggetto privato per lo svolgimento del «nucleo essenziale della propria funzione istituzionale» (c.d. principio di specialità)<sup>23</sup>, pena la violazione della legge che ne ha stabilita la costituzione<sup>24</sup> e più ampiamente l'elusione della sua stessa *ratio* istitutiva (arg. *ex artt.* 114, 118, comma 1, 97 e 98 Cost.). Allo stesso tempo e di converso, gli enti pubblici non possono costituire o partecipare a società

ted by M. Comba and S. Treumer, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, 13 ss.; M. COMBA, *In-House Providing in Italy: the circulation of a model*, *ivi*, 95 ss.

<sup>22</sup> Di recente per un esempio di limite all'esternalizzazione che si vuole a tutela dei dipendenti della p.a. affidante, si veda la vicenda dei c.d. "gettonisti" della sanità, ove il legislatore ha circoscritto l'affidamento a terzi dei servizi medici ed infermieristici subordinandolo al «caso di necessità e urgenza, in un'unica occasione e senza possibilità di proroga, a seguito della verificata impossibilità di utilizzare personale già in servizio, sia dipendente sia in regime di convenzione (...), di assumere gli idonei collocati in graduatorie concorsuali in vigore relative all'assunzione di personale dipendente e di avvalersi in regime di convenzione del personale iscritto nelle graduatorie per l'assistenza specialistica ambulatoriale interna, nonché di espletare le procedure di reclutamento del personale medico e infermieristico autorizzate» (d.l. 30 marzo 2023, n. 34, conv. in l. 26 maggio 2023, n. 56, art. 10, comma 1).

<sup>23</sup> Per l'affermazione del principio in Francia si veda ad es. Tribunal Administratif Paris 29 octobre 2013, n° 1217449, ove è annullata la deliberazione con cui l'Università Paris II Assas aveva disposto la creazione di una società commerciale per l'esercizio di un'attività istituzionale. Sulla medesima controversia si veda altresì CAA de Paris, *Conclusions du rapporteur public sur l'affaire n° 13PA04846*: «*le principe de spécialité peut être vu comme impliquant que ces établissements (les universités) exercent leurs missions statutaires de façon directe, et non au moyen de sociétés filiales de droit privé, car cela remettrait en cause ce qui justifie leur propre existence, ce qui a présidé à leur création, c'est-à-dire le choix des procédés et règles du droit public et d'un régime de gouvernance et de contrôle exorbitant du droit commun*».

<sup>24</sup> In tal senso D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, IX ed., 2018, 299.

di capitali «per lo svolgimento di attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle (...) finalità istituzionali»<sup>25</sup>, fermo restando che una società *in house* può rivolgere una quota minoritaria delle proprie attività al mercato<sup>26</sup>.

Per lo svolgimento delle medesime funzioni istituzionali non possono essere stipulati neppure contratti di lavoro autonomo, che al contrario debbono essere funzionali alla realizzazione di «obiettivi e progetti specifici e determinati»<sup>27</sup>, oltre ad essere soggetti a limiti procedurali tesi ad assicurare l'ottimale utilizzazione del personale di ruolo (obbligo di verificarne preventivamente l'obiettiva indisponibilità, *ex d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 7, commi 6 e ss.*), e a garantire i principi di tutela della concorrenza di derivazione europea (obbligo di disciplina e preventiva pubblicazione di procedure comparative per l'affidamento)<sup>28</sup>.

Più ampiamente è dato rinvenire limitazioni relative agli stessi «tipi» di attività esternalizzabili verso soggetti privati, ove negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale si individuano tradizionalmente attività che *non* sono suscettibili di affidamento a terzi.

L'idea di attività riservate all'amministrazione si ritrova anzitutto

<sup>25</sup> D.lgs. n. 175 del 2016, *cit.*, art. 4, comma 1. In tema si veda Corte cost., 28 luglio 2022, n. 201. Il principio così enunciato richiama quello dell'«*ultra vires*» consolidato nell'ordinamento anglosassone, su cui da ultimo: F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, *cit.*, 277, ove si osserva come l'ordinamento inglese offra la reazione più severa all'uso elusivo della società pubblica, sanzionandone la costituzione come radicalmente nulla. In genere sull'ammissibilità di un criterio di scopo a limite della capacità degli enti pubblici di costituire persone giuridiche di diritto privato: G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, *cit.*, 232-234.

<sup>26</sup> D.lgs. n. 175 del 2016, *cit.*, art. 16, commi 3 e 3 *bis*, ai sensi del quale «la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato (...) è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società». Le società *in house* sono dunque «imprese dimezzate»: R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 81 ss.

<sup>27</sup> In caso contrario il lavoratore ha diritto alle differenze retributive e salariali rispetto al corrispondente contratto di lavoro subordinato (art. 2126 c.c.): Cass. civ., sez. lav., 18 aprile 2018, n. 9591. Da ultimo per l'affermazione del «principio generale per cui gli organi della pubblica amministrazione devono provvedere direttamente con il proprio personale all'espletamento dei compiti loro demandati» e non ricorrere a personale esterno: Corte cost., 15 marzo 2022, n. 70.

<sup>28</sup> Dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione europea – che come noto prevale su quello nazionale – anche il contratto di lavoro autonomo può considerarsi un appalto di servizi, poiché non rileva la distinzione, definita dal codice civile, tra appalto *ex art. 1655 c.c.* e prestazione professionale *ex art. 2222 c.c.* In tema vedi *infra*, nt. 49.

to in quelle che sono riconducibili direttamente alla sovranità, coincidendo con l'espressione di pubblici poteri o di funzioni "d'ordine". Queste debbono necessariamente essere esercitate dai soggetti pubblici che ne sono titolari in ragione del carattere autoritativo cui dà legittimazione il principio democratico, oltretutto dell'esigenza di salvaguardia dei diritti costituzionali correlata alla capacità di incidere unilateralmente nell'altrui sfera giuridica, esigenza che si traduce anzitutto nell'adozione di peculiari garanzie procedurali<sup>29</sup>. Così nel caso dell'amministrazione finanziaria, la polizia, la difesa, l'esercizio della funzione giurisdizionale, non meno delle funzioni amministrative in senso proprio, che sin dagli albori caratterizzano gli stati nazionali d'epoca moderna, i quali vengono ad esistenza secondo organizzazioni tipiche proprio per l'esercizio di tali funzioni.

È d'interesse rilevare come gli stessi limiti all'esternalizzazione si affermino in sede di svolgimento delle procedure concorsuali, ove del concorso si evidenzia la dimensione di pubblico potere: in tal caso, infatti, si ammette l'affidamento a terzi al più delle procedure preselettive, senza che si possa in alcun modo trasferire all'esterno l'individuazione dei vincitori, in quanto espressione di un esercizio di discrezionalità che non ammette la sostituzione della pubblica amministrazione<sup>30</sup>.

Residuali sono i casi in cui l'ordinamento dà spazio al c.d. "esercizio privato delle funzioni pubbliche"<sup>31</sup>, che non importa ora distinguere dalla contigua nozione dei "*munera publica*"<sup>32</sup>, o ancora dalla "sostituzione amministrativa"<sup>33</sup>: tradizionalmente ne sono investiti i notai e secondo alcuni i curatori fallimentari, gli arbitri, i periti e tutti

<sup>29</sup> Per il riferimento ai «servizi a fruizione collettiva necessaria» (difesa, ordine sicurezza, ecc.) che «non sono organizzati in forma imprenditoriale e vengono affidati inderogabilmente alla pubblica amministrazione come istituzione»: P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2020, 536.

<sup>30</sup> In tal senso, ad es., Cass. civ., sez. un., 13 giugno 2016, n. 12085. Di recente l'esternalizzazione delle preselezioni è stata ammessa come soluzione generale dal d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *quater*, comma 1, lett. c.

<sup>31</sup> In tema: F. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, pt. III, Società editrice libraria, Milano, 1935, 235 ss.; F. SATTÀ, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Treccani, Roma, 1989; *Esercizio privato di pubbliche attività*, non firmato, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, 685 ss.; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, 165 ss.; F. de LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam, Bologna, 2000, 19 ss.

<sup>32</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo 1959-60*, cit., 114 ss.

<sup>33</sup> G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Cedam, Padova, 1953, 73-75.

coloro che in genere svolgono funzioni ausiliarie rispetto alla giurisdizione<sup>34</sup>. Del pari è noto il caso delle funzioni occasionalmente esercitate dai concessionari di beni o servizi pubblici (es. poteri di polizia demaniale)<sup>35</sup> e un tempo dalla Compagnia olandese delle Indie orientali<sup>36</sup>; non rileva in tale sede invece l'ipotesi del "funzionario di fatto", che riguarda un particolare modo di assumere l'investitura della qualità di funzionario, ma che non configura un esercizio privato di funzioni<sup>37</sup>.

Ove si tratti non di poteri autoritativi, ma di prestazioni di servizio pubblico, o della produzione di beni strumentali all'esercizio di funzioni o servizi, l'eventuale fondamento della riserva in mano pubblica è da correlarsi all'elevato livello di asimmetria informativa che è talora proprio del rapporto tra prestatore e utenti. La limitata possibilità o capacità di controllo della qualità delle prestazioni da parte dei destinatari (diretti o indiretti che siano) va compensata con strumenti di controllo interno, tipicamente offerti dall'organizzazione amministrativa al fine di dare protezione ai diritti alla cui soddisfazione tali prestazioni sono finalizzate. Ciò accade specialmente per alcuni servizi non industrializzati o "alla persona"<sup>38</sup>, le cui carat-

<sup>34</sup> Trattasi essenzialmente della nozione di pubblico ufficiale di cui al codice Zanardelli, che equiparava a coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni, i notai e gli «agenti della forza pubblica e uscieri addetti all'ordine giudiziario», «i giurati, gli arbitri, i periti, gli interpreti e i testimoni, durante il tempo in cui sono chiamati ad esercitare le loro funzioni» (art. 207).

<sup>35</sup> La qualità di pubblica funzione dei poteri attribuiti ai concessionari delle società ferroviarie non è pacifica: per la tesi contraria v. ad es. L.M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, cit., 256 ss., che testimonia ampiamente del dibattito sul punto.

<sup>36</sup> In tema si veda R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., 4.

<sup>37</sup> Sul funzionario di fatto si vedano: B. CAVALLO, *Profilo storicistico di una metodica organizzatoria*, in *Il funzionario di fatto*, a cura di B. Cavallo, Giuffrè, Milano, 2005, 1 ss.; L. CESARINI, A. GRIMALDI, *La nozione di funzionario di fatto: presupposti e limiti*, ivi, 17 ss.; R. LUCIFREDI, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, in M.E. LUCIFREDI PETERLONGO e R. LUCIFREDI, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Giuffrè, Milano, 1965, 120 ss.; E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1956, 28-29, 31, 78; E. FREDIANI, *Il diritto amministrativo "reticolare" e la "natura delle cose": rileggendo la gestione di affari di Enzo Capaccioli*, in *Dir. amm.*, 2009, 981 ss.; F. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 652 ss.; A. AGOSTINELLI, *Il possesso e il funzionario di fatto*, Porta, Piacenza, 1925; C. VITTA, *Il funzionario di fatto*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1923, 475 ss.

<sup>38</sup> Per la differenza tra servizi alla persona e servizi industrializzati: R. CAVALLO PERIN, *Art. 114*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di A. Romano e R. Cavallo Perin, Cedam, Padova, 2006, 675.

teristiche possono rendere inopportuno l'affidamento a organizzazioni che siano controllate esclusivamente *ab externo*<sup>39</sup>.

In un caso e nell'altro sono dunque le esigenze di tutela dei destinatari – che lo siano di atti autoritativi o di prestazioni di servizio pubblico non standardizzate e ad elevata asimmetria informativa – a imporre il modello organizzativo pubblico, di cui il concorso per il reclutamento del personale è, come si è già ricordato, un tratto caratterizzante, così come lo sono, tra gli altri, la diretta responsabilità secondo le leggi civili, penali e amministrative, dei funzionari (art. 28 Cost.), gli obblighi di disciplina e onore che ne conformano il comportamento (art. 54, comma 2, Cost.), ma anche i vincoli di trasparenza e i controlli sulla gestione e attività che s'impongono alle organizzazioni.

Ne risulta così confermato l'inevitabile collegamento tra organizzazioni e tutela dei diritti, ove è la necessità di garantire un elevato livello di protezione dei diritti fondamentali a imporre modelli organizzativi di stampo pubblicistico, o al più a carattere "pseudo" o "quasi pubblico"<sup>40</sup>.

I limiti all'esternalizzazione che si sono ivi richiamati indicano dunque un'area di prestazioni "infungibili", che non ammettono cioè la sostituzione del debitore, in ragione dell'interesse del creditore della prestazione a che questi la esegua "personalmente" (art. 1180 c.c.)<sup>41</sup>. Non smentisce l'assunto la progressiva erosione dell'area di infungibilità che caratterizza l'evoluzione più recente<sup>42</sup>, anche

<sup>39</sup> Si vedano ad es. J.E. STIGLITZ, J.K. ROSENGARD, *Economics of the Public Sector*, cit., 223-224, ove sono menzionati come esempi critici la produzione dell'uranio per la fabbricazione di bombe atomiche affidata dall'amministrazione Clinton (1998) a una "profit-maximizing firm", o ancora la gestione delle carceri e l'erogazione delle prestazioni previdenziali, entrambi dati a imprese private. Le prime in particolare offrono un esempio emblematico in quanto «a for-profit company would have every incentive to reduce services, such as the quality of food, to the bare minimum; the "customers" may complain, but they really have nowhere to go». Similmente da ultimo P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, cit., 537, ove si sottolinea il ruolo centrale della pubblica amministrazione nei servizi alla persona, senza che si possa «accedere a inverosimili richiami alla concorrenza e al mercato».

<sup>40</sup> Così, a proposito delle società in mano pubblica: G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 113.

<sup>41</sup> Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN e B. GAGLIARDI, *Le prestazioni riservate alle organizzazioni pubbliche e gli oggetti possibili dei contratti a terzi in sanità, in Oltre l'aziendalizzazione del Servizio Sanitario: un primo bilancio*, a cura di S. Civitarese Matteucci, M. Dugato, A. Pioggia, G.M. Racca, Franco Angeli, Milano, 2008, 249.

<sup>42</sup> In tema B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., 303.

per l'influenza di tradizioni giuridiche altre (e specialmente anglosassoni), secondo un processo da tempo indicato con l'allusione alla sempre più marcata «indistinzione fra “pubblico” e “privato”»<sup>43</sup>. Nel caso in cui questa coinvolga l'esercizio di poteri autoritativi, l'affidamento a privati riguarda al più prestazioni accessorie o strumentali, come ad es. avviene nelle carceri, in cui possono essere affidati all'esterno compiti relativi all'edilizia penitenziaria, alla manutenzione degli edifici, all'erogazione di servizi di mensa, oltre a compiti di assistenza, rieducazione, reinserimento sociale dei detenuti<sup>44</sup>; o ancora nel caso della tutela dell'ordine e sicurezza pubblica, ove organizzazioni d'impresa possono essere coinvolte, ad es., per la gestione di sistemi di video-sorveglianza.

Il divieto di ricorrere a lavoratori autonomi in sostituzione dei dipendenti pubblici, così come quello di esternalizzare attività “proprie” delle pubbliche amministrazioni – definite tali perché si identificano con il nucleo essenziale delle funzioni pubbliche, o perché, per altra ragione di tutela dei terzi, sono ad esse riservate – si pongono in chiave antielusiva dei principi d'organizzazione pubblica (e dunque della garanzia dei diritti individuali che da queste discende). Nello stesso senso si può richiamare, ad es., la generale esclusione, per la pubblica amministrazione, del riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato costituitosi in via di fatto, fatta salva la tutela economica e previdenziale per il periodo di regolare esecuzione, che può essere invocata ad esempio nel caso di uso abusivo della parasubordinazione (art. 2126 c.c.)<sup>45</sup>. O, ancora, può ricordarsi il divieto dell'automatico assorbimento nei ruoli degli enti pubblici dei dipendenti di società controllate sciolte o dismesse<sup>46</sup>, posto a tutela del principio costituzionale del pubblico concorso, poiché solo di recente esso è stato affermato quale ordinaria modalità di reclutamento anche per le società partecipate<sup>47</sup>.

Tali norme antielusive del principio concorsuale intendono garantire che le funzioni pubbliche siano effettivamente esercitate da dipendenti di ruolo, selezionati con concorso e non con le procedure

<sup>43</sup> Così G. ROSSI, *Gi enti pubblici*, cit., 12.

<sup>44</sup> Per un'analisi: E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 369 ss.

<sup>45</sup> Cons. St., sez. V, 3 novembre 2010, nn. 7772, 7773, 7774, 7775, 7777, 7778, 7779. Per il caso di un lavoratore avviato nell'ambito di un cantiere scuola e lavoro e adibito di fatto a mansioni tipiche del personale dipendente: Cass. civ., sez. lav., 16 febbraio 2023, n. 4969.

<sup>46</sup> Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5 e altre citate *infra*, capitolo IV, nt. 175.

<sup>47</sup> Vedi *amplius* paragrafo successivo.

ad evidenza pubblica che pur valgono per l'individuazione di lavoratori autonomi (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 7, comma 6 *bis*), come per la scelta di appaltatori e concessionari.

Ciò evidenzia la differenza tra le due tipologie di selezioni che, pur condividendo alcuni elementi e principi (di pubblicità, apertura al pubblico, non discriminazione e così via), si distinguono perché solo il concorso è utile a individuare le persone fisiche che «si incardinano (...) nella organizzazione» pubblica, destinando ad essa «una continuità di prestazione, che costituisce l'impiego della loro attività» (rapporto di servizio professionale), e andando a costituire il «corpo degli impiegati» indispensabile per «la animazione e il funzionamento dell'organizzazione stessa»<sup>48</sup>, e dunque per la stessa definizione dell'ente pubblico.

Le procedure di selezione degli operatori economici, che siano singole persone fisiche (lavoratori autonomi), o imprese<sup>49</sup>, si pongono invece anzitutto in chiave di tutela della concorrenza<sup>50</sup> e sono utili

<sup>48</sup> A. AMORTH, *Lineamenti della organizzazione amministrativa italiana*, Giuffrè, Milano, 1950, 17-18.

<sup>49</sup> Ai sensi delle norme sugli appalti, si intende per “operatore economico” «qualsiasi *persona* o *ente*, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica» (d.lgs. n. 36 del 2023, all. I.1, comma 1, lett. l). Per l'affermazione secondo cui «non sembra (...) controvertibile che il concetto di impresa adottato in ambito comunitario con riferimento alla libertà di concorrenza sia idoneo a comprendere anche le attività degli esercenti le professioni intellettuali»: F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. impr. eur.*, 1997 14; M. MAGNANI, *Lavoro autonomo e riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 285 ss. Si veda, ad es., per l'applicazione dei principi a tutela della concorrenza al conferimento degli incarichi di patrocinio legale: Cons. St., ad. della comm. spec., 3 agosto 2018, n. 2017/2018; Anac, delib. n. 907 del 24 ottobre 2018, *Linee guida n. 12, L'affidamento dei servizi legali*; per l'affermazione della scelta *intuitus personae* nel caso degli incarichi di patrocinio, vedi C. giust., 6 giugno 2019, C-264/18, *P.M.*, con nota di P. PATRITO, *Affidamento dei servizi legali - contratti pubblici e intuitus personae: l'affidamento dei servizi legali*, in *Giur. it.*, 2019, 12, 2723. Per la differenza tra lavoro autonomo e appalto dal punto di vista dell'ordinamento nazionale: G. GIACOBBE, *Lavoro autonomo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 424 ss.

<sup>50</sup> In genere sulle finalità di tutela della concorrenza delle aste pubbliche, volte a realizzare il mercato interno e aprire segmenti di mercato: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001, 189; sostiene che la tutela della concorrenza contribuisca al miglioramento del sistema produttivo europeo «con favore per i “consumatori” europei»: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 311; sui molti fili che legano la tutela della concorrenza e gli appalti pubblici: M. CLARICH, *Contrat-*

a scegliere organizzazioni che restano pur sempre esterne a quella pubblica, oltre a essere ad essa vincolate da un rapporto che è necessariamente a termine<sup>51</sup>.

Quella che sembra richiamare anzitutto la differenziazione tra lavoro autonomo (*locatio operis*) e subordinato (*locatio operarum*)<sup>52</sup> che a quest'ultimo riconduce la «funzione di costituire l'organizzazione»<sup>53</sup>, o la contrapposizione tra “fare” personale e “far fare” che caratterizza l'appalto (art. 1655)<sup>54</sup>, assume nella pubblica amministra-

*ti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del LXI Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 2016, 263 ss.

<sup>51</sup> Già Cass. civ., sez. un., 24 marzo 1930, n. 948, in *Foro amm.*, 1930, II, 117, nel definire la differenza tra il rapporto di pubblico impiego e l'appalto di servizi, nel caso di una controversia instaurata da due procaccia postali a piedi, evidenzia come il primo conferisca al dipendente della pubblica amministrazione «diritti e garanzie che, con la suindicata amplissima facoltà [di cessazione in troco dell'incarico per qualsiasi ragione], sono in aperto ed irriducibile contrasto».

<sup>52</sup> Da tempo è noto che la distinzione tra *locatio rei*, *locatio operis* e *locatio operarum* non è in quanto tale rinvenibile nelle fonti d'epoca romana, ma piuttosto è da attribuire a sistematizzazioni successive: A. MASI, *Locazione (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 908-909.

<sup>53</sup> La subordinazione comporta «la destinazione della prestazione di lavoro ad essere inserita in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere (giuridico) di controllo e ad essere utilizzata per uno scopo in ordine al quale il lavoratore non ha alcun interesse giuridicamente tutelato»: L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, estratto da *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971 e poi in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Vita e pensiero, Milano, 2004, 34; si vedano anche G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo*, in *Enc. dir.*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, 713; M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, 127 ss.; G. GIACOBBE, *Lavoro autonomo*, cit., 428; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967, 31; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, 19 ss.; D. NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1955, 212. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale: A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, t. II, *Il rapporto individuale di lavoro*, coord. da A. Perulli, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, vol. XXIV, Giappichelli, Torino, 2007, 9. Per una ricostruzione dell'emergere di tale prospettiva in chiave di approfondimento della tutela del lavoratore: A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 69-71. Le più recenti evoluzioni della nozione di subordinazione, con superamento dei classici indici di differenziazione, sono da ultimo analizzate da A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, 11 ss.

<sup>54</sup> Da ultimo si veda P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, t. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. XXVII, t. 2, Giuffrè, Milano, 2000, 259.

zione una speciale rilevanza, correlandosi alla specialità del rapporto di servizio degli impiegati pubblici. La funzionalizzazione dell'attività pubblica trova infatti corrispondenza nella causa giuridica del rapporto, che vede l'impiegato «al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.)<sup>55</sup>, e dunque dei terzi cui le prestazioni erogate sono rivolte e verso i quali questi assume una responsabilità giuridica diretta (art. 28 Cost.). La rilevanza giuridica del terzo identifica l'elemento causale del rapporto, sovrapponendosi alla dimensione bilaterale, ed essenzialmente patrimoniale, che lega il singolo all'amministrazione datrice di lavoro<sup>56</sup> e segnando un'ineludibile differenza rispetto al lavoro nell'impresa, cui i consumatori rimangono per definizione estranei<sup>57</sup>.

Come è stato evidenziato, il rapporto di pubblico impiego «non è affatto preordinato al perseguimento “dell'interesse patrimoniale o egoistico dell'organizzazione amministrativa”<sup>58</sup>, ma è causalmente orientato al soddisfacimento imparziale di interessi pubblici – superindividuali o collettivi»<sup>59</sup>, ove tale correlazione causale è portato natura-

<sup>55</sup> Cons. St., sez. V, 10 aprile 2002, n. 1932: «la causa del rapporto di pubblico impiego è lo svolgimento, in condizioni di uguaglianza di accesso per tutti i cittadini, di funzioni e servizi pubblici nella cui organizzazione i profili di autonomia gestionale, dell'organo di direzione politica ed ora, sulla base della distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, del dirigente amministrativo responsabile, sono comunque rigorosamente limitati e funzionalizzati dalle norme».

<sup>56</sup> Il “problema” del pubblico impiego deriva dalla contemporanea appartenenza al «sottosistema politico» e al «sottosistema economico», ove la contrattualizzazione, anche sotto l'influenza del processo di integrazione europea, ha segnato una maggior rilevanza del secondo: S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, cit., 735 ss.

<sup>57</sup> Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, cit., 312.

<sup>58</sup> Secondo G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo*, cit., 716, nel contratto di lavoro subordinato il «fine produttivo (...) pur rimanendo estraneo all'oggetto dell'obbligazione, diviene punto di riferimento per la valutazione del modo di essere della prestazione»; M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 324, secondo cui «il vincolo di subordinazione è destinato alla realizzazione dell'obiettivo della “collaborazione”» da intendersi come «conformità della prestazione lavorativa al risultato utile per il creditore» che qui è esclusivamente «il soggetto organizzatore ed utilizzatore della prestazione di lavoro».

<sup>59</sup> Così R. CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, cit., 149; ID., *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, 125: nel rapporto di pubblico impiego «è posta al centro l'assunzione di uno status, più precisamente di una qualità giuridica che ha consentito di richiamare in chi l'assume una serie di diritti e doveri, non solo verso l'amministrazione di appartenenza, ma anzitutto verso coloro che rispetto al rapporto di servizio sono terzi amministrati». Nello stesso senso anche: M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2010, 187 ss.

le dell'inserimento in un'organizzazione dedita all'esercizio di attività amministrativa (cioè funzionalizzata). Il concorso stesso si pone a tutela dell'interesse del terzo alla precostituzione di un'organizzazione capace di soddisfare imparzialmente i suoi diritti, secondo un carattere cui consegue la tutela costitutiva tipica della giurisdizione amministrativa<sup>60</sup>.

Né vale a superare tale specialità il tentativo di estendere ai dipendenti di società appaltatrici o concessionarie le regole di condotta tipiche del lavoro pubblico, rispetto alla cui violazione l'ordinamento offre rimedi esperibili esclusivamente nei confronti dell'impresa legata contrattualmente alla pubblica amministrazione, mai nei confronti del singolo da questa impiegato<sup>61</sup>. Come da tempo rilevatosi, non basta «la qualità pubblica dell'attività che da una persona viene esercitata» a determinare «in essa, senz'altra circostanza, il pubblico ufficiale»<sup>62</sup>.

### 3. Principi di organizzazione e “quasi pubblicità”

In quanto principio istituzionale strettamente correlato all'amministrazione in senso oggettivo, il concorso si impone altresì alle organizzazioni formalmente private che esercitino sotto il controllo pubblico quelle già richiamate attività strumentali alle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni, che le stesse siano rivolte all'esterno (servizi pubblici), o che abbiano come beneficiari diretti gli enti controllanti (servizi all'ente).

Congiuntamente al controllo pubblico, è in questi casi l'attività esercitata ad attrarre tali organizzazioni – altrimenti rette dalle norme applicabili alle imprese – al regime tipico delle amministrazioni pubbliche<sup>63</sup>. Si impone così in sede di assunzione del personale l'os-

<sup>60</sup> Cfr. *amplius infra*, capitolo VI.

<sup>61</sup> In tal senso ad es. si veda il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, *Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, art. 3, ove si prevede l'applicazione degli obblighi di condotta previsti dal codice «nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione» stabilendosi altresì che «a tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto».

<sup>62</sup> G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 534, a proposito dei dipendenti dei concessionari di servizio pubblico.

<sup>63</sup> G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di R. Ferrara*, Giuffrè, Milano, 1943 e poi in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1987, 392 ss., 416: «non v'ha incompatibilità fra il carattere commerciale d'una impresa e la sua natura di persona giuridica pubblica», purché sussistano i due requisiti che identificano in generale l'ente pubblico, e cioè il coesistere di un «rapporto di diritto pubblico con lo Stato» e la strumentalità o anche solo rilevanza, dell'attività per

servanza dei principi «anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità», oltrech  degli ulteriori principi stabiliti per il reclutamento pubblico<sup>64</sup>, secondo norme che sono da conside-

lo Stato; ID., *Attualit  e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Giuffr , Milano, 1960 e poi in *Scritti giuridici*, vol. II, cit., 828-831; similmente gi  O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.* 1916, 337 ss. Per l'affermazione secondo cui   pubblico un qualsiasi ente che svolga "attivit  amministrativa" da intendersi come attivit  che «ha come suo segno tipico quello di essere funzionale; (...) cio  (...) considerata dall'ordinamento come esercitata nell'adempimento di un dovere ed al fine della cura di un interesse collettivo»: V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, in *Enc. giur.*, Vol. XIV, Giuffr , Milano, 1965, 964. Con particolare attenzione al controllo dello Stato quale elemento rivelatore del carattere pubblico, ovvero «mezzo di riconoscimento indiretto, e pur sicuro, del carattere pubblico della persona giuridica» (corsivo aggiunto): C. GIROLA, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche*, in *Temi emiliana*, 1930, I, 1, 451; *contra* G. TREVES, *Controllo statale ed ente pubblico*, in *Temi emiliana*, 1932, 305. Pi  di recente, per l'accoglimento di una nozione "sostanzialista" della soggettivit  pubblica: M. RENNA, *Le societ  per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasofrmazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, Torino, 1997, spec. 227 ss.

<sup>64</sup> D.lgs. n. 175 del 2016, cit., art. 12, art. 19, e altri riferimenti citati *supra*, al capitolo I, nt. 87. L'art. 19, cit., rinvia in particolare ai principi di derivazione europea e a quelli di cui all'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001, cit., che comprendono l'«adeguata pubblicit  della selezione e modalit  di svolgimento che garantiscano l'imparzialit  e assicurino economicit  e celerit  di espletamento, ricorrendo, ove   opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunit  tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, (...) e-ter) possibilit  di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento di alta specializzazione, il possesso del titolo di dottore di ricerca o del master universitario di secondo livello o l'essere stati titolari per almeno due anni di contratti di ricerca (...)». Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2019, n. 3662: l'estensione dei vincoli imposti alle amministrazioni pubbliche nei confronti delle societ  partecipate   da correlarsi all'erogazione di servizi di interesse generale che «pone l'esigenza di selezionare secondo criteri di merito e di trasparenza». Nello stesso senso: Cass. civ., sez. lav., 14 febbraio 2018, n. 3621. Sulla "pubblicizzazione" del sistema di reclutamento delle societ  pubbliche: G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle societ  pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3/4, 2009, 631 ss.; E. GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle societ  a partecipazione pubblica*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 332/2017; A. NICODEMO, *Il pubblico concorso e il momento costitutivo del rapporto di lavoro nelle societ  pubbliche. regole e privilegi*, in *Dir. amm.*, 2018, 437 ss. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialit  del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 429 ss.

rarsi direttamente attuative del principio costituzionale del pubblico concorso<sup>65</sup>.

Ciò vale a differenziare tali società dagli enti pubblici economici e dagli altri soggetti giuridici anche solo formalmente privati che si caratterizzano per il diretto ed esclusivo perseguimento di finalità di profitto (art. 2247 c.c.)<sup>66</sup>, o di scopi «nulla più che leciti»<sup>67</sup>, attraverso la precostituzione di un'organizzazione di tipo imprenditoriale volta

<sup>65</sup> Sono nulli i rapporti di lavoro costituiti dalle società partecipate incaricate della gestione di servizi pubblici in violazione del principio del concorso pubblico: Cass. civ., sez. lav., 14 settembre 2022, n. 27126 (società d'ambito incaricata della gestione integrata dei rifiuti); Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2022, n. 3768 (società di trasporto ferroviario); Cass. civ., sez. lav., 11 maggio 2021, n. 12414 (società di gestione dei rifiuti e igiene ambientale). In tal senso già Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68, secondo cui si tratta di norme interposte rispetto all'art. 97 Cost.; *contra* Corte cost., 1° luglio 2013, n. 167. Anche nelle società *in house*, come nelle pubbliche amministrazioni, l'applicabilità del principio del pubblico concorso impedisce l'automatica conversione in rapporto a tempo indeterminato del contratto a termine oggetto di un rinnovo abusivo: Cass. civ., sez. lav., 14 febbraio 2018, n. 3621. In tema da ultimo: G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Problemi applicativi e riforme legislative*, in *Lav. p.a.*, 2014, 706 ss.

<sup>66</sup> Per le società *in house*, come si è anticipato, anche lo svolgimento di attività rivolte al mercato è consentito solo se finalizzato alla realizzazione di «economie di scala o altri recuperi di efficienza» (d.lgs. n. 175 del 2016, cit., art. 16, comma 3 *bis*). Le finalità di distribuzione e massimizzazione degli utili non sono d'altra parte «necessariamente, lo scopo primario della società, quello rispetto al quale tutta l'attività sociale deve essere preordinata», potendo la maggioranza dei soci mirare «soprattutto all'efficienza dell'impresa sociale, al suo potenziamento, alla sua espansione»: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, *L'impresa e le società*, t. I, Cedam, Padova, 1990, 266; vedi anche G. DI CHIO, *L'impresa a partecipazione statale: profili storici e giuridici*, in *Ricerca sulle partecipazioni statali*, a cura di G. Cottino, vol. I, *Studi sulla vicenda italiana*, Einaudi, Torino, 1978, 20: «lo Stato, nel momento in cui si fa carico di una partecipazione sociale, quale che sia il movente (...), annulla, almeno *in thesi*, il fine posto dall'art. 2247 c.c., per raggiungere invece quei traguardi che lo hanno spinto ad intervenire» (corsivo dell'A.); M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 2017, 271 ss. *Contra*, ritiene il fine di lucro indissociabile dalla forma societaria (art. 2247 c.c.), sicché, essendo tale finalità incompatibile con la natura pubblicistica, la società dovrebbe ritenersi «di norma, estranea a qualificazioni pubblicistiche», da ultimo: F. GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, 421-423; ID., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., 99 ss.

<sup>67</sup> Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, III ed., Cedam, Padova, 1937, 87; si veda anche A. AMORTH, *Persona giuridica privata e servizio pubblico*, in *Foro lomb.*, 1932, I, 297, poi in *Scritti giuridici*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1999, 29-32; V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, cit., 969-970.

all'esercizio di attività economiche, cioè alla produzione o scambio di beni o servizi in regime concorrenziale<sup>68</sup>, ove l'attività esercitata è anche solo potenzialmente idonea a remunerare i fattori della produzione impiegati<sup>69</sup>.

È vero che l'ordinamento ha nel tempo previsto vincoli omogenei per il reclutamento del personale in *tutte* le società in controllo pubblico (non per le altre partecipate), estendendo la disciplina originariamente prevista per i soli enti *in house* (d.lgs. n. 175 del 2016, cit., art. 19)<sup>70</sup>. Può dirsi tuttavia che solo per questi ultimi essa trovi fondamento nel principio costituzionale del pubblico concorso, ove per le seconde sono state piuttosto finalità antielusive dei vincoli di finanza pubblica a suggerire l'opportunità di una maggiore proceduralizzazione e trasparenza delle assunzioni<sup>71</sup>.

Anche gli enti pubblici economici possono provvedere al reclutamento o alla promozione del personale mediante l'organizzazione di procedure selettive a carattere comparativo, e non di rado tali pro-

<sup>68</sup> Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni possono svolgere «attività amministrativa (...) di natura finale o strumentale», oppure «attività d'impresa» e cioè «erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza», solo in questo caso con «esplicazione, (...) attraverso la partecipazione societaria, della loro "libertà d'iniziativa economica"»: Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326. Da tempo si ritiene che il carattere economico dell'attività svolta (art. 2082 c.c.) non comporti necessariamente il perseguimento di uno scopo di lucro, ma (almeno) l'idoneità dell'attività a produrre profitti; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, cit., 232; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, *L'impresa e le società*, cit., 19 ss.; per una critica: G. MIELE, *In tema di enti pubblici economici*, in *Dir. econ.*, 1959, poi in *Scritti giuridici*, vol. II, cit., 812 ss. Nell'ordinamento UE si vedano: C. giust., 1° luglio 2008, C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)*; C. giust., 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle finanze*. Da ultimo: D. GALLO, *Functional Approach and Economic Activity in EU Competition Law, Today: The Case of Social Security and Healthcare*, in *European Public Law*, 2020, 26, 3, 571.

<sup>69</sup> In tema si vedano R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., 81; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 157 ss.

<sup>70</sup> Vedi le norme citate *supra*, capitolo I, nt. 87.

<sup>71</sup> G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, cit., 631 ss.; A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Istit. fed.*, Quad. 2, 2011, 69 ss. Vi è chi ritiene che l'obbligo involga l'organizzazione di procedure selettive, ma non di procedure concorsuali; così da ultimo: A. PRETEROTI, *Sulla disciplina applicabile alle promozioni dei dipendenti delle società a controllo pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, 266; A. BOSCATI, *Il reclutamento riformato*, in *Il reclutamento nelle P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, a cura di A. Boscati, A. Zilli, Cedam, Padova, 2022, 12 ss.; A. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, in *Federalismi.it*, 2018, 9.

cedure sono assistite da un certo livello di pubblicità (c.d. concorsi privati). In tali casi, tuttavia, la scelta è riconducibile in via esclusiva a un "autovincolo" espressione di autonomia privata<sup>72</sup> – pur se talora formalizzato in atti regolamentari interni – il cui superamento può al più rilevare quale indice di violazione dei principi di correttezza e buona fede che presiedono l'adempimento delle obbligazioni, dando origine a una responsabilità contrattuale o da scorrettezza nelle trattative (artt. 1175, 1375, 1337 c.c.)<sup>73</sup>. Ciò in quanto, come noto, i "regolamenti di organizzazione" adottati dall'imprenditore non sono propriamente tali: non si tratta cioè di fonti del diritto, capaci di una rilevanza giuridica esterna<sup>74</sup>, ma va ad essi piuttosto attribuita natura

<sup>72</sup> Sugli enti pubblici economici si veda L.R. LEVI, *La persona giuridica pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 620: «di "pubblico" (...) nulla infatti essi posseggono: non la organizzazione che non appare dissimile da quella di analoghe imprese o comunque di altri enti privati, non la attività svolta che si dimostra in ogni caso di natura economico-privata, non la posizione assunta nei confronti dei propri componenti e dei terzi con i quali possono entrare in rapporto, posizione che è essenzialmente di parità e di rapporti di diritto privato».

<sup>73</sup> Cass. civ., sez. un., 17 aprile 2007, n. 9095; Cass. civ., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 251; Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2005, n. 14330; Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2005, n. 9590; Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14672; Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 1998, n. 1274; Cass. civ., sez. un., 25 maggio 1998, n. 5199; Cass. civ., sez. lav., 5 novembre 1998, n. 11142. Escludono esplicitamente il fondamento *ex art. 97 Cost.*: Cass., sez. lav., 9 maggio 2005, n. 9590; Cass. civ., sez. lav., 25 maggio 1998, n. 5210. *Contra* Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2002, n. 1834; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1059, ove si afferma l'applicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990, cit.) agli atti di una procedura concorsuale bandita da un consorzio di trasporto pubblico, nonostante il carattere di ente pubblico economico. Sui concorsi privati: Cfr. G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 693; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 68 ss.; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 28 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 142 ss.

<sup>74</sup> Sulla rilevanza giuridica interna o esterna delle norme d'organizzazione adottate dagli enti pubblici si vedano: O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 124; G. ZANOBINI, *Regolamento*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XV, Utet, Torino, 1968, 241; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. III, Società editrice libraria, Milano, 1901, 130 ss., ove si distinguono norme di organizzazione a rilevanza esterna (c.d. regolamenti giuridici, secondo la bipartizione di origine germanica) e quelle prive di tale rilevanza (c.d. regolamenti amministrativi), considerate equivalenti a circolari e istruzioni. Queste ultime – che assolvono anzitutto alla distribuzione delle mansioni tra gli addetti agli uffici puramente interni – sono ricondotte al potere di organizzazione proprio di ogni istituzione e ai poteri di "supremazia speciale" a questa tradizional-

contrattuale, in quanto integrativi del contratto individuale di lavoro<sup>75</sup>, sicché non può normalmente affermarsene la rilevanza verso i terzi (art. 1372 c.c.).

Pur se una tal violazione può dar adito a una responsabilità civile, la selezione, anche ove indetta da un imprenditore pubblico (ente pubblico economico), sfugge alla disciplina tipica del procedimento amministrativo. Ciò comporta in particolare l'esclusione del generale obbligo di motivazione che s'impone ai provvedimenti, e delle garanzie di pubblicità e partecipazione che caratterizzano il "farsi" dell'attività amministrativa. Ne consegue inoltre che, non trattandosi di atti espressione di pubblico potere, il relativo sindacato è attribuito senz'altro al giudice ordinario, che – come noto – interviene a protezione dei diritti delle parti, limitandosi ad offrire una tutela di tipo essenzialmente risarcitorio<sup>76</sup>.

È solo per la pubblica amministrazione che si dà una rilevanza giuridica esterna delle norme di organizzazione perché le stesse conformano un apparato la cui attività è funzionalizzata, e cioè preordinata all'attuazione di interessi assunti come rilevanti per l'intera collettività e selezionati in quanto tali nelle sedi a tal fine democraticamente legittimate. Ne risulta la non indifferenza – agli occhi dei

mente riconosciuti nei confronti degli impiegati. Sono invece ritenute propriamente "giuridiche" le norme che stabiliscono lo stato giuridico degli addetti, o che disciplinano gli uffici destinati a svolgere un'attività giuridica rilevante all'esterno (organi), considerate manifestazioni di sovranità in quanto implicanti «una immediata e assolutamente nuova limitazione od ampliamento alla sfera di libertà dei sudditi». Secondo Santi ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1941, 337, hanno carattere esterno i soli regolamenti concernenti «uffici e istituti» che abbiano «esistenza giuridica pel pubblico» o che disciplinino lo stato giuridico dei funzionari. In tema inoltre M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 44, spec. nt. 59; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1970, 88; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, 69; A. CATELANI, *L'efficacia giuridica della norma interna nella giurisprudenza dei T.a.r. e del Consiglio di Stato*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, t. II, Maggioli, Rimini, 1987, 767. Da ultimo evidenza come il carattere non giuridico delle norme "interne" ne escluda la giustiziabilità sinanco a beneficio di coloro che sono inseriti nella stessa organizzazione (gli impiegati): A. PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, in *Dir. amm.*, 2022, 329.

<sup>75</sup> Si veda ad es.: Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 1993, n. 9804. In tema G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 107.

<sup>76</sup> Sulle differenze nel sindacato del giudice amministrativo e del giudice ordinario in materia di concorsi si veda *amplius infra*, cap. VI, par. 1.

terzi – delle soluzioni organizzative prescelte, in quanto idonee a condizionare la capacità di perseguire quegli stessi interessi, che delle amministrazioni pubbliche sono la ragion d'essere, secondo una conclusione che non pare scalfita dalla più recente distinzione tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione, viceversa attratti alla sfera del diritto privato<sup>77</sup>.

È dunque normale vedere riaffermata una medesima rilevanza giuridica delle norme di organizzazione in coincidenza con l'esercizio da parte di enti in controllo pubblico di attività strumentali a quelle istituzionali delle pubbliche amministrazioni affidanti, senza che l'adozione di modelli giuridici di diritto privato (società di capitali) valga a determinare diverse considerazioni. Così come si perviene ad analoghe soluzioni nell'ipotesi di enti cui l'ordinamento attribuisca contestualmente funzioni di regolazione e controllo e lo svolgimento di attività a carattere economico e imprenditoriale (autorità portuali)<sup>78</sup>.

Tale conclusione non viene meno in ragione dell'applicabilità al rapporto di lavoro del personale delle norme del codice civile e delle leggi speciali sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (d.lgs. n. 175 del 2016, cit., art. 19, comma 1). Suscita invece maggiori perplessità l'integrale devoluzione del contenzioso al giudice ordinario, senza distinguere, come avviene per la generalità delle amministrazioni contrattualizzate, le controversie sui concorsi da quelle sui rapporti in essere (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 4)<sup>79</sup>. Anche

<sup>77</sup> Si veda in tal senso S. BATTINI, *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, t. I, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, 376-377, secondo cui per gli atti di micro-organizzazione si darebbe una funzionalizzazione "attenuata", ove «le conseguenze giuridiche di eventuali deviazioni delle determinazioni organizzative rispetto al fine pubblico si sviluppano all'interno dell'amministrazione». Altri distinguono l'attività di gestione del personale che resterebbe funzionalizzata dai singoli atti in cui essa si manifesta, al contrario «privati del loro carattere funzionale»: A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, cit., 47.

<sup>78</sup> Lo stesso vincolo di osservanza dei principi di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, è stato previsto per il reclutamento nelle autorità portuali, contestualmente all'affermazione della natura di enti pubblici non economici «di rilevanza nazionale a ordinamento speciale» (l. 28 gennaio 1994, n. 84, art. 6, comma 5, come mod. dal d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169, art. 7, comma 1), pur essendo il personale disciplinato, per il resto, dal diritto civile. Ciò si deve alla "doppia anima" di tali organizzazioni: l'una, legata alla titolarità di poteri pubblicistici di regolazione e di controllo, a garanzia del rispetto delle regole di mercato tra le imprese operanti nel porto, l'altra, connessa all'esercizio diretto di attività economiche e alla prestazione di servizi: Corte cost., 30 giugno 2023, n. 133.

<sup>79</sup> Cass. civ., sez. un., 27 marzo 2017, n. 7759; Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28330.

per questa ragione, il regime che ne risulta non equivale comunque *in toto* a quello proprio dei “pubblici uffici”, autorizzando l’impiego di locuzioni che enfatizzano un cambio o adattamento della natura giuridica di tali organizzazioni societarie pur sempre imperfetto, verso una “pseudo” o “quasi” pubblicità, che dà piuttosto evidenza alle “contaminazioni” esistenti tra le due sfere del pubblico e del privato<sup>80</sup>.

#### 4. *Il pubblico concorso: una norma di organizzazione a tutela di buon andamento e imparzialità dell’amministrazione*

Fu già Silvio Spaventa a evidenziare nel suo celebre discorso bergamasco del 1888 la necessità di una legge «sullo stato degli impiegati, che definisca assai precisamente le condizioni ed i modi con cui gli uffici pubblici sono conferiti, come ci si può avanzare e le cause per cui si perdono», al fine di arginare l’«immenso patronato» di cui gli organi di indirizzo politico beneficiano nel distribuire ai loro “partigiani” impieghi ed uffici, «con danno non piccolo delle amministrazioni pubbliche e della pubblica moralità»<sup>81</sup>.

La citazione vale tutt’oggi a esprimere l’insuperabile correlazione tra i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e quello del pubblico concorso<sup>82</sup>, quale modalità predominante di conferimento degli uffici pubblici che trova ecce-

<sup>80</sup> In tema B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit., 226.

<sup>81</sup> S. SPAVENTA, *Giustizia nell’amministrazione*, cit. Il rapporto tra concorso e moralità dell’amministrazione è evidenziato già da E. LABOULAYE, *De l’enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, cit., 595: «[L’État] a dans les mains avec le concours un instrument de moralité sans pareil, et avec lequel il peut exercer sur la nation la plus favorable influence».

<sup>82</sup> Al punto che il concorso è considerato «regola applicativa» del principio d’imparzialità: S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, cit., 61, 123. Nello stesso senso A. ROMANO, *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale controriforma*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, 267: «il comma 3 dell’art. 97 Cost., impone il concorso per l’accesso agli impieghi con gli enti pubblici, come strumento per assicurare quella imparzialità che il primo comma del medesimo articolo proclama tanto radicalmente come canone fondamentale dell’azione amministrativa. E lo impone, come assicurazione di rispetto di questo principio in un momento così tipico di questa azione, come la selezione di chi di tali enti diverrà poi dipendente: particolarmente, di coloro i quali saranno chiamati a formulare e a realizzare in futuro la medesima azione. Quindi, quell’orientamento rivela la *consapevolezza, sia pure taciuta, che sono quel carattere pubblico e quella giurisdizione amministrativa, la più efficace garanzia di questa imparzialità*» (corsivo aggiunto).

zione solo ove siano individuabili peculiari finalità di interesse pubblico idonee a legittimare una differente soluzione organizzativa<sup>83</sup>.

Il binomio di imparzialità e buon andamento si riduce in tal senso a endiadi, con diluizione della specificità delle due nozioni, poiché l'imparzialità si risolve qui nel buon andamento, o meglio l'uno presuppone l'altra, dando corpo a un principio costituzionale unitario. Ciò contrariamente a una lettura spesso evocata a sostegno dell'opzione di superamento della gestione del personale con atti amministrativi, ove si è voluto cogliere nella tutela dell'imparzialità un ostacolo – o quantomeno un'attenuazione – del buon andamento, o che comunque li ha intesi come principi nettamente distinti, perciò suscettibili di diverse ipotesi di bilanciamento pur compatibili con il dettato costituzionale<sup>84</sup>. Si è così voluto affermare che l'applicazione del regime di diritto pubblico al rapporto d'impiego, seppur capace di offrire una migliore protezione agli interessi dei terzi (imparzialità), comporti di necessità una minor flessibilità nell'organizzazione degli uffici, e dunque sia suscettibile di incidere negativamente sull'efficienza della pubblica amministrazione, ivi intesa quale significato primo della nozione costituzionale di buon andamento<sup>85</sup>.

La piena affermazione del modello concorsuale si deve invece – e non solo in Italia<sup>86</sup> – all'esigenza di arginare l'utilizzazione clientelare o a fini di consenso degli uffici pubblici<sup>87</sup>, e dunque a una fi-

<sup>83</sup> Cfr. *infra*, capitolo IV, par. 5.

<sup>84</sup> Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, a proposito della privatizzazione della dirigenza di livello non generale.

<sup>85</sup> Trattasi di un argomento noto, che sottostà a molte delle riforme ispirate al c.d. *New Public Management* (vedi *supra*, Capitolo I, nt. 9).

<sup>86</sup> La "Commissione Forti" (1947) intende il «concorso per esame» in guisa di «premessa essenziale dell'imparzialità nell'assunzione» poiché consente di arginare «l'arbitrio, le raccomandazioni personali, i favoritismi»: Presidenza del Consiglio dei Ministri-Commissione per la riforma della pubblica amministrazione, *La legge generale sulla pubblica amministrazione. L'organizzazione amministrativa dello Stato. L'organizzazione amministrativa degli enti pubblici. La giustizia amministrativa*, Roma, 1948, 142-143, richiamato da E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici*, cit., 31; cfr. inoltre C. PINELLI, *Art. 97, 1° comma, parte II, Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, cit., 32-33.

<sup>87</sup> Così ad es., secondo F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., 172 ss., negli Stati Uniti d'America, ove la generalizzazione dei «*competitive exams*» con il *Pendleton Civil Service Reform Act* (1883) vuole innanzi tutto realizzare la «*moralizzazione*» di un'amministrazione corrotta dall'abuso dello *spoils system*. Nello stesso senso M. BOGDANOW and Hon. T. LANPHEAR, *History of the Merit System Protection Board*, in *J. Fed. Cir. Hist. Soc'y*, 2010, 4, 109; J. PELLEW, *The Spoils System and the Concept of Merit in the American Civil Service*, in *Le système du*

nalità anticorruptiva<sup>88</sup> che, nel proteggere i diritti fondamentali dei singoli<sup>89</sup>, tutela l'interesse dell'amministrazione stessa. L'affermazione dei requisiti organizzativi dell'imparzialità rafforza infatti la legittimazione degli enti pubblici agli occhi degli amministrati, e la fiducia nell'esercizio di attività al riparo da condizionamenti indebiti, poiché, come noto, «il riferimento dell'imparzialità al momento organizzativo si traduce(va) in predisposizione imparziale delle condizioni organizzative dell'attività»<sup>90</sup>.

Sebbene il principio del concorso sia stato annoverato tra le garanzie «concernenti le persone addette agli uffici», più che «l'apparato amministrativo oggettivamente considerato»<sup>91</sup>, pare innegabile che a risulturne tutelato sia anche quest'ultimo, sia in quanto la procedi-

*mérite – The merit system*, cit., 71. Analogamente in Spagna i concorsi si affermano contro la degenerazione del sistema di «*patronazgo*»: F. PUERTA SEGUIDO, *El acceso al empleo público*, in L. ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007, 404. In tutto l'occidente l'affermarsi della meritocrazia volle dar soddisfazione all'aspirazione delle classi medie a che «le posizioni di responsabilità all'interno dello stato, sia in ambito civile che militare, fossero assegnate sulla base di provate competenze piuttosto che sulla base del nepotismo, del clientelismo, della corruzione e della compravendita»: J.H. GOLDTHORPE, *I problemi della meritocrazia*, cit., 7.

<sup>88</sup> La correlazione tra organizzazione, imparzialità e anticorruzione è stata recentemente evidenziata da G. GARDINI, *Impartiality, independence of managers and the reforms of civil service in Europe*, in *Preventing corruption through administrative measures*, edited by E. Carloni, in collaboration with D. Paoletti, Morlacchi, Perugia, 2019, 199 ss.

<sup>89</sup> Sul rapporto tra corruzione della pubblica amministrazione e (lesione dei) diritti fondamentali degli individui, da ultimo: G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent against the Lack of Loyalty*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2014, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), e in *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, edited by G.M. Racca, R. Yukins, Bruylant, Bruxelles, 2014, 23 ss.; S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Conflicts of Interest*, in *Corruption And Conflicts Of Interest. A Comparative Law Approach*, edited by J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2014, 5-10; G. SWEENEY, *Linking Acts of Corruption with Specific Human Rights*, in *Corruption and Human Rights in Third Countries*, Workshop of the European Parliament, 28 February 2013, in <http://bookshop.europa.eu/>, 8 (consultato a giugno 2023). Di recente per un'ampia analisi degli istituti rilevanti in materia di anticorruzione: E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole e modelli*, il Mulino, Bologna, 2023.

<sup>90</sup> C. PINELLI, *La pubblica amministrazione, Art. 97 1° comma, parte II*, cit., 71; ma anche U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, 20 ss., 291 ss.; ID., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205 ss.; ID., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1993, 134 ss.

<sup>91</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo 1959-60*, cit., 51-52.

mentalizzazione che lo caratterizza è utile a esercitare un controllo sui funzionari e a ridurre errori e comportamenti opportunistici<sup>92</sup>, sia perché in tal modo è protetta l'immagine che di esso è fornita agli amministrati<sup>93</sup>.

Il rapporto di fiducia tra i destinatari dell'attività amministrativa e l'amministrazione costituisce una prioritaria condizione di efficacia ed efficienza della stessa attività<sup>94</sup>, ponendosi come prerequisito della collaborazione e buona fede cui le reciproche relazioni debbono essere improntate (l. n. 241 del 1990, cit., art. 1, comma 2 *bis*)<sup>95</sup>. La violazione del principio del concorso determina così un pregiudizio che subisce anzitutto la stessa pubblica amministrazione, con affermazione di una responsabilità amministrativa del funzionario che vi abbia dato corso<sup>96</sup>, il quale può ben essere chiamato a risarcire il "danno sociale"<sup>97</sup> correlato alla perdita di legittimazione dell'appara-

<sup>92</sup> La procedimentalizzazione delle gare pubbliche è utile ad abbattere i "costi di influenza" correlati alla perdita di efficienza per risorse sprecate e decisioni distorte: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., 172; ID., *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, Giuffrè, Milano, 2021, 14 ss.

<sup>93</sup> Sulle più recenti evoluzioni in materia di danno all'immagine si vedano: Corte cost., 19 luglio 2019, n. 191; Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355, con nt. di C.E. GALLO, *Passato, presente e futuro del danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2011, 412 ss. Cfr. da ultimo: C. GIUSTI, *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 998 ss.; D. CASALINI, *La rilevanza dei comportamenti "fuori servizio" dei dipendenti pubblici*, in *Al servizio della Nazione*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Franco Angeli, Milano, 2009, 246; F. LILLO, *Danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., t. I, Utet, Torino, 2008, 273 ss.; W. CORTESE, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2004; F. CORTESE, *Il risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione: profili processuali e sostanziali*, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 380 ss.; L. CIRILLO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione: sua configurazione dommatica alla luce della più recente giurisprudenza*, *ivi*, 2003, 2035 ss.; M. DIDONNA, *Il danno all'immagine ed al prestigio della pubblica amministrazione*, Cacucci, Bari, 2003; R. URSI, *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 309 ss.

<sup>94</sup> Il danno all'immagine consegue alla «corale disapprovazione e diffuso e persistente sentimento di sfiducia della collettività nell'Amministrazione, data la manifesta ed abnorme contrarietà del suo operato in relazione alla violazione dei doveri di servizio, ai fondamentali canoni della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità»: Corte Conti, sez. giur. Reg. Lombardia, 14 marzo 2014, n. 47.

<sup>95</sup> Su cui vedi *infra*, capitolo IV, spec. nt. 87.

<sup>96</sup> Ad es. Corte Conti, sez. II, 11 maggio 2012, n. 295, per la condanna al risarcimento del danno all'immagine in un caso di corruzione della commissione di concorso.

<sup>97</sup> L'espressione è utilizzata a proposito del danno all'immagine da Corte Conti, Sez. I App., n. 40 del 2020, cit.

to amministrativo per l'inosservanza dei vincoli di "buona amministrazione"<sup>98</sup>.

Un siffatto pregiudizio si verifica non soltanto nel caso di assunzioni dirette (non riconducibili alle limitate ipotesi di deroga compatibili con la Costituzione), ma anche ove del concorso siano violate le norme procedurali a presidio d'imparzialità, pubblicità e trasparenza, senza che si voglia per il momento approfondire l'autonoma questione della tutela processuale della mera "apparenza d'imparzialità", cioè della deducibilità in giudizio della violazione delle norme procedurali in assenza della prova di un'effettiva lesione dell'imparzialità<sup>99</sup>.

Tutto ciò non esclude la rilevanza autonoma del principio del buon andamento a fondamento del concorso ove lo stesso sia inteso quale presidio della professionalità della burocrazia amministrativa, cioè come strumento di verifica della "capacità naturale" dei candidati, e dunque quale misura dell'adeguatezza degli apparati pubblici all'esercizio delle funzioni loro affidate (art. 97, art. 118, comma 1, Cost.)<sup>100</sup>. Verifica di professionalità minima da specificarsi in correlazione con le caratteristiche del posto messo a bando, che l'evoluzione verso una maggiore (e vieppiù crescente) complessità delle esigenze – e delle conoscenze a tal fine necessarie – spinge verso una specializzazione crescente.

<sup>98</sup> J. PONCE, *Preventing corruption through the promotion of the right to good administration*, in *Preventing corruption through administrative measures*, cit., 64-66.

<sup>99</sup> Sul punto si veda Cons. St., Ad. Plen., 20 novembre 2013, nn. 26, 27, 28: l'annullamento di un concorso per violazione di norme procedurali (nella specie a presidio dell'anonimato delle candidature) è possibile anche ove si tratti di procedure vincolate (test a risposta multipla), poiché non occorre accertare se il riconoscimento della prova si sia effettivamente determinato, o abbia concretamente leso l'interesse del candidato, ma è al contrario sufficiente «la mera, astratta possibilità dell'avverarsi di una tale evenienza», atteso che si tratta di garanzie aventi «valenza generale ed incondizionata».

<sup>100</sup> In tal senso tra molte Corte cost., 4 aprile 1990, n. 161: «Il terzo comma si coordina non solo con l'art. 51, primo comma, in funzione di garanzia dell'egualianza dei cittadini, ma anche col primo comma dello stesso art. 97, il pubblico concorso essendo uno strumento destinato ad assicurare l'efficienza della selezione» nella misura in cui necessariamente è «diretta a far ragionevolmente ritenere che egli [il dipendente] sia in possesso dei requisiti necessari», con rinvio a Corte cost., 24 gennaio 1989, n. 21. Secondo M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 84 ss., il principio di buon andamento si traduce nel criterio dell'efficienza, il quale a sua volta significa «adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato voluto», comportando la necessaria «attribuzione all'amministrazione di mezzi giuridici elastici, per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata».

Tale finalità di verifica della “professionalità minima necessaria” legittima il reclutamento di un numero di vincitori inferiore rispetto ai posti messi a bando, consentendo sinanco di concludere la procedura senza reclutarne alcuno, e comunque impone il concorso anche in presenza di un unico candidato<sup>101</sup>. Allo stesso tempo, l'assenza negli organici di tali professionalità minime necessarie legittima la sottrazione di funzioni e compiti con devoluzione a livelli amministrativi maggiormente adeguati, operando dunque come criterio di allocazione delle funzioni amministrative (art. 118, comma 1, Cost.)<sup>102</sup>.

A differenza di una mera “procedura selettiva” che lasci aperta la scelta tra più candidati parimenti idonei<sup>103</sup>, il concorso pubblico offre tutela al principio d'imparzialità della pubblica amministrazione in ragione del carattere comparativo che lo definisce<sup>104</sup>. Il numero contingentato dei posti a bando impone la scelta del candidato “migliore” in applicazione di criteri predeterminati e secondo un modulo procedimentale idoneo a fugare ogni dubbio circa l'assenza di abusi, favoritismi, o altri comportamenti *lato sensu* corruttivi.

In quanto procedimento amministrativo, il concorso si correla a quel “modo di essere dell'amministrazione” come forma del pubblico potere che ne garantisce l'*accountability*: la scansione procedimentale dà attuazione al principio di trasparenza<sup>105</sup>, fornendo giu-

<sup>101</sup> In tal senso ad es. R. JANNOTTA, *Concorso ad un pubblico impiego*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Utet, Torino, 1989, 329.

<sup>102</sup> *Amplius infra*, capitolo V, par. 3.

<sup>103</sup> Secondo l'espressione usata dal legislatore all'indomani della contrattualizzazione del pubblico impiego (d.lgs. n. 29 del 1993, cit., art. 36), con cui si voleva alludere – secondo la lettura prevalente – a procedure meramente idoneative, tali da lasciar spazio alla più lata discrezionalità dei “manager” pubblici nella scelta dei propri collaboratori. In tal senso B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., 533. Si vedano inoltre i riferimenti citati *supra*, capitolo I, nt. 47.

<sup>104</sup> Si veda ad es. Cons. St., sez. III, 7 dicembre 2011, n. 6425: il carattere concorsuale è correlato alla «valutazione comparativa del merito dei candidati, accertato attraverso l'esame dei titoli ed un colloquio orale, e la successiva formulazione di una graduatoria (...), assolutamente vincolante»; Cons. giust. amm. Reg. Sic., 19 maggio 2011, n. 366. Cfr. S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Cedam, Padova, 2002, 27; in particolare sulla diversità delle procedure meramente idoneative e di abilitazione: G. ROSSI, *Esame di Stato*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Treccani, Roma, 1989, 1 ss.; N. SAIITA, *Esame di Stato*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, 340 ss.; da ultimo: M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale*, cit., 40 ss.

<sup>105</sup> Sulla correlazione tra *accountability* e trasparenza delle organizzazioni pubbliche si veda, da ultimo: E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, il Mulino, Bologna, 2022, 74 ss.

stificazione alle scelte di reclutamento compiute e – come si è già ricordato – assolvendo a una finalità di anticorruzione<sup>106</sup>.

L'esigenza di consentire la controllabilità delle scelte del datore di lavoro pubblico acquisisce particolare rilevanza in quanto, come si è già visto, il reclutamento consente la partecipazione alla gestione della *res pubblica*, e dunque l'esercizio di un diritto politico del cittadino (art. 51, comma 2, Cost.). In tal modo esso è correlato al principio democratico, secondo un carattere che si giustappone all'altrettanto rilevante attenzione per il buon uso delle risorse pubbliche che normalmente ispira le norme in materia di trasparenza.

È in tal senso che, come meglio si vedrà<sup>107</sup>, trova spazio la considerazione dell'interesse del singolo rilevante nella fattispecie concreta, che si afferma quale limite al perseguimento dell'interesse pubblico, ivi inteso quale coincidente con l'interesse dell'amministrazione, nella sua qualità di datore di lavoro, alla selezione del miglior candidato. Si ritrova così un'idea di imparzialità – cui le norme procedurali danno tutela garantendo l'*accountability* della scelta – da leggersi anzitutto nel senso di limite alla discrezionalità dell'agire amministrativo<sup>108</sup>.

Il carattere concorsuale non viene meno ove sia derogato il principio *stricto sensu* meritocratico, che pure è spesso sovrapposto al primo<sup>109</sup>. Anche le procedure utili al reclutamento negli impieghi caratterizzati da modesta qualificazione professionale (chiamata diretta o “avviamento” dalle liste tenute dai centri per l'impiego)<sup>110</sup>, seppur semplificate per ragioni di efficienza, mantengono il carattere comparativo. La selezione secondo il “merito sociale” tutela l'imparzialità della scelta in ragione di modalità procedurali ispirate a pubblicità e trasparenza, che s'impongono specialmente in consi-

<sup>106</sup> La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 (c.d. convenzione di Merida) e ratificata in Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116, stabilisce all'art. 7: «Ciascuno Stato Parte si adopera, (...) al fine di adottare, mantenere e rafforzare dei sistemi di reclutamento, assunzione, fidelizzazione, promozione e pensionamento dei funzionari e, se del caso, degli altri pubblici ufficiali non eletti, che: a) vertano sui principi di efficacia e di trasparenza e su criteri obiettivi quali il merito, l'equità e l'attitudine».

<sup>107</sup> Cfr. *infra*, capitolo IV.

<sup>108</sup> Sull'imparzialità come limite, in particolare a garanzia della “democraticità” dell'amministrazione: A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1973, 98, 150 e 187 ss.; Id., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1997, 171 ss.

<sup>109</sup> Vedi *supra*, capitolo II, nt. 142.

<sup>110</sup> Vedi *supra*, capitolo II, nt. 214.

derazione del carattere rivale del bene attribuito (il posto di lavoro), da cui l'esigenza di una distribuzione secondo criteri oggettivi e controllabili (l. n. 241 del 1990, cit., art. 12). Né manca in tali casi un accertamento dell'idoneità professionale dei candidati, pur se proporzionato al carattere elementare delle mansioni.

##### 5. *Il pubblico concorso a tutela dell'imparzialità soggettiva del funzionario*

Insieme all'imparzialità della scelta di reclutamento, il concorso tutela lo stesso principio nella sua dimensione soggettiva espressa dall'obbligo dei pubblici impiegati di essere "al servizio esclusivo della Nazione" (art. 98 Cost.)<sup>111</sup>. Il superamento della selezione concorsuale fornisce infatti una legittimazione al funzionario che vale come affermazione di prestigio professionale<sup>112</sup> e allo stesso tempo presunzione di integrità, favorendone l'indipendenza di giudizio in sede di esercizio della sua attività.

Gli istituti che tradizionalmente caratterizzano la carriera nella pubblica amministrazione valgono al rafforzamento di tale posizione di equidistanza e autorevolezza del funzionario: così la stabilità<sup>113</sup>, il regime dell'"etica pubblica" e della responsabilità discipli-

<sup>111</sup> In tema R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto fondamentale degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, in *Al servizio della Nazione*, cit., 149; L. COEN, *Art. 98*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova, 2008, 695 ss.; N. ASSINI, M. SOLINAS, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 1; G. SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, cit. 129 ss.; A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991, 58; C. PINELLI, *Il 1° comma dell'art. 98, Il vincolo dei funzionari al «servizio esclusivo della Nazione»*, in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, cit., 413.

<sup>112</sup> Il rapporto tra tutela del prestigio del singolo funzionario e principio del buon andamento è affermato già da Corte cost., 19 luglio 1968, n. 109 e da Corte cost., 14 aprile 1980, n. 51, entrambe a proposito del reato di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 c.p.).

<sup>113</sup> Il rapporto di pubblico impiego è «di regola *duraturo, permanente*, nel senso che alla cessazione di esso non è previsto alcun termine, o se è un termine è apposto, è latissimo, tale – si può dire, da abbracciare la maggiore e miglior parte della vita di un uomo», secondo un carattere che si contrappone alla nomina per *spoils system* diffusa negli Stati Uniti, cui sono correlate «abitudini di concussione e disonestà»: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., XVI ss. Si vedano altresì S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, cit., 11; F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., 187: «Réaffirmer que ceux que l'on recrute – en raison de

nare, quello delle incompatibilità, del “*pantouflage*”, le norme sui conflitti di interesse e gli obblighi di comunicazione dei propri interessi finanziari, e così via<sup>114</sup>. Si creano in tal modo le condizioni organizzative e ambientali che garantiscono l’esclusione di interferenze indebite sul decisore<sup>115</sup>, sia nel senso di sottrarlo da pressioni inappropriate eventualmente esercitate dagli organi di indirizzo politico – nei cui confronti il funzionario non ha debiti di riconoscenza, perché non deve loro il proprio reclutamento<sup>116</sup> –, sia nel senso di evitarne la cattura da parte degli amministrati, poiché la sua posizione è rafforzata dalla legittimazione professionale derivante dal reclutamento meritocratico.

In tal senso può presumersi che il funzionario reclutato per concor-

*leur mérite – doivent pouvoir faire une véritable carrière au service de l’État signifie que le pouvoir discrétionnaire des responsables politiques soit strictement limité. En fait, en France et en Angleterre, nombre de ceux qui [...] occupent des emplois administratifs y passent la plus grande partie de leur vie et la permanence constitue une règle globalement respectée*». Sulla stabilità come elemento che differenzia l’impiego pubblico dal contratto di appalto di servizi, vedi *supra*, nt. 51.

<sup>114</sup> In tema: F. MERLONI e A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. un lessico*, Donzelli, Roma, 2021, 87 ss., 107 ss.; R. CANTONE e F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 879 ss.; F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Franco Angeli, Milano, 2009, *passim*; F. MERLONI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici - il regime delle inconfirmità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 806 ss.; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2007, 129 ss.; ID., *Il diritto dell'onestà. Etica pubblica e pubblici funzionari*, in *il Mulino*, 2007, 35 ss.; G. SIRIANNI, *Il pantouflage pubblico-privato*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 251 ss.; M. MARTONE, *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, 575 ss. In particolare, sull’integrità del funzionario pubblico e sulla “pressione” degli interessi: E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole e modelli*, cit., 139 ss.; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2021, 101 ss.; M. ARGENTATI, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in una prospettiva di diritto comparato*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 929 ss.

<sup>115</sup> I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, cit., 48.

<sup>116</sup> All’organo di indirizzo politico è spesso attribuito il potere di conferimento dell’incarico dirigenziale, secondo un elemento di sistema suscettibile di compromettere la tenuta del principio di imparzialità anche in ragione della durata degli incarichi, come ha da tempo segnalato anzitutto F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006, 179. Sull’imparzialità come divieto di politicizzazione indotta, necessario in una struttura costituzionale caratterizzata da pluralità delle forze politiche e dalla necessità di mantenere la pubblica amministrazione in condizione di neutralità in quanto rivolta alla generalità dei cittadini: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, 111.

so si ponga al di sopra – o in una posizione di equidistanza – rispetto agli interessi di parte che possono confliggere o comunque condizionare il perseguimento dell'interesse pubblico, o di cui sono naturalmente portatori gli organi di indirizzo politico<sup>117</sup>. Presunzione di integrità che – insieme all'accertamento della professionalità che caratterizza la selezione – vale a fondare nel singolo una peculiare legittimazione e serenità di giudizio in sede di assunzione di decisioni capaci di incidere unilateralmente nella sfera giuridica soggettiva altrui<sup>118</sup>.

Siffatta conclusione non è contraddetta, ma anzi indirettamente confermata, da quelle limitate ipotesi in cui sia lo stesso buon andamento a imporre la deroga al principio del concorso in ragione della necessità di un reclutamento per definizione non imparziale<sup>119</sup>. È il caso del c.d. *spoils system*, ove sono le stesse esigenze di funzionamento dell'amministrazione – e specialmente quelle di funzionalità del rapporto politica-amministrazione – a imporre nomine ispirate a vincoli di fiducia personale, che spesso si risolvono nella comune militanza politica o partitica.

Come noto, l'ammissibilità di tale modello è nel nostro ordinamento circoscritta agli incarichi c.d. apicali, cioè quelli attribuiti ai funzionari destinati a operare a diretto contatto con gli organi politici, fungendo da elemento di raccordo rispetto alla struttura burocratica, perché chiamati alla concreta realizzazione del "compromesso" tra livello politico e amministrativo. Quest'ultimo impone di individuare strumenti organizzativi rispettosi del principio di

<sup>117</sup> Il funzionario pubblico «se pure è servo e presta servizio, e presta per compenso o per mercede la sua attività, è servo dell'ufficio e non dei superiori»: C. ESPPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, cit., 246.

<sup>118</sup> S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.: «il principio del merito e l'istituto del concorso che lo attua» servono a «tre scopi, il primo dei quali è quello della efficienza dell'amministrazione (perché questa possa disporre dei migliori, naturalmente in termini relativi); il secondo quello dell'imparzialità amministrativa (perché la scelta dei dipendenti pubblici non sia influenzata dalla politicità del vertice amministrativo); il terzo quello dell'eguaglianza (nel senso che vengano date a tutti eguali possibilità di accesso ai pubblici uffici)». Per l'analisi della differenza tra la neutralità (o terzietà) del giudice e l'imparzialità dell'amministrazione: U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 165; da ultimo si veda inoltre I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, cit., 26 ss.

<sup>119</sup> Secondo C. PINELLI, *Art. 97, 1° comma, parte II*, cit., 94, «non è nemmeno scontato affermare che a un'imparzialità così intesa deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici», poiché «il riconoscimento della complessità e crescente varietà tipologica degli apparati può portare a giustificare preventivamente qualsiasi scelta legislativa».

“distinzione” tra politica e amministrazione<sup>120</sup> e coerenti, allo stesso tempo, con quello di legittimazione democratica, con esclusione di una qualsiasi soluzione di continuità tra gli organi di indirizzo e quelli di gestione, ma assicurandosi al contrario la “guida politica” dell’amministrazione (art. 95, Cost.)<sup>121</sup>. Strumenti organizzativi che

<sup>120</sup> Si vedano Corte cost., 23 febbraio 2023, n. 26; Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23; Corte cost., 10 marzo 2017, n. 52; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 15; Corte cost., 22 novembre 2016, n. 269; Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 20; Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37; Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 27; Corte cost., 17 giugno 2013, n. 152; Corte cost., 30 luglio 2012, n. 212; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310; Corte cost., 25 luglio 2011, n. 246; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 228; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 124; Corte cost., 20 ottobre 2010, n. 304; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224; Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34; Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351; Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161; Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104; Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233; Cass. civ., sez. lav., 5 maggio 2017, n. 111015. Cfr. S. BATTINI, *Fenomenologia dello spoils system: un nuovo stato patrimoniale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 3, 997 ss.; ID., *L’invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 269 ss.; ID., *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 183 ss.; L. SALTARI, *Profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in *Venti anni di “politica e amministrazione” in Italia*, coord. da S. Battini e L. Fiorentino, IRPA Working Paper - Policy Papers Series No. 1/2014, 79 ss.; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bononia University Press, Bologna, 2012, 193 ss.; ID., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2003, 295 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, cit., 135 ss.; ID., *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 57 ss.; ID., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, cit., 129 ss.; ID., *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale. A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 51 ss.; G. D'ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *Lav. p.a.*, 2007, 349 ss.; G. ENDRICI, *Il potere di scelta: le nomine tra politica e amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2000, 17 ss., 81 ss., 205 ss. Incarichi apicali sono quelli cui normalmente è associata l'adozione di «atti generali, impersonali o, comunque, non suscettibili di regolamentazione mediante direttive uniformi», gli unici che «possono essere esercitate da persone scelte con criteri politici» secondo A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., 205.

<sup>121</sup> Così S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, t. I, cit., 211.

si risolvono appunto nella previsione di impieghi attribuiti secondo logiche di *spoils system*<sup>122</sup>.

Al di là di tali limitate ipotesi, l'amministrazione resta «governata dal principio dell'imparzialità»<sup>123</sup>, che ne impone altresì il pluralismo. La selezione «cieca» alle opinioni dei candidati, più che un'amministrazione soggettivamente neutrale, ne assicura una composizione capace di riflettere «la pluralità di posizioni culturali e ideali esistenti nel paese»<sup>124</sup>, ove tuttavia non viene meno la doverosità di un agire che sappia essere, rispetto a tutte, equidistante. Resta ferma la sola rilevanza, in sede di reclutamento, delle rare posizioni e opinioni assolutamente incompatibili con il perseguimento delle finalità di interesse pubblico, o meglio di quelle assurde al rango di elementi costitutivi dello stesso interesse, e dunque non più tali da poter essere considerate rappresentative di interessi di parte, come avviene ad es. quando una peculiare appartenenza religiosa, o una convinzione filosofica determinata, siano in contrasto con l'erogazione di prestazioni di servizio pubblico che l'ordinamento abbia assunto come oggetto di un diritto soggettivo<sup>125</sup>.

È alla luce di tali considerazioni che occorre leggere l'intera serie di atti e adempimenti che caratterizza la disciplina del concorso in guisa di speciale procedimento amministrativo, ove la lata discrezionalità che caratterizza il reclutamento è compensata da una rigida scansione procedimentale. Quest'ultima è infatti intesa a garantire pubblicità e trasparenza della selezione, insieme agli ulteriori principi che caratterizzano il «giusto procedimento», in tal modo assunto a garanzia dell'imparzialità, la cui rilevanza si afferma in particolare in presenza di decisioni che non costituiscano una mera applicazione di criteri predeterminati<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Da ultimo per un'analisi degli impieghi attribuiti secondo *spoils system*, ove si critica la coincidenza con la dimensione fiduciaria (non tutti sono revocabili *ad nutum*): S. BATTINI, *Fenomenologia dello spoils system: un nuovo stato patrimoniale?*, cit., 1028 ss.

<sup>123</sup> S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., 162.

<sup>124</sup> COSÌ G. BORRÈ, *Il 3° comma dell'art. 98*, in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, cit., 459. In Francia è nota la vicenda di cui all'«*arrêt Barel*», relativa al diniego di ammissione al concorso di entrata all'E-na di un candidato in ragione delle sue opinioni politiche (appartenenza al partito comunista): Conseil d'État, 28 mai 1954, *Barel*. Cfr. D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil: son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, cit., 248.

<sup>125</sup> Vedi *supra*, capitolo II, par. 3.

<sup>126</sup> Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453: «il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di impar-

In tal senso si pongono l'obbligo di definire la *lex specialis* del procedimento, e in particolare i requisiti di partecipazione – che, come si è visto, sono in via prioritaria correlati alle finalità di interesse pubblico perseguite –, quello di pubblicazione del bando e individuazione del responsabile del procedimento, le previsioni sui termini, sulle modalità di espletamento delle prove, sulla verbalizzazione e così via. Ancora, in tal senso va letta la disciplina sulla commissione di concorso, la cui imparzialità è preservata sia dalla norma di principio che ne vuole la nomina successiva alla presentazione delle domande, sia dall'attenzione riposta alla qualificazione dei componenti, che debbono essere esperti della materia e al riparo da facili sospetti di indebite influenze politiche o sindacali<sup>127</sup>, confermandosi in tal modo l'idea che la discrezionalità tecnica, a questi attribuita, sia di per sé garanzia di imparzialità in quanto limite alla discrezionalità c.d. pura<sup>128</sup>.

Le previsioni sul procedimento amministrativo concorsuale sono senz'altro suscettibili di semplificazione, pur se questa non deve necessariamente tradursi – come talora è accaduto – nella riduzione in numero o complessità delle prove di concorso<sup>129</sup>. Come si vedrà, si può a tal fine beneficiare del supporto di strumenti telematici e di intelligenza artificiale, che possono specialmente accelerare le fasi prelettive o di classificazione dei titoli, fornendo un ausilio alla commissione di concorso e al responsabile del procedimento per le operazioni di verbalizzazione delle decisioni, e forse anche offrendo valutazioni o proposte di valutazione almeno in parte automatizzate<sup>130</sup>.

zialità ed al servizio esclusivo della Nazione», purché «nelle sue modalità organizzative e procedurali» l'ordinamento si ispiri «al rispetto rigoroso del principio di imparzialità». Sul rapporto tra giusto procedimento e imparzialità: C. PINELLI, *Art. 97, 1° comma, parte II*, cit., 65 ss.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996, 300 ss.

<sup>127</sup> Cfr. *infra*, capitolo IV, nt. 58.

<sup>128</sup> Così C. PINELLI, *op. ult. cit.*, 60.

<sup>129</sup> Da ultimo per la riduzione del numero di prove scritte da due a una: d.l. n. 80 del 2021, cit., art. 1, comma 4. La semplificazione lascia perplessi specialmente ove si risolva nella sostituzione degli scritti a risposta aperta con la somministrazione di quiz a risposta multipla, della cui capacità selettiva molti dubitano.

<sup>130</sup> In tema *amplius infra*, capitolo V.

## CAPITOLO IV

# Il concorso come esercizio di una funzione amministrativa

SOMMARIO: 1. Il procedimento amministrativo concorsuale. – 2. Il procedimento aperto al pubblico e la protezione degli interessi dei singoli. – 3. Il “giusto procedimento” concorsuale: le garanzie partecipative e il soccorso istruttorio. – 4. Le eccezioni al pubblico concorso nei “casi previsti dalla legge”. – 5. Le eccezioni al pubblico concorso per esigenze di interesse pubblico “peculiare e straordinario”.

### 1. *Il procedimento amministrativo concorsuale*

La contrattualizzazione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni non ha superato il carattere di pubblico potere che da tempo investe tanto il procedimento concorsuale, quanto il provvedimento che ad esso pone conclusione.

L'invocazione del modello dell'autonomia imprenditoriale, che ha ispirato le riforme degli anni '90, non è andata oltre alcuni incerti tentativi di stemperamento della nozione verso una maggiore libertà di scelta del datore di lavoro pubblico (e per esso della dirigenza), senza pervenire al superamento del tradizionale carattere pubblicistico del concorso<sup>1</sup>. Nè vi sono riuscite alcune ipotesi ricostruttive tese a valorizzare il carattere (anche) negoziale del procedimento concorsuale, o lo svolgersi parallelo di un procedimento disciplinato dal diritto pubblico e uno dal diritto privato, che, al di là dell'affermazione di principio, hanno trovato solo sporadico riscontro nel sistema delle tutele (ad es. in tema di revocabilità degli atti del procedimento, o di affermazione della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vedi *supra*, capitolo I, par. 2.

<sup>2</sup> In tal senso ad es. Cass. civ., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 9807, ove il diritto del ricorrente all'assunzione è fondato sull'affermazione del carattere del bando di offerta al pubblico condizionata, mentre alla graduatoria si attribuisce la natura di atto di individuazione del futuro contraente. Per una ricostruzione recente: E.N.

Il concorso si conferma dunque non solo come principio costituzionale proprio dell'idealtipo di organizzazione pubblica – dunque derogabile entro ristretti limiti<sup>3</sup> – ma altresì come esercizio di una pubblica funzione, volta al perseguimento di un pubblico interesse, il cui apprezzamento è riservato all'amministrazione. Tale è senz'altro la definizione e organizzazione delle professionalità necessarie all'attività degli uffici pubblici, con precostituzione di una struttura "adeguata" all'esercizio delle funzioni (art. 118, comma 1, Cost.). È l'insuperabile collegamento tra istituzioni e diritti soggettivi a dar evidenza alla rilevanza collettiva dell'adeguatezza degli uffici: come fu scritto un tempo, «la libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative»<sup>4</sup>.

La funzionalizzazione all'interesse pubblico comporta la soggezione del concorso alla disciplina pubblicistica, secondo il modello generale del procedimento e del provvedimento amministrativo che produce effetto verso i terzi<sup>5</sup>, e con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo<sup>6</sup>. Questi – seppur tenuto ad un'applicazione delle norme neutra rispetto a parti e oggetto del giudizio – è per tali ipotesi giudice naturale (art. 25 e 24, Cost.), in quanto istituzionalmente preposto a interpretare e tutelare la logicità delle scelte pubbliche, alla luce di tale *ratio* di pubblico interesse<sup>7</sup>.

FRAGALE, *Concorsi pubblici, (in)validità del contratto e concentrazione delle tutele*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 155 ss. In tema *amplius infra*, capitolo VI, par. 3-4-5.

<sup>3</sup> Vedi *infra*, par. 4-5.

<sup>4</sup> Così S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit.

<sup>5</sup> Si vedano F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 665 ss.; ID., *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 30 ss.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 66-67. Sulla rilevanza esterna del procedimento ad evidenza pubblica, pur affermandosene altresì la qualificazione di diritto comune, con attribuzione di valore negoziale ai singoli atti: F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1982, 338-339.

<sup>6</sup> Di recente un'affermazione esplicita in tal senso si può ad es. ritrovare in Cass., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21599: «la contestazione inerente ad un procedimento concorsuale di assunzione ha ad oggetto l'esercizio del potere pubblico attribuito all'amministrazione di individuare il soggetto ammesso alla stipula del contratto» (corsivo aggiunto), da cui discende la relativa «riserva alla giurisdizione amministrativa».

<sup>7</sup> In guisa, quasi, di «una *Interessenjurisprudenz*, che è radicalmente incompatibile con una *Begriffsjurisprudenz*»: A. ROMANO, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, in *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli nel centenario della nascita*, a cura di M.A. Sandulli, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 112.

Che quello concorsuale sia un peculiare tipo di procedimento amministrativo pare un'affermazione pacifica sin dagli inizi del '900, quando uno dei primi studi in materia lo menziona tra i più chiari esempi di "atto-procedimento" (insieme alla concessione di derivazione di acque pubbliche e all'espropriazione per pubblica utilità)<sup>8</sup>.

Più precisamente, la «nomina di un impiegato per concorso» vi assurge ad archetipo del "procedimento amministrativo in senso stretto", indicandosi in tal modo una «serie di comportamenti consecutivi, legati in successione logica e legalmente necessaria» che conducono a un atto finale produttivo di effetti giuridici, rispetto a cui possono eventualmente individuarsi atti ulteriori, capaci tuttavia di effetti a carattere meramente «prodromico e parziale nei confronti dell'atto finale»<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Il riferimento è a U. FORTI, "Atto" e "procedimento" amministrativo (*Note critiche*), in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, 349 ss., poi ripreso negli *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, vol. I, Cedam, Padova, 1931, 457, che al procedimento in senso stretto contrappone quello "in senso ampio" inteso come quella «serie di atti che pur essendo dotati di individualità giuridica propria, sono collegati da ciò che intervengono nella vita di un più ampio rapporto, influendo sullo svolgersi e sulla fine di esso, e provenendo or dall'uno o dall'altro dei due (o più) soggetti del rapporto medesimo, onde appaiono congiunti per così dire in una superiore unità». Lo scritto di Ugo Forti è di recente menzionato tra i primi studi che portano all'emergere della nozione di procedimento da G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021 571 ss., e prima ancora da F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale (1964 [1957])*, in *Atti del Convivium regionale di studi giuridici*, Trento, 28 giugno 1957, Tip. Saturnia, Trento, 1958, 49-72 e poi ripubblicato in *Amministrazione pubblica. Autonomie locali, Scritti degli anni dell'Isap*, a cura di E. Rotelli, Isap, Milano, 2010, 300. Del Benvenuti si veda anche lo scritto *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 132-134, in cui il procedimento "in senso stretto" è definito come la successione di atti volta a realizzare «fondamentalmente l'interesse sostanziale soddisfatto dall'atto conclusivo», e la funzione amministrativa è intesa come «trasformazione di poteri preordinati principalmente alla soddisfazione del soggetto, la Pubblica Amministrazione, che ne usa; e che solo di riflesso possono ridondare a soddisfacimento dell'interesse di un soggetto da lei distinto, e in particolare del cittadino» (corsivo aggiunto).

<sup>9</sup> Sembra in tal modo superarsi la lettura che definisce il concorso come una "operazione amministrativa" o "operazione a procedura": «cioè, un procedimento, che consta di una serie di atti successivi, ciascuno dei quali concorre ad un fine, che è unico – la scelta e la designazione dei più idonei all'ufficio; ma non cessa, per questo, di avere un'entità, in certo modo, propria e distinta»; così M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CLXVII; *idem* in Francia M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, cit., 99-100: «l'opération de concours est donc un composé d'actes et de faits-conditions»; «avant l'arrivée même de cet acte final, on pourra attaquer chacun des actes successifs» (enfasi

Alcune incertezze sono state nel tempo avanzate sull'esatta individuazione del momento iniziale (e finale) di tale procedimento: così si è talora ritenuto che il concorso *stricto sensu* inteso coincida esclusivamente con l'accertamento della capacità dei candidati, iniziando, a seconda dei casi, con la somministrazione delle prove o la valutazione dei titoli, o al più con la nomina della commissione d'esame<sup>10</sup>. Si individuano pertanto plurimi procedimenti amministrativi tra loro correlati, seppur autonomi, la cui concatenazione conduce alla nomina dell'impiegato<sup>11</sup>. Alternativamente, si è ritenuto che l'esame comparativo dei candidati – per titoli o prove che esso sia – si inserisca quale fase necessaria in un procedimento unitario, che ha inizio con la decisione di provvedere alla copertura di un posto vacante nell'organico dell'ente, la quale a propria volta può presupporre ulteriori atti di programmazione o d'impulso, o vere e proprie deliberazioni di altri organi della medesima amministrazione, oltre al superamento di precisi controlli interni.

Del pari si è oscillato nell'individuare il provvedimento che conclude il procedimento concorsuale<sup>12</sup>, secondo alternative letture che a quelle poc'anzi richiamate sono evidentemente connesse. Talora si sono individuati più atti conclusivi di singoli procedimenti connessi (es. la deliberazione di copertura del posto, il bando di concorso, e così via); talaltra si è affermato che a concludere il concorso sia esclusivamente l'approvazione della graduatoria finale da parte dell'amministrazione<sup>13</sup>, cui segue la proclamazione del (o dei) vincitori, perciò legittimati alla stipulazione del contratto, ove si tratti di impiego contrattualizzato, o alla nomina, nel caso di impiego in regime di diritto pubblico. Pur non escludendosi una certa autonomia funzio-

dell'A.). Si veda anche M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 641, secondo cui non solo il concorso ad impiego costituisce un procedimento amministrativo, ma «anzi ne costituisce l'esempio classico poiché i singoli atti sono minutamente e vincolantemente disciplinati dalla legge e dal regolamento e nella loro forma, successione, modalità, termini e competenze».

<sup>10</sup> Riporta il dibattito sul punto E. TOMMASONE, *L'attività dell'amministrazione nel concorso a pubblico impiego*, cit., 72 ss.

<sup>11</sup> In questo senso sembra propendere A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, 53, 75-77.

<sup>12</sup> Cioè «l'atto intorno al quale, e in funzione del quale, per così dire, si pongono tutti gli altri – e che, perciò, assurge all'atto che nel e del procedimento è il principale»: A. ROMANO, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, cit., 104.

<sup>13</sup> In tal senso già: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 659, secondo cui l'atto di nomina, più che l'atto conclusivo del procedimento concorsuale, deve ritenersi quello che dà inizio al rapporto di pubblico impiego; in quanto tale può essere impugnato indipendentemente dall'approvazione della graduatoria.

nale quantomeno di alcuni degli atti summenzionati, e con essa la loro idoneità a produrre effetti nei confronti dei terzi, vi è da dire che soltanto l'ultimo (l'approvazione della graduatoria) è in grado di «incidere direttamente e concretamente sulla posizione giuridica del concorrente»<sup>14</sup>, sia che si tratti di chi non è soddisfatto della posizione assegnatagli, sia che si abbia riguardo al vincitore. Per quest'ultimo, infatti, l'approvazione dà fondamento, secondo quella che pare oggi l'opinione prevalente, al «diritto all'assunzione»<sup>15</sup>, segnando per l'impiego contrattualizzato il punto di «confine» tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria<sup>16</sup>.

Il concorso in senso proprio – inteso come coincidente con la procedura comparativa funzionale all'individuazione del miglior candidato – è dunque una fase del procedimento di reclutamento, o piuttosto una precisa modalità di attuazione della deliberazione intesa a dare copertura a un posto vacante nell'organico di un ente. Ne consegue perciò il carattere endoprocedimentale di tutti gli atti della serie che a tale deliberazione dà attuazione. Come si è già detto, ciò non esclude che questi siano eventualmente suscettibili di un'immediata impugnazione, anche a pena di decadenza, qualora si configurino come immediatamente lesivi degli interessi dei terzi: ad esempio perché con certezza ne precludono la partecipazione alla procedura, o perché la stessa scelta di bandire un concorso pubblico ne frustra l'aspettativa di reclutamento attraverso altri canali (es. scorrimento di una graduatoria ancora valida).

La precisazione, tuttavia, è forse di limitata rilevanza, atteso che la lettura del concorso a mero strumento attuativo della decisione di reclutare non ne riduce la pregnanza di principio fondamentale dell'organizzazione pubblica. È la stessa Costituzione a indicarlo quale modalità prevalente di provvedere al fabbisogno di personale (art.

<sup>14</sup> A. AMORTH, *L'approvazione della graduatoria dei pubblici concorsi*, in *Giur. it.*, 1954, III, 121 e poi in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1999, 1482.

<sup>15</sup> La proclamazione del vincitore presuppone l'approvazione da parte dell'amministrazione della graduatoria finale elaborata dalla commissione di concorso, approvazione che oggi si ritiene espressione di un potere vincolato, senza che residuino margini di discrezionalità in capo all'organo competente. È viceversa superata la tesi che a questo riconosceva il potere di pretermettere un vincitore per ragioni morali, ideologiche o d'opportunità politica, su cui vedi *supra*, capitolo II, nt. 117. Per l'affermazione del potere discrezionale dell'amministrazione di non assumere il vincitore di un concorso, ferma restando la responsabilità aquiliana per la perdita di *chances*: Cons. St., sez. VII, 20 settembre 2022, n. 8112.

<sup>16</sup> In tal senso da ultimo Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8556. Sulla configurabilità di un vero e proprio diritto all'assunzione in capo al vincitore del concorso e sulle conseguenze ad esso associate, vedi *infra*, capitolo VI.

97, comma 4, Cost.: «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede *mediante* concorso»), sicché esso diviene “sineddoche” del più ampio procedimento di reclutamento (la parte per il tutto).

Come anticipato, è un procedimento avviato d’ufficio, che conosce una fase prodromica tutta interna all’amministrazione, ove si inserisce la pluralità di atti che conducono alla decisione di copertura di un posto vacante con una procedura aperta al pubblico. Tra questi s’individuano atti di programmazione (a partire dal piano triennale dei fabbisogni del personale<sup>17</sup>) o istruttori (es. accertamento della copertura finanziaria, verifica dell’indisponibilità di graduatorie preesistenti), o altri adempimenti cui il concorso è altrimenti subordinato (es. pubblicazione di un avviso di mobilità)<sup>18</sup>.

Il carattere interno all’amministrazione di tale fase preliminare non vale ad escluderne la rilevanza all’esterno, cioè la capacità della decisione di indire il concorso di produrre effetti nei confronti dei singoli<sup>19</sup>. La difficoltà d’identificare a priori i soggetti interessati, o il carattere di atto generale della deliberazione, escludono tuttavia l’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento (l. n. 241 del 1990, cit., art. 8, comma 1, art. 13): l’assenza di una comunicazione – così come di un’obbligatoria pubblicazione della deliberazione che possa fondarne la presunzione di conoscenza in capo ai terzi – impedisce il decorso dei termini di impugnazione.

Alla deliberazione di procedere al reclutamento segue, di norma<sup>20</sup>, l’adozione del bando di concorso, che a propria volta assolve – dato il suo carattere di pubblicità<sup>21</sup> – al fine di comunicare ai

<sup>17</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 6. In tema, ad es.: Corte conti Veneto, sez. contr., delib. 22 maggio 2019, n. 113.

<sup>18</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 30, comma 2 *bis*. Per l’illegittimità della procedura concorsuale indetta in violazione dell’obbligo di mobilità previa: Cons. St., sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6041; Cons. St., sez. V, 18 agosto 2010, n. 5830.

<sup>19</sup> Ad es. la deliberazione di indizione di un concorso pubblico può essere messa in discussione dagli idonei in una precedente graduatoria, a tutela dell’aspettativa di scorrimento: Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2016, n. 26272. Al contrario è inammissibile per carenza di interesse il ricorso presentato da un candidato dichiarato non idoneo in un precedente concorso ove l’amministrazione, per la copertura di posti vacanti, decida di procedere allo scorrimento della graduatoria in luogo dell’indizione di un nuovo concorso aperto al pubblico cui questi avrebbe potuto eventualmente partecipare: Cons. St., sez. II, 28 dicembre 2020, n. 8371.

<sup>20</sup> Talora la deliberazione di copertura del posto vacante e l’approvazione del bando coincidono in un unico atto, come segnala già A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 75, nt. 29.

<sup>21</sup> La pubblicità si correla al carattere generale, in quanto necessaria a «rendere possibile l’apprendimento a chi vi abbia interesse»: A.M. SANDULLI, *Sugli atti am-*

potenziali interessati la volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura del posto vacante. Si dà così avvio al procedimento (o subprocedimento<sup>22</sup>) aperto all'esterno: è il bando a offrire effettivamente ai terzi la possibilità di partecipare alla procedura concorsuale, concretando la volontà dell'amministrazione di provvedere al reclutamento e non di rado integrandola o specificandola con l'apporto di ulteriori elementi<sup>23</sup>.

Pur se il bando è da considerarsi attuativo della deliberazione di reclutare, tale capacità di integrazione consente di attribuirgli un carattere di autolimitazione<sup>24</sup> e, soprattutto, di «predeterminazio-

*ministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando* (1957) e poi in *Scritti giuridici*, vol. I, Jovene, Napoli, 1990, 52. Si dà pubblicità legale al concorso con pubblicazione in Gazzetta ufficiale (d.P.R. n. 3 del 1957, art. 3, comma 3), oppure, a decorrere dal 2023, con pubblicazione sul sito istituzionale e sul portale del reclutamento (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *ter*, comma 2 *bis*). Fermi restando gli adempimenti richiesti ai fini della pubblicità legale, è prevista altresì, a tutela della trasparenza, l'obbligatoria pubblicazione sul sito dell'ente dei «bandi di concorso per il reclutamento, a qualsiasi titolo, di personale» (...) oltre che dei «criteri di valutazione della Commissione, le tracce delle prove e le graduatorie finali, aggiornate con l'eventuale scorrimento degli idonei non vincitori» (d.lgs. n. 33 del 2013, cit., art. 19, comma 1). Lo stesso decreto sulla trasparenza ha abrogato la precedente previsione sulla pubblicazione degli atti generali di cui alla l. n. 241 del 1990, art. 26 (d.lgs. n. 33 del 2013, cit., art. 53). Con le stesse forme va data pubblicità alle eventuali modifiche apportate al bando (es. proroga dei termini di presentazione delle domande, ampliamento dei requisiti di partecipazione), come evidenzia S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorsuale*, cit., 141.

<sup>22</sup> Per l'individuazione nell'ambito del concorso di più "subprocedimenti" che si distinguono in base agli organi competenti e in ragione dell'effetto giuridico prodotto dall'atto finale di ciascuno: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 642.

<sup>23</sup> Il bando non è dunque una mera comunicazione all'esterno della deliberazione di reclutare mediante concorso, rispetto alla quale assume tuttavia una funzione esecutiva, né la precitata deliberazione è da intendersi come autorizzazione al bando: A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 75, nt. 29. La capacità del bando di integrare la deliberazione di reclutare esclude che esso possa ritenersi soltanto «l'avviso, la notificazione necessaria (...) che viene fatta al pubblico in genere, e in specie a quanti possano avervi interesse, dell'atto deliberativo del concorso stesso»: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CLXIX. Vedi anche M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss., ove si evidenzia altresì come gli atti generali abbiano per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale: incapaci di innovare l'ordinamento giuridico, essi sono piuttosto diretti «a disciplinare, anche se in via generale, uno specifico procedimento amministrativo».

<sup>24</sup> P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990, 98.

ne della condotta amministrativa»<sup>25</sup>, o, come spesso si dice, di “*lex specialis*” della procedura di concorso, ciò pure se difficilmente pare configurabile come un’offerta al pubblico ex art. 1336 c.c.<sup>26</sup>. La definizione, cui si correla una *ratio* di tutela dell’imparzialità della decisione finale<sup>27</sup>, vale a imporre interpretazioni “strettamente letterali” delle sue previsioni (talora anche in deroga a norme di regolamento o persino a disposizioni di legge)<sup>28</sup> e ad affermare un generale divieto di disapplicazione (amministrativa) che distingue il bando di concorso tra gli atti amministrativi generali<sup>29</sup>.

È in ogni caso il carattere di atto generale del bando, e dunque la sua pubblicazione, a determinare la decorrenza dei termini di impugnazione<sup>30</sup> nel caso in cui esso sia capace di produrre autonomamente

<sup>25</sup> In tal modo il bando anticipa l’esercizio della scelta discrezionale attribuita all’amministrazione dall’ordinamento, ponendo limiti che assurgono a “vincoli di coerenza interna”: A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere decisionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997, 216.

<sup>26</sup> Sul tema vedi *infra*, capitolo VI, par. 5, nt. 163.

<sup>27</sup> P.M. VIPIANA, *L’autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 136, 180 ss.: il carattere vincolante degli atti espressione di un autolimita è da rincondursi al principio di buona fede.

<sup>28</sup> Es. Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8556: il bando prevale su una norma regolamentare difforme emanata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice; Cons. St., sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1447, che esclude l’applicazione delle norme sull’auto-certificazione ove il bando preveda la presentazione di documentazione a supporto dei titoli dichiarati. Previsioni del genere sono spesso giustificate richiamando il principio di non aggravamento del procedimento che legittimerebbe la non applicazione di norme pur chiaramente pensate per alleggerire gli oneri documentali a carico del privato, come quelle sulle autocertificazioni; per una critica: F. SAITTA, *Del divieto di aggravamento ventitrè anni dopo (ovvero dell’intramontabile discrezionalità istruttoria dell’amministrazione procedente)*, in *Dir. soc.*, 2013, 470.

<sup>29</sup> Es. Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2019, n. 8821, secondo cui il bando è altresì «insensibile al principio (...) del *tempus regit actum*»; Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1148. Vedi anche Cons. Stato, sez. IV, ord. 10 aprile 1998, n. 582, in *Giur. it.*, 1998, 2187, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di atti generali e disapplicazione amministrativa*; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 52. Da ultimo sulla disapplicazione: M. D’ANGELOSANTE, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 163, ove si evidenzia come l’esclusione del potere di disapplicazione del bando non escluda l’esercizio di un (limitato) potere interpretativo da parte della stessa amministrazione nel caso in cui esso sia ambiguo per i destinatari. Sulla rilevanza dello *ius superveniens* nei confronti del bando di concorso: C. DE MARCO, *Il bando di concorso*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall’emergenza alla nuova normalità*, vol. I, cit., 151 ss.

<sup>30</sup> Per tale ragione è spesso ritenuto il primo atto della procedura di concorso: ad es. in tal senso C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., 214.

un effetto lesivo degli interessi dei terzi in ragione di una clausola «immediatamente escludente»<sup>31</sup>. Ciò sia che tale effetto sia determinato da una clausola del bando meramente riproduttiva della deliberazione di reclutare, sia che si tratti di un'integrazione della stessa. Pare così in definitiva indifferente a tal fine affermare che si tratti di due procedimenti distinti ma correlati, di cui uno interno all'amministrazione e l'altro esterno, a carattere esecutivo del primo, o al contrario ritenerli diverse fasi di un procedimento unitario<sup>32</sup>, in cui pure si individuino determinati atti muniti di autonomia funzionale<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1. Nel caso di clausola illegittima, ma non escludente, i termini di impugnazione decorrono dalla produzione dell'effetto lesivo, senza che se ne possa invocare la tacita accettazione: da ultimo ad es. Cons. St., sez. VII, 17 gennaio 2023, n. 579; Cons. St., sez. VII, 21 ottobre 2022, n. 8980; Cons. St., sez. III, 19 luglio 2022, n. 6264; Cons. St., sez. II, 8 aprile 2022, n. 2634; Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2022, n. 1234; Cons. St., sez. VII, 21 ottobre 2022, n. 8980; Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1266. Anche per l'impugnazione del bando talora si richiede che sia stata presentata la domanda, che assurge a condizione per il riconoscimento della legittimazione processuale, poiché la manifestazione dell'intenzione di partecipare al concorso radica un «interesse differenziato rispetto alla generalità dei consociati»; in simili ipotesi si esclude comunque l'obbligatorio intervento dei controinteressati, diversamente da quanto accade nel caso di impugnazione della graduatoria, ove questi sono litisconsorti necessari (la mera presentazione della domanda non vale ad attribuire la qualità di controinteressato: Cons. St., sez. V, 4 maggio 2020, n. 2792; Cons. St., sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6041). La partecipazione alla gara determina la differenziazione in concreto del terzo concorrente rispetto alla generalità degli operatori: G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 274. Per l'affermazione secondo cui il bando di concorso sarebbe sempre immediatamente impugnabile: A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 52. In tema cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, 156; M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 644; per una critica dell'orientamento che afferma l'onere di immediata impugnazione della clausola escludente: M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., 53 ss.; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Jovene, Napoli, 2008, 229 ss., ove si afferma che non debbono essere considerate immediatamente lesive le clausole che impongono particolari oneri per la presentazione delle offerte non potendosi a priori escludere l'ammissibilità di adempimenti equivalenti.

<sup>32</sup> Di recente, ritiene che si tratti di un procedimento unitario, la cui prima fase coincide con l'avvio della procedura e l'ultima con l'assunzione in servizio: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., 17 marzo 2020, n. 178.

<sup>33</sup> Oltre al bando, potrebbe trattarsi della deliberazione dei criteri generali; è invece da ritenersi superato l'orientamento che affermava l'onere di immediata impugnazione della nomina della commissione, a prescindere dalla concreta lesione dell'interesse individuale: Cons. St., sez. VII, 2 maggio 2022, n. 3417; Cons. St., sez. VI, 17 settembre 2021, n. 6341; Cons. St., sez. V, 30 aprile 2014 n. 2252. Già A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 53 e spec. nt. 3, avverte come paiano

Il carattere di atto amministrativo generale del bando di concorso determina l'esclusione dell'obbligo di motivazione (l. n. 241 del 1990, art. 3, comma 2)<sup>34</sup> e la non applicabilità degli istituti partecipativi nel procedimento che ad esso conduce (l. n. 241 del 1990, cit., art. 13)<sup>35</sup>, che si correla specialmente all'assenza di destinatari individuati e individuabili tipica di tali atti<sup>36</sup>. Almeno *prima facie*<sup>37</sup>, esso esclude al-

«azzardate quelle affermazioni di principio, che talvolta, forse troppo recisamente, vengono fatte in atteggiamento di difesa dell'unità del procedimento e dell'unificazione degli atti, che in esso rientrano», ove sia la deliberazione di bandire il concorso, sia il bando stesso sono fatti rientrare nello stesso procedimento.

<sup>34</sup> La motivazione è obbligatoria per il provvedimento di approvazione del contenuto del bando (i.e. la deliberazione di procedere all'assunzione), ove si deve senz'altro dar conto della scelta di indire un nuovo concorso in luogo dello scorrimento di una graduatoria preesistente ancora valida ed efficace: Cons. St., sez. II, 21 ottobre 2019, n. 7104. Per l'affermazione (in *obiter dictum*), secondo cui gli atti normativi e generali debbono essere motivati solo quando contengono disposizioni direttamente lesive di posizioni già consolidate: Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4704.

<sup>35</sup> Sul punto vedi ancora G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., 271: l'esclusione della partecipazione di cui all'art. 13, l. n. 241 del 1990, cit., non vale come implicita abrogazione di discipline preesistenti che prevedano peculiari forme di intervento a fini partecipativi. Piuttosto la dispensa è da intendersi giustificata dalla «notevole differenziazione dei procedimenti amministrativi volti all'adozione degli atti generali, ai quali mal si addice una disciplina uniforme». In generale, sull'applicazione degli istituti partecipativi agli atti amministrativi generali: M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010, 41 ss.

<sup>36</sup> Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., 155-156: il bando di gara o di concorso «produce effetti di tipo generale, dal momento che detta criteri in vista di un procedimento al quale è legittimato a prendere parte chiunque soddisfi i requisiti prestabiliti», ove i destinatari saranno individuati con la successiva presentazione della domanda, sicché il bando è da ritenersi «atto preliminare»; nello stesso senso: C. CUDIA, *L'efficacia «dimensionale» dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2016, 719 ss. In tema anche M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, pt. III, 3, 19-20 e ora in *Scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, 769 ss., ove si specifica altresì che, a differenza dei regolamenti, la cui *ratio* è «la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico», gli atti amministrativi generali si caratterizzano per il perseguimento di un «interesse pubblico concreto e puntuale, che ne costituisce il motivo», sicché solo questi e non i primi sono sindacabili per il «vizio del motivo»; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963, 82 ss. A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 46 ss.

<sup>37</sup> Secondo G. DELLA CANANEA, *op. ult. cit.*, 283-284, è comunque da ritenere preferibile il differimento, su cui vedi *infra*, nt. 77. Suscita qualche perplessità la netta esclusione della partecipazione non solo per il procedimento che conduce all'emanazione del bando, ma anche per quello di revoca dello stesso, in ragione del suo carattere di «*contrarius actus*»: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., 17 marzo 2020, n. 178. In tema vedi *amplius infra*, capitolo VI, par. 3, spec. nt. 122-123.

tresi l'esercizio del diritto d'accesso documentale (l. n. 241 del 1990, cit., art. 24, comma 1, lett. c), salvo deroga con norme di settore.

## 2. *Il procedimento aperto al pubblico e la protezione degli interessi dei singoli*

Avviato il procedimento, e apertasi la fase *stricto sensu* concorsuale, si introducono le domande dei candidati, sicché, pur essendo l'avvio oggetto di un'iniziativa ufficiosa, si è parlato in proposito di "procedimenti a partecipazione necessaria"<sup>38</sup>. È in tal modo data evidenza all'ineludibile presentazione di candidature, pena la frustrazione degli scopi della procedura; viceversa, tale definizione non implica il carattere "collaborativo" del concorso, secondo quella che è ritenuta un'imprescindibile funzione della partecipazione, così come definita dalla l. n. 241 del 1990, cit.<sup>39</sup>. Al contrario – come si vedrà – la disciplina sui concorsi limita gli istituti partecipativi in alcuni precisi momenti della sequenza procedimentale, assoggettandoli per di più a precise formalità intese a scandirne tempi e modi<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Così S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit., 145. Con l'istanza si manifesta la volontà di prendere parte alla procedura, con dimostrazione dell'interesse per il provvedimento favorevole finale: P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 190.

<sup>39</sup> Da ultimo in tema A. CAUDURO, *Gli obblighi dell'amministrazione pubblica per la partecipazione procedimentale*, Jovene, Napoli, 2023, 33 ss.; la dottrina in tema è molto ampia, si vedano, fra molti, M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Giappichelli, Torino, 2017, 286; U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Dem. dir.*, 2006, 151 ss., poi in *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano, 2009, 285; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, 25 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., il Mulino, Bologna, 2013, 248; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, 281 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, tomo I, cit., 966; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, tomo II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, cit., 1275 ss.; F. BRIGNOLA, *La partecipazione del cittadino alla funzione amministrativa e la sua tutela giurisdizionale*, in *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, Atti del XXII Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Varena-Villa Monastero, 23-25 settembre 1976, Milano, 1977, 201.

<sup>40</sup> Sul formalismo della partecipazione nei procedimenti valutativi: S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit., 146.

Ciò, tuttavia, non significa che manchino norme procedurali intese a proteggere gli interessi dei candidati, cui il concorso assicura «la vigilanza (...) affinché non siano commesse ingiustizie»<sup>41</sup>, non importa ora se dando fondamento a interessi legittimi che si confrontano con l'esercizio di un pubblico potere, o a veri e propri diritti soggettivi cui corrispondono obblighi dell'amministrazione<sup>42</sup>.

La presentazione della domanda attiva l'obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi esplicitamente, anche con l'esclusione del candidato (l. n. 241 del 1990, cit., art. 2)<sup>43</sup>, al contrario il suo venire meno la priva del presupposto essenziale di esercizio del potere di valutazione.

Il concorso si caratterizza quindi per una sequenza procedimentale rigidamente scandita, secondo un'articolazione che offre tutela ai principi d'imparzialità, di parità di trattamento, di trasparenza e di collegialità della decisione, essenzialmente definita con norme di rango secondario<sup>44</sup>. La scelta dell'amministrazione – caratterizzata di norma da un elevato tasso di discrezionalità – è così controbilanciata da vincoli (e autovincoli<sup>45</sup>) procedurali espressi con norme

<sup>41</sup> Così L. RAGGI, *Diritto amministrativo, vol. IV: soggetti, organi, organizzazione dell'amministrazione diretta. Lezioni svolte nell'anno accademico 1931-32*, cit., 215-216.

<sup>42</sup> Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2003, 105 ss., 175 ss.; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013, 103 ss.

<sup>43</sup> Come evidenzia già M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CLIX: la domanda non può «restare senza un provvedimento da parte della P. Amministrazione. O affermativa, o negativa, comunque, una pronuncia su di essa ci dovrà essere».

<sup>44</sup> La disciplina dei concorsi è data anzitutto dal d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, *Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni*, emanato in attuazione del d.lgs. n. 29 del 1993, cit., art. 36, art. 41, e da ultimo modificato con il d.P.R. 16 giugno 2023, n. 82. Tale regolamento è applicabile in via suppletiva anche negli enti locali, ove difetti un'autonoma disciplina: d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 89, comma 4. In tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *Art. 89, c. III e IV (sez. III)*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 491 ss. Nei suoi contenuti essenziali il d.P.R. n. 487 del 1994, cit., riprende quanto già previsto dal d.P.R. 3 maggio 1957, n. 686, recante *Norme di esecuzione del testo unico delle disposizioni sullo statuto degli impiegati civili dello Stato*, e prima ancora dal R.d. 30 dicembre 1923, n. 2960, recante *Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'Amministrazione dello Stato*. La devoluzione a fonti secondarie è correlata a esigenze di adattamento agli ordinamenti particolari dei singoli enti: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 641.

<sup>45</sup> Si veda F. BENVENUTI, *Prefazione*, in *La procedura amministrativa (1964)*, in *Pubblicazioni dell'Isap*, Contributi 4, *La procedura amministrativa*, a cura di G. Pastori, Neri Pozza, Vicenza, 1964, IX-XV e poi ripubblicato in *Amministrazione pubblica. Autonomie locali, Scritti degli anni dell'Isap*, cit., 289: «l'autolimitazione è il

d'azione che, limitandone l'arbitrio, offrono una legittimazione al potere esercitato<sup>46</sup>.

La stessa tassativa enumerazione dei contenuti minimi del bando<sup>47</sup>, che, come si è detto, è momento essenziale di pubblicità della procedura, offre tutela all'affidamento dei singoli, con impegno a un successivo comportamento ispirato ai canoni di correttezza e buona fede<sup>48</sup>. L'esigenza è confermata dall'obbligo della commissione di concorso di decidere – alla prima riunione e prima ancora di aver conosciuto i nomi dei candidati<sup>49</sup> – criteri e modalità di valutazione delle prove<sup>50</sup>, oltre che di stabilire e rendere pubblico il termine di conclusione del procedimento<sup>51</sup>.

Da qui un procedimento cadenzato secondo termini dilatori prima ancora che acceleratori<sup>52</sup>, e da una successione precisa di atti e operazioni, secondo un modello di cui è talora evidenziata la somiglianza con l'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>53</sup>. La *ratio* dell'elevato livello di formalismo va infatti individuata nella preminente tutela dei candidati<sup>54</sup>, nonché mediatamente dell'interesse della

momento volontario del riconoscimento della libertà come riconoscimento dei diritti propri e di quelli altrui; sicché in definitiva, se è vero che la procedura è autolimitazione, si può anche inferire che la mancanza di procedura è mancanza di libertà».

<sup>46</sup> A fronte dell'esercizio di un potere discrezionale quale quello in esame, «la garanzia della posizione del cittadino viene concepita solo in correlazione con le modalità di esercizio» del potere stesso: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2014, 51.

<sup>47</sup> D.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 3.

<sup>48</sup> In tal senso si veda A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere decisionale*, cit., 63 ss.

<sup>49</sup> Similmente, la parità di trattamento dei candidati impone di far precedere la valutazione concreta dei titoli alle prove d'esame o quantomeno all'associazione dei punteggi delle prove scritte ai nomi dei candidati: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 653.

<sup>50</sup> I criteri possono essere determinati anche dopo lo svolgimento delle prove scritte, purché prima della loro concreta valutazione e comunque «in un momento nel quale non possa sorgere il sospetto che (...) siano volti a favorire o sfavorire alcuni concorrenti»: Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1398; Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4989.

<sup>51</sup> D.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 11, comma 1 e 4, art. 12.

<sup>52</sup> Es. d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 4, commi 6: «le date e i luoghi di svolgimento delle prove sono resi disponibili (...) almeno quindici giorni prima della data stabilita per lo svolgimento delle stesse».

<sup>53</sup> Da ultimo A. BONAITI, S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, in *Dir. amm.*, 2023, 393 ss.

<sup>54</sup> Da tempo si è evidenziato come le norme regolative del potere consentono di individuare gli interessi inclusi, con quello pubblico, nella norma organizzativa, che

collettività, poiché è noto che l'uniformità delle forme è «garanzia di giustizia sostanziale»<sup>55</sup>, e ciò anche al costo di termini procedurali non brevi, la cui violazione, forse non a caso, non determina un obbligo di indennizzo (l. n. 241 del 1990, art. 2 *bis*, comma 1 *bis*)<sup>56</sup>.

A protezione dei medesimi principi, la legge impone ai membri della commissione di lavorare collegialmente (per sorvegliarsi reciprocamente)<sup>57</sup>, di essere “esperti” con una dimostrata professionalità nelle materie oggetto del concorso<sup>58</sup> e di non essere titolari di cariche

l'ordinamento prende in considerazione ai fini della tutela processuale: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro, il Mulino, Bologna, 2000, 113.

<sup>55</sup> Vedi F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale (1964 [1957])*, cit., 296.

<sup>56</sup> La disciplina regolamentare ammette la giustificazione dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, che è fissato in centottanta giorni dalla data di effettuazione delle prove scritte: D.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 11, comma 4.

<sup>57</sup> Il c.d. principio del collegio perfetto «deve permeare in primo luogo e soprattutto le attività della commissione di concorso nella fase di esame e valutazione delle prove da correggere», sicché è illegittimo l'operato della commissione che abbia distribuito gli elaborati in lettura ai singoli commissari, per poi sottoporre alla valutazione collegiale solo quelli che superassero una determinata “soglia”: Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1146 e n. 1147; *idem* Cons. St., sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5137; Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2009, n. 4708; Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1218.

<sup>58</sup> La qualità di *esperto* implica il possesso del titolo di studio corrispondente alle materie d'esame, oltre che l'esercizio di un'attività scientifica o professionale idonea a dimostrare una «specificità competenza in concreto», svolta in ragione del superamento di un concorso o di un esame di stato. Così in un concorso da dirigente regionale – con somministrazione di prove in ambito giuridico – è obbligatoria la presenza in commissione di un laureato in legge, che sia inoltre iscritto a un albo professionale o docente in materie giuridiche (l'attività professionale esercitata prima dell'iscrizione all'albo è irrilevante, oltre che *contra legem*): Cons. St., sez. V, 4 agosto 2014, n. 4162. Di rado si ammette, ai fini della nomina in commissione, l'equipollenza – o persino la preferenza – del titolo di studio universitario con una «provata esperienza» maturata “sul campo”; ad es. per un concorso a istruttore amministrativo è ritenuto sufficientemente qualificato un consigliere comunale (in difetto di altri titoli professionali): Cons. St., sez. V, 30 gennaio 2013, n. 574. Per la sufficienza di una professionalità «in discipline non estranee alle tematiche oggetto del concorso»: Cons. St., sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3366. Interessante è l'argomentazione dell'obbligo di nominare dei commissari “esperti” offerta dal *Conseil Constitutionnel* francese, secondo cui anche quello di commissario è un “impiego pubblico”, sicché, come per tutti gli impieghi pubblici, la nomina deve fondarsi su «*les compétences, les aptitudes et les qualifications*»: Décision n. 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 115, citata in A. ZARCA, *Le contrôle juridictionnel des décisions des organes indépendantes composés selon des critères de professionnalisation*, in E. MALARET GARCIA (directora), *Autonomia administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit., 361.

politiche o sindacali<sup>59</sup>. Queste, nonostante possano essere indice di conoscenza degli “affari” dell’amministrazione, valgono a fondare una presunzione di parzialità di per sé capace di ledere la pretesa dei candidati all’imparzialità di un giudizio che li riguardi, minando dunque l’effettività dell’interesse a concorrere su un piano di parità<sup>60</sup>.

L’imparzialità di giudizio della commissione è altresì garantita dalle norme in tema di inconferibilità, incompatibilità e conflitto di interessi, con obbligo di astensione in tutte le ipotesi previste per gli organi giudicanti (art. 51 e 52 c.p.c.)<sup>61</sup>, e inconferibilità dell’incarico – anche solo di segretario – in ogni caso di accertata condotta “infedele” (condanna passata in giudicato per un reato contro la pubblica amministrazione)<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, comma 3, lett. e, che recepisce Corte cost., 6 aprile 1998, n. 99; Corte cost., 25 novembre 1993, n. 416; Corte cost., 11 giugno 1993, n. 333, con nt. di G. ENDRICI, *Tra Corte e legislatore, un decalogo per le commissioni di concorso*, in *Reg.*, 1994, 891 ss.; Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453, con nt. di A. CARIOLO, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici davanti alla corte costituzionale: un’applicazione zoppa del principio di imparzialità?*, in *Foro it.*, 1991, I, 296 ss.; Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4794; Cons. St., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3049; Cons. St., sez. V, 13 aprile 2012, n. 2104; Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1408; Cons. St., sez. I, 7 maggio 2003, n. 2479/02, con nt. di A. AURILIO, *Presidenza delle commissioni di concorso, principio di distinzione tra politica e amministrazione nei piccoli enti locali e riforma del titolo quinto della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 239 ss.; Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5216. In tema: G. GARDINI, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, cit., 77 ss., che coglie nella giurisprudenza costituzionale ivi richiamata una prima affermazione del principio di separazione tra politica e amministrazione; R. CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell’amministrazione*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, a cura di V. Molaschi, C. Videtta, Jovene, Napoli, 2001, 1023 ss.; A. MARI, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 1099 ss.; N. ASSINI, M. SOLINAS, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 1.

<sup>60</sup> Secondo M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CLXXII, «preminenti loro virtù debbono essere la imparzialità e la inaccessibilità non tanto ai mezzi di corruzione del denaro (...) quanto piuttosto alle influenze e alle inframmettenze dei potenti».

<sup>61</sup> D.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 11, comma 1. Le collaborazioni scientifiche o professionali rilevano solo se indici di una «comunanza di interessi» o di un «sodalizio di interessi economici, di lavoro e professionali», tali da evidenziare una «cointeressenza economica o «comunanza di vita»»; il comportamento non imparziale deve inoltre essere confermato da irragionevoli o illogiche «sperequazioni valutative»: Cons. St., sez. III, 30 luglio 2019, n. 5397; Cons. St., sez. VI, 20 agosto 2018, n. 4963. In università, sulla rilevanza del rapporto maestro-allievo ove la carriera del secondo sia “monoreferenziale” e sussistano altresì indici di rapporti economici o di amicizia: Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2021, n. 8645; Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5610; Delib. Anac, 29 marzo 2017, n. 384.

<sup>62</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *bis*, introd. con l. 6 novembre 2012, n. 190,

Le norme procedurali sono poste a garanzia della maggiore apertura della procedura di selezione (c.d. principio di *favor participationis*) e della non discriminazione dei concorrenti. Sono così individuati precisi vincoli per il calendario delle prove che – in conformità alle intese stipulate tra lo Stato e le confessioni religiose – non può coincidere con determinate festività<sup>63</sup>, né impedire la partecipazione di candidate in stato di gravidanza o allattamento<sup>64</sup>, e per le modalità di svolgimento, che non debbono ostare alla partecipazione di disabili e altri soggetti “fragili” o svantaggiati<sup>65</sup>.

La più ampia partecipazione è tutelata altresì dalle previsioni in tema di dichiarazioni sostitutive di atti, fatti, qualità e stati soggettivi attestati da documenti detenuti istituzionalmente dall’amministrazione precedente o da un’altra<sup>66</sup>. Ancor più nel senso di una semplificazione degli adempimenti coerente con il principio di non aggravamento del procedimento<sup>67</sup> si pongono alcuni recenti interventi intesi

art. 1, comma 46. In tema delib. Anac, 17 aprile 2019, n. 447, per la rilevanza ai fini dell’incompatibilità anche di condanne per delitto tentato, poiché la norma non persegue finalità sanzionatorie, ma è strumento di prevenzione della corruzione, «anche per tutelare l’immagine della pubblica amministrazione».

<sup>63</sup> In tal senso ad es. la l. 8 marzo 1989, n. 101, art. 4, che garantisce il rispetto del riposo sabbatico secondo i dettami della religione ebraica. Le prove d’esame non possono svolgersi nei giorni delle festività ebraiche e di quelle valdesi (d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 4, comma 2).

<sup>64</sup> Come da ultimo stabilito dal d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 7, comma 7, ove si stabilisce a tal fine che possa essere autorizzato lo svolgimento di prove asincrone e che sia in ogni caso garantita «la disponibilità di appositi spazi per consentire l’allattamento».

<sup>65</sup> Da ultimo si veda il d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *quater*, comma 2 (introd. con d.l. n. 36 del 2022, cit., art. 3, comma 1), ove in particolare si prevede l’«eventuale adozione di misure compensative per lo svolgimento delle prove da parte dei candidati con disabilità accertata (...), o con disturbi specifici di apprendimento». Per norme di attuazione si veda il d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 3, comma 1, lett. g, come sostituito dal d.P.R. n. 82 del 2023, cit. Si veda inoltre la l. 12 marzo 1999, n. 68, art. 16, commi 1 e 3, per l’abrogazione del requisito di sana e robusta costituzione fisica. In tema cfr. Cons. St., sez. IV, ord. 2 luglio 2014, n. 2832, che respinge la richiesta di svolgere le prove scritte a giorni alterni formulata da un candidato al concorso in magistratura che si sottoponeva a dialisi tre volte a settimana a giorni alterni con sessioni della durata di cinque ore, evidenziandosi come fossero comunque stati adottati accorgimenti capaci di tenere in considerazione le sue esigenze. Norme peculiari sulle modalità di svolgimento dei concorsi sono state approvate durante la pandemia da Covid-19 a fini di contenimento del contagio (vedi ad es. Ord. Min. Salute 25 maggio 2022, *Protocollo per lo svolgimento dei concorsi pubblici*).

<sup>66</sup> L. n. 241 del 1990, cit., art. 18; d.P.R. 8 dicembre 2000, n. 445, recante *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*, artt. 46-47. In tema vedi *infra*, capitolo V, nt. 35-36.

<sup>67</sup> Sul divieto di aggravamento del procedimento vedi *infra* nt. 103-104.

a valorizzare anche in tema di concorsi il principio del c.d. “*once only*”<sup>68</sup>, secondo norme che favoriscono la più ampia reperibilità dei bandi di concorso (pubblicati in formato aperto su un unico “portale del reclutamento”), ma anche la creazione di un “fascicolo elettronico del candidato” utile a razionalizzarne la partecipazione a molteplici procedure riducendo gli adempimenti più defatiganti<sup>69</sup>.

Trattasi di norme tutte che tutelano in via prioritaria l’interesse dei candidati – il c.d. «*right to equal participation in a competition for public office*» o «*right to a lawful and fair promotion procedure*»<sup>70</sup> – e che sono funzionali a garantire quello che è stato definito “diritto di essere presi in considerazione”<sup>71</sup>, senza che esso sia necessariamente e immediatamente correlato a un interesse pubblico<sup>72</sup>: più precisamen-

<sup>68</sup> Il c.d. “*once-only principle (OOP)*” intende assicurare che «*business, citizens, and other organisations have to provide specific information to administrations and governmental authorities only once*». In tema si vedano da ultimo G.M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l’attuazione della legge delega*, a cura di R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, Jovene, Napoli, 2022, 24 ss.; R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT, C. SCHMIDT, *The Once-Only Principle: A Matter of Trust*, in R. Krimmer, A. Prentza, S. Mamrot, *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Springer, Cham, Switzerland, 2021, 1; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, *ivi*, 104 ss., ove si evidenziano in particolare i fondamenti costituzionali del principio; M. PIGNATTI, *Electronic Means as an Approach to Public Purchasing*, in *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, ed. by G.M. Racca and C. Yukins, Bruylant, Bruxelles, 2019, 458 ss.

<sup>69</sup> Si veda la l. 19 giugno 2019, n. 56, *Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell’assenteismo*, art. 3, comma 7, ove si prevede la creazione di un portale del reclutamento per la raccolta e la gestione, con modalità automatizzate e nel rispetto delle norme in materia di protezione dei dati personali, «delle domande di partecipazione ai concorsi pubblici e delle fasi delle procedure concorsuali, anche mediante la creazione del fascicolo elettronico del candidato»; la disciplina sul portale del reclutamento è completata dal d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *ter* (come mod. dal d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, art. 12, conv. in l. 21 aprile 2023, n. 41). La pubblicazione dei bandi in formato aperto è in particolare prevista dal d.l. n. 80 del 2021, cit., art. 1, comma 4. Il nuovo codice appalti prevede specularmente il fascicolo virtuale dell’operatore economico per la verifica delle cause di esclusione e dei requisiti di partecipazione (d.lgs. n. 36 del 2023, cit., art. 24).

<sup>70</sup> ECHR, First sect., 8 February 2019, *Frezadou v. Greece*; ECHR, First sect., 26 July 2011, *Juričić V. Croatia*.

<sup>71</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., 142.

<sup>72</sup> Uno degli argomenti di maggior sostegno all’attribuzione di carattere sostanziale alla figura dell’interesse legittimo è dato dall’emersione del procedimento amministrativo come “luogo” di applicazione delle regole create in sede processuale o come «“spazio” (...) per la presa in considerazione e la valutazione, da parte dell’amministrazione, degli interessi privati coinvolti nella (e dalla) sua azione». In

te l'interesse pubblico protetto può sempre e senz'altro rinvenirsi in quella "moralità" dell'amministrazione che si è già richiamata tra le *rationes* di giustificazione del modello concorsuale<sup>73</sup>.

La «serie minuziosa di cautele e accorgimenti prudenziali» è volta alla tutela dei candidati, ma anche della correttezza della procedura in sé considerata, come garanzia dell'interesse collettivo ad una selezione pubblica "al di sopra di ogni sospetto". Al tempo stesso si può configurare come astrattezza ("*dura lex*") atta ad evitare l'occasione di artifici o favoritismi, anche ove questi appaiano di per sé incapaci di tradursi in una violazione del principio d'imparzialità, secondo una prospettazione di anticipazione della tutela<sup>74</sup>.

### 3. Il "giusto procedimento" concorsuale: le garanzie partecipative e il soccorso istruttorio

Il procedimento concorsuale è solo in parte riconducibile al modello di cui alla l. n. 241 del 1990: è la stessa disciplina generale a porre talune deroghe esplicite in tema di concorsi pubblici (es. in materia di preavviso di rigetto)<sup>75</sup>, mentre di altre previsioni – di cui

tal modo, si dice, è possibile configurare un interesse giuridicamente rilevante in capo al privato prima che se ne verifichi la lesione con l'emanazione del provvedimento, secondo un approdo che vale a segnare una distanza rispetto agli approcci che offrono una definizione dell'interesse legittimo a carattere "meramente processualistico": F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, 112-113, 201 ss.

<sup>73</sup> Cfr. *supra*, capitolo III, par. 4.

<sup>74</sup> Come nel caso della violazione della garanzia dell'anonimato in una selezione concorsuale in cui sia prevista la somministrazione di quesiti a risposta multipla, e dunque esclusa qualsiasi discrezionalità in capo alla commissione, poiché trattasi di un principio «a valenza generale e incondizionata»: Cons. St., ad. plen., nn. 26, 27, 28 del 2013, cit. *Contra*, con richiamo del principio di congruità delle forme allo scopo: P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 209. Sull'anonimato come presidio insopprimibile «dell'imparzialità oltreché della *par condicio*», che pur tuttavia non esclude una certa elasticità nella valutazione affidata al giudice circa la capacità di eventuali segni distintivi di disvelare una volontà di rendere riconoscibile l'autore dell'elaborato: S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit., 186-187.

<sup>75</sup> Ai sensi della l. n. 241 del 1990, cit., art. 10 *bis*, nei procedimenti a istanza di parte il responsabile del procedimento, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda, aprendo a questi ultimi la possibilità di presentare osservazioni corredate da documenti di cui l'amministrazione è tenuta a tener conto nella motivazione del provvedimento finale di diniego. La stessa previsione esclude la propria applicabilità

pure è ribadita l'applicazione – si tende a dare una lettura riduttiva (es. per l'obbligo di motivazione<sup>76</sup>). Talora, più semplicemente, esse paiono di difficile conciliazione con un procedimento spesso “massivo” come quello concorsuale (sicché ad es. è usuale il differimento del diritto d'accesso<sup>77</sup>).

Così, per le norme in tema di partecipazione – o di “dialogo procedimentale” – si è limitato lo spazio normalmente riconosciuto alla collaborazione tra singolo e amministrazione che, secondo l'impostazione prevalente, consentirebbe di realizzare congiuntamente in-

alle procedure concorsuali (oltreché ai «procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali»). V'è da dire che l'espressa esclusione dei procedimenti concorsuali appare superflua, atteso che non si tratta di procedimenti avviati su istanza di parte. Secondo P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, cit., 772, è chiara la *ratio* sottesa: «le prove di concorso non si prestano a forme di contraddittorio con gli interessati essendo ispirate alla regola della *par condicio* nonché, generalmente, svolte secondo una rigida scansione procedimentale»; anche ID., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 385. In generale sul preavviso di rigetto si vedano da ultimo: A. ZITO, *La scelta discrezionale della p.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, 40 ss.; M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, a cura di M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini, M. Ricciardo Calderaro, vol. II, Giappichelli, Torino, 2023, 523 ss. e in *Dir. econ.*, 2021, 25 ss.; A. CAUDURO, *Gli obblighi dell'amministrazione pubblica per la partecipazione procedimentale*, cit., 122 ss.; A. GULDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022/2, 536 ss. (in <https://journals.uniurb.it/>) (consultato a maggio 2023); M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 597 ss.; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 573 ss.; E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, ETS, Pisa, 2010, 316 ss.

<sup>76</sup> L'art. 3 della l. n. 241 del 1990, cit., stabilisce espressamente l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi «concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale»; di tale obbligo, tuttavia, la giurisprudenza prevalente in materia di concorsi ha dato un'interpretazione riduttiva, ritenendolo per lo più soddisfatto dalla mera attribuzione di una votazione numerica, purché corredata dalla predeterminazione di criteri più o meno puntuali circa l'attribuzione dei punteggi. Cfr. riferimenti citati *infra*, capitolo VI, nt. 68.

<sup>77</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2012, n. 2005: il differimento, «senza negare l'interesse del privato, ma solo rinviandone il soddisfacimento a una data successiva, (...) tutela al tempo stesso l'interesse pubblico alla riservatezza e alla speditezza delle operazioni concorsuali»; per *obiter dicta*: Cons. St., sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 332; Cons. St., sez. IV, 14 novembre 2012, n. 5764. Spesso il differimento è previsto nei regolamenti dei singoli enti sulle procedure concorsuali o sull'accesso ai documenti.

teresse pubblico e interesse privato, dando corpo a quello che è stato definito come “interesse (pubblico) concreto”<sup>78</sup>. Ciò vuoi perché nel procedimento si inseriscono atti amministrativi generali, di per sé sottratti alle garanzie partecipative (bando di concorso, criteri adottati dalla commissione), vuoi per la difficoltà di individuare i potenziali controinteressati (o forse solo per l’elevata numerosità di essi).

A imporre una rigida predeterminazione e limitazione dei contatti tra organi amministrativi e interessati, è proprio il carattere di selezione comparativa affidata a un organo esclusivamente tecnico-professionale (la commissione di concorso), che si vuole terzo ed equidistante a tutela della *par condicio* dei candidati<sup>79</sup>. Lo svolgimento e la valutazione dei titoli e delle prove, che del concorso sono elementi essenziali, devono tradursi in un accertamento delle conoscenze e professionalità svolto secondo una ritualità capace di garantire l’imparzialità del giudizio, ove la commissione entra in rapporto con i singoli solo in momenti prefissati e assistiti da peculiari garanzie (anonimato delle prove scritte, pubblicità degli orali, collegialità perfetta della valutazione, e così via)<sup>80</sup>.

Ciò non esclude, tuttavia, la facoltà degli interessati di interloquire con l’amministrazione durante il procedimento per metterne in discussione singoli atti, che si collochino a monte o a valle degli esami, come per la nomina della commissione di concorso, ove ai candidati è attribuito un potere di ricasazione che in passato è stato sinanco configurato come onere da esercitare a pena di decadenza<sup>81</sup>.

La facoltà di partecipazione può riguardare la graduatoria finale, seppur non per mettere in discussione la valutazione tecnico-discre-

<sup>78</sup> F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 204.

<sup>79</sup> Non a caso la disciplina sui concorsi mutua spesso dalle norme sull’esercizio della funzione giurisdizionale, ad es. per quanto riguarda le cause di astensione e ricasazione dei commissari: Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2009 n. 354. La stessa *ratio* è sottesa alla proceduralizzazione delle aste pubbliche, che sono procedure di raccolta dei dati (su offerte e offerenti) rigide e selettive al fine di arginare indebite influenze: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., 183.

<sup>80</sup> Vale per i concorsi l’osservazione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 116, secondo cui per alcuni interessi legittimi «dall’aspettativa si passa direttamente alla disponibilità del potere processuale di provocare l’annullamento». Su “ritualità” – nel senso di rispetto di tempi e modi prestabiliti e tendenzialmente non modificabili – e proceduralizzazione come “superprincipi”, che vincolano tanto l’amministrazione quanto i partecipanti, ponendosi come principale garanzia della bontà della scelta finale, oltre che come strumento di verifica della decisione adottata: S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit., 124 ss.

<sup>81</sup> Cfr. *supra*, nt. 33.

zionale dei “meriti professionali” formulata dalla commissione, ma per fornire all’autorità amministrativa titolare del potere di nomina elementi utili per la considerazione di titoli di precedenza o preferenza<sup>82</sup> (es. figli di mutilati e invalidi per servizio, presenza di figli a carico, lodevole servizio nell’amministrazione che ha bandito il concorso e così via<sup>83</sup>).

Rientra tra le “pretese partecipative”<sup>84</sup> tutelate nel procedimento concorsuale quella correlata all’obbligo dell’amministrazione di individuare un responsabile del procedimento e di comunicarne il nominativo agli interessati<sup>85</sup>, ove questi è tenuto a favorire l’instaurazione di un “dialogo procedimentale” anzitutto realizzato con il soccorso istruttorio<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Di tale facoltà si ritrova traccia esplicita nella disciplina di cui al R.d. n. 2960 del 1923, cit. art. 44, ove si stabilisce che «il ministro riconosce la regolarità del procedimento degli esami e decide in via definitiva sulle contestazioni relative alla precedenza dei concorrenti». La mancata riproposizione della facoltà di contestazione non consente di ritenerla superata.

<sup>83</sup> D.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 5, da ultimo aggiornato con il d.P.R. n. 82 del 2023, cit., che ha introdotto nuove tipologie di preferenza: oltre all’appartenenza al genere meno rappresentato (su cui si veda *supra*, cap. II, par. 4), si segnalano i figli di esercenti professioni sanitarie, professione di assistente sociale e operatori socio-sanitari deceduti in seguito all’infezione da SarsCov 2 contratta nell’esercizio della propria attività; gli atleti che hanno intrattenuto rapporti di lavoro con i gruppi sportivi militari e i corpi civili dello Stato; coloro che abbiano svolto un periodo di perfezionamento presso l’ufficio per il processo, e altri ancora.

<sup>84</sup> A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996, 19 ss. Per una sintesi delle posizioni sul punto: F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 241 ss. Da ultimo, per una critica all’impiego della nozione di pretesa nell’ambito del processo amministrativo: R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 377 ss.; *idem* L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L’azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss. In tema inoltre A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*. Vol. 1, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento: premesse allo studio dell’oggetto del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020, 178 ss.; D. VALIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, 239 ss.

<sup>85</sup> Artt. 5, 6 e 8, l. n. 241 del 1990, cit. Il nominativo del responsabile del procedimento è spesso indicato nel bando di concorso. Pur non procedendosi di norma all’invio di una comunicazione d’avvio, devono comunque essere rese disponibili ai candidati tutte le informazioni per questa prescritte, ad es. inserendole nella ricevuta della domanda di partecipazione.

<sup>86</sup> Il soccorso istruttorio differisce concettualmente dalla partecipazione procedimentale, poiché quest’ultima è «strumento di tipo “proattivo” (*proactive*) di responsabilizzazione del cittadino, rappresentando il viatico mediante il quale quest’ultimo assume una funzione propositiva (...) al fine di pervenire (...) ad una costruzione congiunta dei contenuti della decisione», mentre il soccorso presuppone

La nozione di soccorso istruttorio allude, come noto, all'obbligo del responsabile del procedimento di consentire – e, anzi, stimolare – «la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete» (l. n. 241 del 1990, cit., art. 6, comma 1, lett. b), stabilendo con il singolo un rapporto collaborativo ispirato a buona fede e tutela dell'affidamento, da ultimo esplicitamente riconosciuti quali principi generali del procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990, cit., art. 1, comma 2 *bis*)<sup>87</sup>.

L'istituto ha conosciuto un peculiare sviluppo in materia di appalti pubblici, a seguito di un non lineare percorso legislativo in buona parte influenzato dall'impulso eurounitario<sup>88</sup>. La disciplina oggi vigente prevede un preciso (sub)procedimento utile a consentire l'integrazione della documentazione «di ogni elemento mancante», purché nei termini di presentazione, ma anche la sanatoria di «ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda». Resta invece esclusa l'ammissibilità di integrazioni relative agli atti costitutivi dell'offerta economica o tecnica, né può porsi rimedio «all'assoluta incertezza dell'identità del concorrente» (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 26, art. 101)<sup>89</sup>.

Si è affermato così un particolare bilanciamento tra i principi di *favor participationis* delle imprese (e specialmente, tra queste, delle piccole e medie) e di *par condicio* tra le stesse, apparentemente “pen-

ne un angolo visuale opposto, «improntato (...) alla logica “verticale” (*top-down*)», atteso che qui l'amministrazione diventa «parte attiva che non “riceve” un contributo dall'esterno, ma al contrario “offre” al soggetto privato un supporto in vista della migliore cura degli interessi procedurali di quest'ultimo». Entrambi gli istituti, tuttavia, determinano l'instaurazione di un “dialogo procedimentale” che sottende una *ratio* collaborativa: E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 29-37.

<sup>87</sup> Comma introdotto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali*, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120. In tema si vedano da ultimo: G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.; S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, a cura di G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 683 ss.; S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022/2, 29 ss. (in <https://journals.uniurb.it/>; consultato a giugno 2023). Gli stessi principi sono oggi richiamati dal nuovo codice dei contratti pubblici, come impegno reciproco di stazioni appaltanti, enti concedenti e operatori economici (d.lgs. n. 36 del 2023, cit., art. 5, comma 1).

<sup>88</sup> Ricostruito fra gli altri da E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 627 ss.

<sup>89</sup> La nuova disciplina configura l'istituto in termini più precisi di quella precedente, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 83, comma 9, ove il riferimento era a «qualsiasi elemento formale della domanda».

dente” in favore del primo, in nome di un’aspirazione alla massima inclusività della procedura di gara che vuole anzitutto scongiurare il pericolo di un degenerare delle forme verso inutili “formalismi”<sup>90</sup>.

L’espreso riconoscimento legislativo dei principi generali di collaborazione e buona fede<sup>91</sup>, in guisa di criteri ispiratori del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, ha favorito un’apertura nei confronti dell’istituto anche nell’ambito delle procedure concorsuali.

D’interesse è l’apparente superamento della più severa interpretazione del c.d. principio di “autoresponsabilità” del concorrente, cui tradizionalmente si negava tutela anche per imperfezioni veniali, o mancanze nella redazione della domanda che pure potevano essere considerate di facile emendamento<sup>92</sup>.

Più che la tutela della *par condicio* tra i candidati, tale lettura disvela(va) un’attenzione al non aggravamento del procedimento (l. n. 241 del 1990, cit., art. 2, comma 2) in ragione del carattere “di massa” della maggior parte dei concorsi, per scongiurare l’eccessivo ritardo o la “paralisi” nella definizione della procedura. Se la celerità è un limite opponibile anche per le letture più aperte alla collaborazione

<sup>90</sup> In tal senso E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 642 ss.

<sup>91</sup> Per l’affermazione della rilevanza costituzionale del principio: G.M. RACCA, *Correttezza (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, vol. II, 1529.

<sup>92</sup> Da tempo si afferma l’obbligo dell’amministrazione di invitare il concorrente alla regolarizzazione dei vizi formali meno gravi (es. irregolarità del bollo, imperfetta redazione, ambiguità delle dichiarazioni), salvo il bando sia esplicito nell’indicare peculiari requisiti o contenuti dei documenti: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 650. Per precedenti ispirati a una severa lettura del principio di autoresponsabilità si veda ad es. l’esclusione del soccorso istruttorio nel caso di titoli valutati “al ribasso” perché, seppur dichiarati, non sono stati precisamente classificati nei formulari predisposti dall’amministrazione per la presentazione della domanda: Cons. St., sez. II, 22 novembre 2021, n. 7815; Cons. St., sez. IV, n. 1148 del 2019, cit.; Cons. St., sez. III, 24 novembre 2016, n. 4930; Cons. St., sez. V, 8 agosto 2016, n. 3540. Per una ricognizione della giurisprudenza: A. BONAITI, S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un’analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, cit., 375 ss. In tema si veda, in termini generali, P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 178, 211 ss., ove in particolare si distingue tra elementi che integrano il contenuto negoziale dell’istanza – di cui è esclusa l’integrazione documentale – e condizioni a valenza procedimentale, viceversa soggette a regolarizzazione. Il bilanciamento tra autoresponsabilità e obbligo di soccorso istruttorio si correla al carattere *reciprocità* del principio di collaborazione e buona fede, che comunque «non arriva a sollevare il privato dai suoi oneri istruttori»: S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell’imparzialità nel rapporto procedimentale*, cit., 41-42.

con i candidati<sup>93</sup>, preme qui rilevare che in definitiva è la stessa tutela dell'interesse pubblico a fornire l'argomento più decisivo ai fini dell'attivazione del soccorso istruttorio nell'ambito del procedimento concorsuale. Si evita così che un errore formale infici il reclutamento del candidato "più meritevole", con pregiudizio del principio costituzionale del buon andamento<sup>94</sup>, e dunque di un interesse riferibile alla pubblica amministrazione prima ancora che all'istante<sup>95</sup>.

La rilevanza dell'interesse pubblico – e dei correlati principi di economicità ed efficacia della procedura – è stata evidenziata a legittimazione della disciplina del soccorso istruttorio anche in materia di appalti pubblici, ritenendosi in particolare che l'istituto risponda a un'«esigenza di coerenza, adeguatezza, semplicità e, più in generale, razionalità procedurale nella scelta dell'operatore economico qualitativamente migliore al fine di soddisfare la domanda pubblica»<sup>96</sup>.

Tuttavia, la finalità del soccorso negli appalti corrisponde *in primis* a un'istanza di tipo garantistico, rispetto a cui è "ulteriore" – e,

<sup>93</sup> In tal senso Cons. St., sez. VI., 15 marzo 2021, n. 2226.

<sup>94</sup> Così ad es. Cons. St., sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975: «(...) specialmente nell'ambito dei concorsi pubblici, l'attivazione del c.d. soccorso istruttorio è tanto più necessaria per le finalità proprie di detta procedura, che, in quanto diretta alla selezione dei migliori candidati a posti pubblici, non può essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente emendabile con la collaborazione dell'amministrazione. *Il danno, prima ancora che all'interesse privato, sarebbe all'interesse pubblico*, considerata la rilevanza esiziale della corretta selezione dei dipendenti pubblici per il buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)» (corsivo aggiunto). Nello stesso senso: Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2021, n. 5413.

<sup>95</sup> Ne risulta disinnescato il c.d. argomento teleologico, che esclude il dovere di soccorso, con piena affermazione del principio di autoresponsabilità individuale, qualora il procedimento risponda a un esclusivo interesse dell'istante. In tema da ultimo da A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. amm.*, 2023, 203 ss., che vi rinvengono tracce di una «prospettiva marcatamente processualistica», che mal si attaglia specialmente ai procedimenti "a partecipazione necessaria", funzionali anzitutto a un interesse diretto dell'amministrazione.

<sup>96</sup> Così E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 642 ss., con rinvio in particolare a R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.; si veda anche F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, in *Dir. amm.*, 2019, 29: «un ampio utilizzo del soccorso istruttorio non appare incompatibile con il principio di imparzialità nella misura in cui conduce comunque alla scelta del contraente più idoneo, che è quello "sostanzialmente" tale»; A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, cit., 200.

parrebbe, accessorio – il fine di realizzare la più ampia concorrenza fra le imprese per il conseguimento di un miglior risultato economico a beneficio della stazione appaltante. Tale funzione economica è anzi valutata non soltanto nell’ottica della stazione appaltante, ma anche come ottimizzazione del risultato dal lato del mercato, individuandosi nel soccorso istruttorio uno strumento utile a rimediare a possibili forme di inefficienza del mercato stesso<sup>97</sup>.

Nulla di simile, come si è visto, nell’ambito dei concorsi a posti di pubblico impiego, ove la posizione dei candidati non è stata investita da quell’evoluzione, quel “mutamento di prospettiva”, che è stato invece messo in evidenza per le procedure d’appalto, in cui l’interesse delle imprese concorrenti si pone ormai su un piano di parità con quello dell’amministrazione pubblica in ragione delle regole di concorrenza e per l’effetto ordinamentale dell’Unione europea<sup>98</sup>. Il diritto unionale favorisce infatti l’accesso alle procedure d’appalto, specialmente delle PMI, anche per assecondare “obiettivi a valenza sociale”<sup>99</sup>.

La *ratio* della differenza di approccio senz’altro risente del già rilevato carattere “massivo” delle procedure, che determina un più facile prodursi di ritardi e dunque una (quasi) irriducibile difesa del principio di non aggravamento. L’impedire una rapida conclusione del procedimento danneggia d’altra parte inutilmente oltre agli interessi dell’organizzazione, anche quelli di coloro che saranno proclamati vincitori, per il ritardo nell’assunzione che ne deriva. Così, si ammettono più facilmente limiti all’attivazione del soccorso istruttorio, come abitualmente si differisce l’esercizio del diritto di accesso<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> In tal senso ancora E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 661. In giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 24 luglio 2017, n. 3641.

<sup>98</sup> Così ad es. A. BARTOLINI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori per violazione del diritto comunitario degli appalti*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, 152; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 79.

<sup>99</sup> In tal senso si veda la dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, Considerando n. 2. In tema: M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti pubblici tra appalti e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss.; ID., *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., 263 ss. Per il collegamento tra soccorso istruttorio e dovere di solidarietà da ultimo: A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, cit., 198.

<sup>100</sup> La considerazione degli interessi dei vincitori impedisce di concludere che si pervenga in tal modo ad una «sopravalutazione» dell’esigenza di semplificazione amministrativa determinata dall’“ansia di provvedere”, ove il perseguimento

Pur se l'ampliamento della platea consente anche in sede di concorsi una miglior scelta dell'amministrazione, assumendo una specifica rilevanza anche in chiave pubblicistica, può forse ritenersi che la possibilità di individuare il "migliore" sia solo minimamente scalfita dall'esclusione di un candidato che, benché meritevole, sia incorso in errore in fase di compilazione della domanda, o anche solo che la necessaria funzionalizzazione del procedimento sia compatibile con il rischio di eliminazione di un candidato pur valido<sup>101</sup>.

La soluzione di tali questioni pare possa trovare conforto nella digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, tra cui quello concorsuale ha trovato norme di forte incentivazione (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *quater*)<sup>102</sup>, con apertura a strumenti finalmente capaci di conciliare la contrapposta lettura del principio di non aggravamento del procedimento come non aggravamento per l'amministrazione (economicità dell'azione procedimentale) o non aggravamento per l'amministrato (proporzionalità, ma anche correttezza e buona fede<sup>103</sup>).

Il principio di non aggravamento è infatti posto a presidio della speditezza dell'azione amministrativa, ma questa certamente osta alla previsione di adempimenti inutilmente defatiganti per il singolo<sup>104</sup>, e

della massima celerità della decisione rischierebbe di compromettere una effettiva tutela degli interessi dei singoli, secondo la considerazione criticamente espressa da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., 54-55. Si veda anche T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna University Press, Bologna, 2022, 144: «nelle procedure comparative o di massa, ovvero quelle caratterizzate da una ampia platea di concorrenti, la natura doverosa del ricorso al soccorso istruttorio si attenua, scolorisce, prevalendo invece gli obblighi di correttezza che incombono in capo ai soggetti partecipanti».

<sup>101</sup> L'accettabilità del rischio di escludere un candidato valido si lega all'evidente non infallibilità di procedimenti di selezione che probabilmente assicurano l'esclusione dei meno preparati, ma – anche in ragione di irripetibili circostanze di spazio e tempo – non necessariamente garantiscono l'individuazione del migliore in termini assoluti. Ad ogni modo può dirsi che arretra quel modello di amministrazione "affettuosa" incline (od obbligata) ad assolvere una funzione pedagogica nei confronti dei singoli: E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., 44. Il modello di amministrazione "affettuosa" si deve a U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Cedam, Padova, 1996, 225 ss.

<sup>102</sup> Vedi *amplius infra*, capitolo V.

<sup>103</sup> In tal senso S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.

<sup>104</sup> Deriva dal principio di non aggravamento un'interpretazione "antiformalistica" e "teleologica": P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 172, 217; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 361. In senso critico altresì F. SAITTA, *Del divieto di aggravamento ventitrè anni*

più in generale al c.d. *sludge*, cioè all'introduzione di oneri procedurali sproporzionati, farraginosi o che divengano comunque evitabili specialmente in ragione dei progressi tecnologici<sup>105</sup>.

Con un'adeguata digitalizzazione del procedimento si ridimensiona la scelta sul soggetto cui addossare il "peso" della regolarizzazione delle candidature, con un'alternativa drastica tra la severa affermazione dell'autoresponsabilità del candidato o il sistematico appesantimento degli obblighi di controllo e "validazione" delle domande erronee o incomplete in capo all'amministrazione. Il digitale, al contrario, può favorire per l'uno e per l'altra la riduzione degli adempimenti, secondo il già evocato principio del *once only* per il candidato e con un'automatica rilevazione degli errori, al netto, ovviamente, di una seppur minima "diligenza informatica"<sup>106</sup> e degli eventuali malfunzionamenti dei sistemi<sup>107</sup>.

*dopo (ovvero dell'intramontabile discrezionalità istruttoria dell'amministrazione procedente)*, cit., 465 ss.; ID., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. soc.*, 2001, 491 ss.

<sup>105</sup> C.R. SUNSTEIN, *Sludge, What Stops Us from Getting Things Done and What to Do about It*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts - London, England, 2021, 1: "sludge" è «a "viscous mixture" consisting of frictions that prevent you from doing what you want to do or from going where you want to go», ivi compresi «paperwork requirements, waiting time, reporting requirements, clearance processes, and the like». Non solo è fonte di pregiudizi economici, ma può provocare danni alla salute pubblica, rallentare la crescita economica, privare le persone di opportunità di istruzione, causare la decrescita dell'impiego e così via; è una causa pervasiva di ineguaglianza oltre ad attentare alla dignità umana.

<sup>106</sup> Richiamata da ultimo da A. BONAITI, S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, cit., 377. L'affermazione di un onere di diligenza informatica deve necessariamente confrontarsi con la necessità di superare (o limitare) il *digital divide*, su cui: P. PIRAS, *L'amministrazione digitale tra divari e doveri. "non camminare davanti a me, ma al mio fianco"*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022/2, 417 ss. (in <https://journals.uniurb.it/>) (consultato a giugno 2023); ID., *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Dir. econ.*, 2022, 130 ss., ove si distingue divario digitale e "diseguaglianze digitali" (o divario digitale "di secondo livello"), che riguardano le diverse opportunità di utilizzo della rete «in ragione del livello di alfabetizzazione informatica del cittadino e delle amministrazioni erogatrici»; D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Giappichelli, Torino, 2020, 88 ss.; S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, ivi, 226 ss.; M. CONSITO, *La cittadinanza e le sue forme*, cit., 153, che in particolare correla la cittadinanza digitale alla necessità di creare le condizioni «affinché il cittadino possa attivamente partecipare alla società verso cui ha sviluppato un senso di

L'evoluzione libererebbe gli stessi impiegati pubblici dai compiti più ripetitivi e alienanti, consentendo contemporaneamente una riduzione dei tempi che mediamente caratterizzano i concorsi “di massa”<sup>108</sup>.

#### 4. Le eccezioni al pubblico concorso nei “casi previsti dalla legge”

Non sono rare le previsioni di legge di un reclutamento diretto di individui determinati, secondo procedimenti connotati da un limitato livello di formalismo, comunque privi di quei caratteri essenziali di comparazione e pubblicità che definiscono il pubblico concorso.

È possibile l'assunzione diretta, o a “chiamata”, di studiosi nominativamente individuati per porre rimedio all'emigrazione intellettuale (o “*brain drain*”), e allo stesso tempo consentire l'arricchimento e l'innovazione delle istituzioni di istruzione superiore, con l'apporto di ricercatori in servizio all'estero, che hanno diversa estrazione accademica e preparazione epistemologica<sup>109</sup>.

La chiamata diretta è altresì prevista sia per reclutare i vincitori di cospicui finanziamenti attribuiti nell'ambito dei più importanti “programmi di ricerca di alta qualificazione”; sia per attrarre professionalità di spicco e riconosciuto prestigio anche a livello interna-

appartenenza»; F. COSTANTINO, *La c.d. cittadinanza digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 150-154; E.N. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 475 ss.; G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, il Mulino, Bologna, 2021, 36, 41 ss.

<sup>107</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 2020, 10, che, anche in ragione degli errori informatici, sostiene la necessità di prevedere comunque «la possibilità dell'intervento umano, mediante “procedure amministrative parallele” di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza», con rinvio in particolare a Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3148. In tema *amplius infra*, capitolo V.

<sup>108</sup> Si veda C.R. SUNSTEIN, *Sludge, What Stops Us from Getting Things Done and What to Do about It*, cit., 16: «(...) *sludge-reduction efforts can greatly improve access to goods and services (...). For ordinary people, sludge reduction can change lives. For companies, they can increase sales and goodwill. For employees, they can significantly increase well-being. For governments, they can greatly improve performance*».

<sup>109</sup> Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2021, da cui si evince come, secondo il Ministero, il programma di “rientro dei cervelli” non può essere usato per il reclutamento di studiosi già inquadrati, seppur a tempo determinato, in una Università italiana. Vedi anche Cons. St., sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5917; Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2963.

zionale, che difficilmente parteciperebbero a procedure competitive (studiosi “di chiara fama”)<sup>110</sup>.

Per altro verso, è ammessa l’assunzione senza concorso – con la stipulazione di «contratti a tempo determinato disciplinati dalle norme di diritto privato» (c.d. in “fuori ruolo”) – di personale degli uffici di *staff* degli organi di governo, per l’espletamento di funzioni ausiliarie ai (soli) «compiti derivanti dalla posizione di diretta responsabilità politica verso i cittadini» (non per attività gestionali)<sup>111</sup>.

Del pari possibile è lo *spoils system* per gli “apicali”, che possono essere assunti con contratti a tempo determinato<sup>112</sup>, secondo una disciplina che non va confusa con quella che consente di stipulare un limitato numero di contratti a termine per il conferimento di incarichi dirigenziali a «persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell’amministrazione» (pur se per gli uni e gli altri valgono le stesse percentuali massime)<sup>113</sup>.

Per gli organi di *staff* e apicali si è visto<sup>114</sup> che la *ratio* normativa è garantire il miglior espletamento della funzione di indirizzo, in forza

<sup>110</sup> Tutte le ipotesi sono definite dalla l. 4 novembre 2005, n. 230, art. 1 comma 9. In tema C. BARBATI, *L’“altro” reclutamento universitario: la chiamata diretta*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1232.

<sup>111</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 14, comma 2; d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 90, che prescrive espressamente il divieto di svolgere attività gestionale. In tema da ultimo: Corte cost., 15 marzo 2022, n. 70. Osserva l’«ambigua utilizzazione degli uffici di diretta collaborazione, spesso posti in un incerto confine tra attività di supporto alla formazione degli atti di indirizzo (...) e attività di coordinamento più ravvicinato delle attività di gestione», da ultimo: F. MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l’organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in *Dir. amm.*, 2022, 364.

<sup>112</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19, comma 3. Per la giurisprudenza costituzionale sui limiti di ammissibilità dello *spoils system* si vedano i riferimenti citati *supra*, al capitolo III, nt. 120. Sui poteri di varia natura che possono esercitare gli apicali, che vanno dall’esercizio di funzioni consultive, a compiti di propulsione, coordinamento, controllo e vigilanza degli uffici, sino all’esercizio di poteri di decisione finale: E.N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come nuovo punto logico di partenza*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2020, 313 ss.

<sup>113</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19, comma 6; d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 110, che comunque ne prescrive l’individuazione con selezione pubblica. Da ultimo, sulla previsione transitoria che consente l’aumento delle quote ai fini dell’attuazione del PNRR (d.l. n. 80 del 2021, cit., art. 1, comma 15), e sul rischio di violazione del principio del concorso pubblico che ne deriva: B.G. MATTARELLA, *I dirigenti esterni e lo sguardo corto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 425 ss.

<sup>114</sup> Vedi *supra*, capitolo III, par. 3.

della «realistica convinzione che l'indirizzo e la gestione dell'indirizzo medesimo (siano) difficilmente scindibili e separabili»<sup>115</sup>. Si assicura così agli organi di governo l'apporto di persone scelte secondo valutazioni ispirate anzitutto alla fiducia personale, ove una stessa visione del mondo – data dalla medesima appartenenza politica o da altre «affinità personali o professionali»<sup>116</sup> – è considerata elemento causale del rapporto, perché è carattere imprescindibile della collaborazione, sia che si tratti di quanti operano a diretto e costante contatto con i suddetti organi («*staffisti*»), sia che si abbia riguardo a coloro che assolvono alla funzione di garantirne il raccordo con la struttura burocratica (apicali).

Il modello è un indispensabile correttivo – o piuttosto una conseguenza – del principio di separazione tra politica e amministrazione, di cui si intende in tal modo assicurare la piena funzionalità<sup>117</sup>.

Diversa è la *ratio* dell'istituzione di dirigenti a contratto ove la norma è volta a consentire l'attrazione di professionalità formatesi altrove (nel privato, nell'università, nelle organizzazioni internazionali, in altre amministrazioni) a fini di innovazione e arricchimento degli organici, dunque come elemento di diversificazione delle professionalità che può essere di particolare utilità nei processi di ridefinizione degli apparati, per l'innesto di nuove culture organizzative, o per l'attuazione di speciali progetti.

Parametro di legittimità costituzionale delle eccezioni al pubblico concorso è la derogabilità del principio nei soli «casi stabiliti dalla legge» (art. 97, comma 4, Cost.), con rinvio formale e sostanziale al bilanciamento di interessi identificato con fissazione di una riserva di legge.

La riserva di legge, come noto, si pone nell'ordinamento come «obbligo», o secondo altri «autorizzazione»<sup>118</sup>, della legge a disciplinare una materia, od oggetto, determinato (c.d. aspetto positivo della riserva), valendo allo stesso tempo come «divieto» o invalidità dell'intervento con fonti diverse, specialmente se di livello regolamentare

<sup>115</sup> R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari, IX ed., 2014, 83-84, ove la legittimazione del modello è individuata nel «principio etico della responsabilità politica individuale».

<sup>116</sup> S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, cit., 764-765: «l'appartenenza politica resta un fattore rilevante, ma non l'unico e forse nemmeno il più importante. Ciò che soprattutto conta, nell'attuale *Deep State* italiano, sono più in generale le relazioni».

<sup>117</sup> In tema cfr. riferimenti citati *supra*, capitolo III, nt. 120.

<sup>118</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 132; Id., *Legge (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, 163 ss.

(c.d. aspetto negativo della riserva)<sup>119</sup>, discutendosi invece per quelle fonti sovranazionali che sono immediatamente applicative<sup>120</sup>.

Si riconduce alla riserva di legge tradizionalmente una duplice valenza – di cui non sempre è chiara la reciproca articolazione nelle varie ricostruzioni – data dall'*interpositio legislatoris* e dalla sindacabilità giurisdizionale delle scelte dell'amministrazione pubblica<sup>121</sup>.

In ragione del carattere generale e astratto delle norme giuridiche<sup>122</sup>, la riserva di legge assolve anzitutto ad una *ratio* di garanzia dei diritti e delle libertà personali: la generalità e astrattezza tutelano idealmente l'eguale trattamento degli individui, in quanto limitano l'esercizio in concreto del potere discrezionale dell'esecutivo.

Una sufficiente *interpositio legislatoris* consente altresì di assicurare la «misurabilità e raffrontabilità»<sup>123</sup> degli atti che alla legge danno attuazione, evitando – secondo un carattere che è proprio dello

<sup>119</sup> In tal senso, da ultimo: A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, il Mulino, Bologna, II ed., 2022, 158; R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, 1208; da ultimo: G. PICCIRILLI, *La riserva di legge: evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2019, XIII. La definisce una “competenza potenziata”, che «si scinde in due regole separate, la prima delle quali attribuisce una specifica competenza all'atto y, la seconda delle quali logicamente non riguarda più l'atto y, ma tutti gli altri atti normativi, la cui competenza, sia essa generale oppure numerata, viene esclusa rispetto all'oggetto riservato alla autorità X titolare dell'atto y»: G.U. RESCIGNO, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 31.

<sup>120</sup> Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183; Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170; Corte cost. 27 novembre 1998, n. 383. La capacità del regolamento europeo di corrispondere al concetto di “legge” presupposto dalle riserve è ormai pacifica secondo A. MORRONE, *op. ult. cit.*, 160; R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 1222, ritengono che la riserva di legge non sia «suscettibile di costituire uno dei “controlimiti” alla potestà normativa attribuita dai Trattati», sicché debba riconoscersi la capacità dei regolamenti UE di soddisfarne la previsione. Da ultimo per una ricostruzione: G. PICCIRILLI, *op. ult. cit.*, 95 ss.

<sup>121</sup> Per l'osservazione in tal senso: R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 131.

<sup>122</sup> Su generalità e astrattezza come caratteri delle norme giuridiche: F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., 31; V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1949, 245 ss.; N. BOBBIO, *Per una classificazione delle norme giuridiche*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, 11 ss.; F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 365; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, 28 ss.

<sup>123</sup> L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, 131; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1982, 792. La riserva di legge assolve al fine di limitare la discrezionalità amministrativa «entro limiti compatibili con il principio di imparzialità»: R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 1215.

stato di diritto (art. 113 Cost.) – l'arbitrio dell'amministrazione. Il sindacato giurisdizionale è a tal fine devoluto *in primis* al giudice amministrativo, che, a seconda dei contenuti della legge, e dunque del tipo di riserva, si configurerà con riferimento al contenuto dell'atto amministrativo come sindacato per violazione di legge o quanto meno per vizio d'eccesso di potere<sup>124</sup>.

Ne deriva la correlazione, se non per tutti la coincidenza, tra riserva di legge e principio di legalità sostanziale<sup>125</sup>, per cui la legge non solo è limite invalicabile per l'amministrazione (legalità come non contrarietà), ma è anche necessario fondamento di qualunque potere sia da essa esercitato (legalità formale). Soprattutto, la riserva impone la «sostanziale conformità dell'amministrazione alla legge», cui corrisponde l'obbligo del legislatore di porre delle norme che disciplinino «nella sostanza» i poteri attribuiti<sup>126</sup>, secondo contenuti che dipendono dal tipo di riserva (assoluta o relativa), ma anche

<sup>124</sup> R. CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 167.

<sup>125</sup> La differenziazione è solo quantitativa secondo L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, 159-160; ID., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 622. Vedi anche G. AMATO, *Rapporti fra fonti primarie e secondarie: aspetti problematici*, Giuffrè, Milano, 1962, 130; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 909, 914; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio sulla riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1969, 172, 173; da ultimo: A. MORRONE, *op. ult. cit.*, 2022, 161. Per dubbi sulla fondatezza della tesi secondo cui la "giustiziabilità" del provvedimento amministrativo rientrerebbe tra i contenuti necessari della riserva di legge: M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 123-124. Per la costituzionalizzazione del principio di legalità sostanziale, vedi Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, ove si afferma «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto», principio che «non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione», non essendo sufficiente «che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore», poiché è viceversa «indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». Su tale pronuncia si vedano G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011, 623 ss.; P. CERBO, *Principio di legalità e "nuove ed inedite" fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011; M. CAPANTINI, *Le "ordinanze di ordinaria amministrazione" dei sindaci e il principio di legalità sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1093 ss.; M. BROCCA, *Le contraddizioni delle ordinanze ordinarie del sindaco*, in *Foro amm. - CdS*, 2011, 2278 ss.

<sup>126</sup> *Contra* si veda S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 662 ss.

dall'oggetto su cui essa è posta nell'interpretazione datane *in primis* dal giudice costituzionale.

Allo stesso tempo, è comune ricondurre alla riserva una valenza “democratico-pluralista” o “rappresentativa”, poiché, si dice, l'*interpositio legislatoris* che è in tal modo assicurata garantisce il coinvolgimento delle minoranze nel processo deliberativo<sup>127</sup>, secondo un carattere che affonda le proprie radici nel principio del “*no taxation without representation*”, a suo tempo invocato dalle colonie americane avverso la madrepatria (e prima ancora fondativo del «legittimo collegamento fra potere della Corona e potestà del parlamento» nell'Inghilterra plantageneta)<sup>128</sup>. Negli ordinamenti liberali a carattere dualista il principio valeva, come noto, ad assicurare la democraticità delle scelte con l'investimento del parlamento nella sua qualità di organo rappresentativo capace di esprimere la volontà popolare, dunque come limite alla sovranità monarchica. Nel modello monista che ispira la Costituzione repubblicana, il circuito democratico offre un'omogenea legittimazione al legislatore e all'esecutivo, sicché la riserva vale piuttosto a evitare la “tirannia della maggioranza”, garantendo il necessario coinvolgimento delle opposizioni nella definizione delle scelte di maggiore rilevanza<sup>129</sup>.

V'è da dire, tuttavia, che si ritiene prevalentemente la riserva sia assoluta non soltanto dalla legge in senso formale, ma anche con l'adozione degli atti cui la Costituzione riconosce forza di legge, sicché, non a torto, si è osservato un certo declino di tale *ratio* democratico-rappresentativa, poiché trattasi di atti all'adozione dei quali «la partecipazione delle minoranze è assai modesta»<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> In tal senso: S. FOIS, *La “riserva di legge”. Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963, 294 ss.; A. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 171-172. Vedi anche F. GALGANO, *I rapporti economici. Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, 41, secondo cui la riserva ex art. 41 Cost. intende anzitutto assicurare il coordinamento della libertà economica con la libertà politica.

<sup>128</sup> Da ultimo: E. ROTELLI, *Forme di governo delle democrazie nascenti (1689-1799)*, il Mulino, Bologna, 2009, 118; A. TORRE, *Regno Unito*, il Mulino, Bologna, 2013, 66.

<sup>129</sup> Di recente in tal senso si veda L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Giuffrè, Milano, 2008, 561: «solo l'Assemblea rappresentativa può intervenire sui diritti del cittadino, dapprima in ragione della contrapposizione fra Re e rappresentanza nazionale, ora in ragione del carattere pluralistico e composito dell'Assemblea elettiva dove le minoranze possono far sentire la loro voce che – grazie alla pubblicità e articolazione del procedimento legislativo – può raggiungere i cittadini attivando forme di civile dissenso».

<sup>130</sup> Così R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1214. In senso critico: A. MORRONE, *op. ult. cit.*, 2022, 160. Per l'esclusione dell'ammissibilità di decreti legge in materie coperte da riserva: L. CARLASSARE, *loc. ult. cit.*

L'osservazione è di particolare attualità per quanto riguarda molte delle più frequenti deroghe al principio di pubblicità del concorso, spesso previste in interventi di riforma dell'amministrazione adottati dal governo previa delega legislativa<sup>131</sup>, se non persino in via di decretazione d'urgenza<sup>132</sup>.

Le riserve, si dice abitualmente, hanno carattere assoluto o relativo, secondo una distinzione non del tutto univoca, talora ancorata a caratteri formali, più spesso individuata in ragione dell'oggetto di disciplina e dei diritti soggettivi a protezione dei quali esse sono poste, in ogni caso non senza margini di incertezza che hanno spesso condotto a mettere in discussione la stessa utilità della classificazione<sup>133</sup>.

Il carattere relativo è normale per le riserve in materia di organizzazione amministrativa, a partire da quella posta in Costituzione con il rinvio alle "disposizioni di legge" per l'organizzazione dei pubblici uffici (art. 97, comma 2, Cost.)<sup>134</sup>, con affermazione che si ritrova senz'altro in chi ha visto nella norma costituzionale un vero e proprio riparto di competenza tra fonti primarie e secondarie, che alla riserva di legge affianca una riserva di regolamento o d'amministrazione. L'interpretazione in tal senso è volta a tutelare il canone di buon andamento dell'attività amministrativa enunciato dalla stessa disposizione costituzionale, intendendosi la riserva essenzialmente come "condominio di gestione" dell'amministrazione, funzionale ad assicurare la responsabilizzazione dell'esecutivo (art. 95, comma 2, Cost.)<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> Si vedano ad es. le misure di "superamento del precariato" (stabilizzazioni) definite con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, art. 20 (c.d. riforma Madia).

<sup>132</sup> Così ad es. per le stabilizzazioni previste dal d.l. 31 agosto 2013, n. 101, art. 4, comma 6, conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125.

<sup>133</sup> In tal senso ad es. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 246-247; R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1218: tutte le riserve sono relative, poiché anche quelle comunemente ritenute assolute, in quanto escludono interventi di normazione secondaria, sono relative rispetto agli atti applicativi, postulando margini di discrezionalità in capo agli organi cui si dirigono (ad es. l'autorità giudiziaria); R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, cit., 163 ss. Di recente l'"ambivalenza" della giurisprudenza sul punto è evidenziata da R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 232.

<sup>134</sup> Si supera così l'originaria impostazione che considerava la riserva come assoluta: G. ZANOBINI, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 557. Per l'affermazione del carattere relativo si veda Corte cost., 15 luglio 1976, n. 221, secondo cui spetta alla legge l'indicazione di «criteri e direttive idonee a contenere in un ambito ben delimitato» l'esercizio dei poteri normativi secondari, oltre che «la determinazione dei fini da conseguire»; Corte cost., 3 marzo 1989, n. 88; da ultimo: Corte cost., 12 dicembre 2012, n. 279. In tema: P. CARETTI, *Il 1° comma dell'art. 97*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98*, cit., 17 ss.

<sup>135</sup> Non si tratta dunque di una riserva «in senso puro, o proprio, o tecnico»:

A tutela dei diritti e della libertà individuali, lo stato di diritto richiede un “minimo” stabilito per legge per quanto riguarda l’organizzazione degli apparati<sup>136</sup>, anche a protezione dell’imparzialità della stessa amministrazione nei confronti del potere politico<sup>137</sup>. La funzione di organizzazione è “attributo originario” e poi carattere costituzionale del governo della Repubblica<sup>138</sup>, ove sono anzitutto le esigenze di riorganizzazione (art. 97, comma 2; art. 117, comma 6; art. 118, comma 1, Cost.) degli apparati in ragione delle trasformazioni sociali in rapida evoluzione a suggerire la necessità di un ambito di intervento riservato alle fonti secondarie<sup>139</sup>.

Anche ritenendosi incontestato il carattere relativo della riserva, l’identificazione dell’esatta linea di confine tra fonti secondarie e primarie oscilla nelle varie ricostruzioni, talora ammettendosi sinanco che la legge possa limitarsi alla definizione di vincoli procedurali<sup>140</sup>. Ricorrente è l’affermazione secondo cui la riserva implica l’attribuzione alla legge delle «scelte organizzative generali di livello superiore»<sup>141</sup>, o dei «principi o criteri direttivi»<sup>142</sup>, di «criteri e direttive idonee» a contenere in un ambito ben determinato l’esercizio dei poteri attribuiti all’amministrazione pubblica, o ancora di «criteri e limiti» che indirizzino le scelte dell’amministrazione e fungano da parametro di legittimità degli atti<sup>143</sup>. È stato tuttavia dimostrato come

M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 158-159, 195-196.

<sup>136</sup> Sul nesso tra organizzazione e diritti individuali vedi *supra*, capitolo I, nt. 86.

<sup>137</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 342.

<sup>138</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 194-196. Vedi anche P.M. VIPIANA, *La disciplina dell’organizzazione dei pubblici uffici: verso una riserva di regolamento?*, in *I Tar*, 1995, II, 75-76.

<sup>139</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazarroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, cit., 86.

<sup>140</sup> Si vedano in tal senso gli esempi citati da L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, cit., 225.

<sup>141</sup> Cfr. P. CARETTI, *Il I° comma dell’art. 97*, cit., 11. *Contra* si veda P.M. VIPIANA, *op. ult. cit.*, 81-82, e giurisprudenza costituzionale citata (spec. nt. 26).

<sup>142</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 195-196.

<sup>143</sup> A. FEDELE, *Rapporti civili*, Art. 23, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G. Branca, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1978, 105-106. Talora si è ritenuto che spetti alla legge la disciplina degli organi a rilevanza esterna (i c.d. uffici-organi) e al regolamento quella degli organi a rilevanza interna (i meri uffici): A. AMORTH, *La Costituzione italiana: commento sistematico*, Giuffrè, Milano, 1948, 104; oppure si afferma che alla legge va attribuita la disciplina degli organi necessari e al regolamento quella degli organi “eventuali”: P. CARETTI, *op. ult. cit.*, 14, ove è offerta una rassegna dei vari criteri con rinvio a G. TREVES, *L’organizzazione am-*

a tale compito possa assolversi con la predeterminazione legislativa dei contenuti minimi di esercizio del potere, con norme generali e astratte idonee a consentire il sindacato di legittimità secondo il vizio di violazione di legge, ma anche con la semplice indicazione del fine di interesse pubblico affidato all'amministrazione, il cui perseguimento è verificato con il sindacato dell'eccesso di potere, in entrambi le ipotesi essendo consentita quella controllabilità degli atti amministrativi in sede giurisdizionale che è sì visto essere *ratio* istitutiva della riserva di legge<sup>144</sup>.

La riserva posta dall'art. 97, comma 3, Cost., che avoca al legislatore l'individuazione dei "casi" di deroga al principio del pubblico concorso, si correla a quella prevista per l'individuazione dei requisiti di accesso agli impieghi (art. 51, comma 1, Cost.), di cui si è già sostenuto il carattere relativo, in ragione – si è detto – della pertinenza all'organizzazione amministrativa e alla definizione dei fabbisogni che è di naturale competenza della pubblica amministrazione in quanto apparato<sup>145</sup>.

A differenza della riserva di legge assoluta posta a tutela della libertà personale ("nei *soli casi e modi* previsti dalla legge": art. 13, comma 2, Cost.)<sup>146</sup> la previsione in esame riserva alla legge la sola definizione dei "casi", lasciando aperta alla disciplina regolamentare l'individuazione dei "modi", dunque delle norme che in attuazione della disciplina legislativa consentono l'assunzione alle dipendenze

*ministrativa*, cit., 26, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1968, 75, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988, 138 e ss. Taluno ritiene che il minimo di disciplina legislativa sia quello espressamente indicato dall'art. 97, comma 3, Cost., ove si specifica che «nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari»: G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 16-18 settembre 1993, Giuffrè, Milano, 1995, 25 ss.

<sup>144</sup> R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 162-169.

<sup>145</sup> Si veda *supra*, capitolo III, par. 3. Per l'affermazione del carattere relativo della riserva *ex* art. 97, comma 3, Cost., si veda: Cons. St., sez. V, 10 aprile 2002, n. 1932, secondo cui le eccezioni al principio del concorso possono essere previste da leggi o da regolamenti delegati. Vedi anche Cons. St., sez. III, 2 aprile 2015, n. 1739, per il riconoscimento dell'autonomia normativa delle autorità amministrative indipendenti nella definizione delle procedure di procedura, anche in deroga ai requisiti validi per la generalità delle amministrazioni.

<sup>146</sup> Per il carattere assoluto della riserva *ex* art. 13, comma 2, Cost.: Corte cost., 20 febbraio 2023, n. 25, ove essa è contrapposta alla riserva a carattere relativo di cui all'art. 32, comma 2, Cost. In dottrina: P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, 234 ss.

delle pubbliche amministrazioni secondo modalità che derogano alla disciplina del pubblico concorso.

Entrambe le riserve previste in materia di accesso agli impieghi (art. 51 e 97, Cost.) perseguono il fine di tutela del diritto individuale al reclutamento egualitario e del principio di apertura al pubblico che ne discende, limitando l'arbitrio della pubblica amministrazione nell'introduzione di trattamenti differenziati, con affermazione di un ineludibile nesso tra riconoscimento e garanzia del diritto soggettivo<sup>147</sup>.

Il contenuto minimo del limite legislativo sembra coincidere con la selezione *ex lege* delle *tipologie* d'eccezione al pubblico concorso, con individuazione dei beneficiari della deroga e del preminente interesse pubblico che dà a essa fondamento. La previsione costituzionale lascia spazio alle fonti secondarie nell'individuazione di norme di azione per l'accertamento dei requisiti utili alla nomina (es. la definizione della chiara fama, o quella dei programmi di ricerca di "alta qualificazione" la cui titolarità dà accesso alla chiamata diretta<sup>148</sup>).

Non del tutto esenti da eventuali questioni di costituzionalità per violazione del giusto procedimento<sup>149</sup> possono all'opposto apparire alcuni interventi normativi che presentano i caratteri delle leggi provvedimento, o talora sinanco delle c.d. "leggi in luogo di provvedimento"<sup>150</sup>, ove il legislatore intervenga con il manifesto fine di sottrarre determinati atti amministrativi dal sindacato giurisdizionale<sup>151</sup>. Trattasi infatti spesso di leggi che recano norme prive di ripetibilità: pur riguardando una molteplicità di destinatari, questi sono determinabili in ragione dell'individuazione di requisiti già perfezionatisi, sicché la legge ha riguardo esclusivamente a fattispecie collocate in

<sup>147</sup> R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1222.

<sup>148</sup> Es. d.m. Miur, 28 dicembre 2015, n. 963.

<sup>149</sup> Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13. In tema da ultimo: S. SPUNTARELLI, *Eccessi legislativi ed erosione dell'attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2023, in corso di pubblicazione.

<sup>150</sup> Da ultimo: S. SPUNTARELLI, *op. ult. cit.*; R. DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 917 ss.

<sup>151</sup> Si veda ad es. la vicenda degli incarichi dirigenziali conferiti dall'agenzia delle entrate a funzionari di livello non dirigenziale mediante la stipula di contratti a tempo determinato, effettuata in forza di una norma del regolamento di organizzazione dell'agenzia, nelle more del giudizio innanzi al Tar traspunta in apposito decreto d'urgenza. Quest'ultimo – che autorizzava il perpetuarsi di tale utilizzazione nell'attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali utili a coprire le vacanze in organico (d.l. 2 marzo 2012, n. 16, art. 8, comma 24, conv. in l. 26 aprile 2012, n. 44) – è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione del principio del concorso da Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37.

un preciso momento storico (così ad es. per molti degli interventi di stabilizzazione del personale)<sup>152</sup>.

È peraltro noto che il carattere di legge provvedimento non vale di per sé a fondare una questione di legittimità costituzionale, poiché assume rilievo assorbente la ragionevolezza della soluzione adottata<sup>153</sup>. Il sindacato in materia di eccezioni al pubblico concorso quasi mai si appunta sul rispetto della riserva di legge o sulla sua qualificazione come assoluta o relativa, ma prioritariamente investe la ragionevolezza dell'eccezione e la preminenza dell'interesse pubblico che si è preteso di tutelare.

Ciò è evidente ad es. nel sindacato sulle leggi regionali: benché siano ritenute idonee in linea di principio a soddisfare la riserva di legge che ha ad oggetto le eccezioni al principio del pubblico concorso<sup>154</sup>, non è raro vederne dichiarata l'illegittimità costituzionale in ragione della violazione dei corrispondenti limiti individuati dal legislatore statale<sup>155</sup>. Il carattere vincolante dei limiti posti dal legislatore statale (ad es. in materia di stabilizzazioni) è per lo più fondato sul rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica<sup>156</sup>, anche se, a ben vedere, pare soprattutto correlarsi alla tutela dell'eguaglianza dei cittadini nell'esercizio dei diritti politici (art. 51, comma 1, Cost.)<sup>157</sup>, in cui non si fatica a riconoscere un livello minimo dei diritti che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale a tutela dell'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.).

<sup>152</sup> Da ultimo, per un'analisi delle tesi sul punto: M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, cit., 13-15. Si vedano inoltre di recente S. SPUNTARELLI, *Eccessi legislativi ed erosione dell'attività amministrativa*, cit.; oltre a G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, 21 ss.; M. CAMMELLI, *Premesse allo studio delle leggi-provvedimento regionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 1338 ss.; L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, 871 ss.; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968.

<sup>153</sup> D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, cit., 62, 71: la legge assume a una duplice funzione, ponendosi come norma e come "provvedimento legislativo", capace di derogare alla disciplina normativa vigente «in funzione del perseguimento di un interesse obiettivamente prevalente».

<sup>154</sup> Si riconduce normalmente il reclutamento all'organizzazione amministrativa regionale poiché è materia di competenza legislativa esclusiva delle regioni: cfr. giurisprudenza citata *supra*, cap. I, nt. 66.

<sup>155</sup> Pur ammettendo l'esercizio della funzione legislativa regionale nelle materie coperte da riserva di legge, ritiene la questione non possa esser posta in modo unitario poiché «il discorso è diverso in relazione alle varie riserve e la gamma delle risposte è quanto mai articolata»: L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Treccani, Roma, 1990, 3-4. Vedi anche G. PICCIRILLI, *La riserva di legge: evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, cit., 48.

<sup>156</sup> Da ultimo: Corte cost., 27 luglio 2023, n. 163; Corte cost., 4 aprile 2023, n. 99.

<sup>157</sup> In tal senso R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1222.

### 5. Le eccezioni al pubblico concorso per esigenze di interesse pubblico “peculiare e straordinario”

Non è sufficiente che la deroga al principio del pubblico concorso sia prevista in legge, ma si è inteso che la stessa debba trovare giustificazione nella cura di un interesse pubblico prevalente, di carattere «peculiare e straordinario»<sup>158</sup>, che sia capace di dare fondamento all'eccezione alla regola generale.

Le esigenze di celerità determinate da oggettive situazioni di emergenza non valgono a legittimare l'eccezione, potendo al più consentire una semplificazione degli adempimenti (es. con lo scorrimento di preesistenti graduatorie o elenchi, o l'indizione di concorsi caratterizzati da un numero limitato di prove, o per titoli e colloquio)<sup>159</sup>.

La richiesta di un interesse pubblico di straordinaria preminenza vale non soltanto per le eccezioni al procedimento amministrativo concorsuale con norme che ammettano l'individuazione diretta dei destinatari del rapporto di impiego (ad es. nei casi di *spoils system*), ma anche per le previsioni che, pur disciplinando procedimenti amministrativi di reclutamento, limitino il principio circoscrivendo la platea dei destinatari in deroga al principio di pubblicità del concorso, che in tal modo si pone quale elemento essenziale del modello.

La lettura conferma il carattere di funzione amministrativa del reclutamento pubblico, in quanto tale mai libero nei fini, ma di necessità funzionalizzato al perseguimento di un interesse pubblico, che dalla previsione legislativa d'attribuzione del potere – la cui finalizzazione all'interesse pubblico è condizione di validità costituzionale – si trasferisce all'esercizio in concreto di esso, a pena di invalidità per sviamento.

<sup>158</sup> Da ultimo in tal senso Corte cost., 9 marzo 2020, n. 43; Corte cost., 2 marzo 2018, n. 40; Corte cost., 12 maggio 2017, n. 110.

<sup>159</sup> Neppure per le assunzioni del personale sanitario in occasione dell'emergenza da Covid-19 si è derogato al modello concorsuale. La legislazione emergenziale ha rinviato a graduatorie preesistenti oppure disciplinato selezioni concorsuali semplificate (per titoli ed esame orale, previo avviso pubblico), peraltro prevalentemente per la stipulazione di contratti a tempo determinato: es. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27, art. 2, comma 1, art. 8. Fa eccezione l'arruolamento temporaneo di medici e infermieri militari, previsto “a domanda”: d.l. n. 27 del 2020, cit., art. 7. Sulle assunzioni di personale a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza per la situazione dello smaltimento rifiuti nella regione Campania: Cass. civ., sez. lav., 15 luglio 2016, n. 14592. In tema B. CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, cit., 17 ss.; A. VILLA, *Il reclutamento del personale negli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 27 ss.; AA.VV., *Pandemia e assunzioni nelle pubbliche amministrazioni*, *ivi*, 34 ss.

Interessi particolari, o di categoria<sup>160</sup>, non valgono a legittimare né la deroga, né la limitazione del principio. La rilevanza del principio di solidarietà nei confronti di specifiche tipologie di individui (art. 2 Cost.) si è già vista<sup>161</sup> circoscritta a quelle ipotesi in cui l'ordinamento ammette di sostituire il principio meritocratico con quello del bisogno.

La deroga è comunque «di stretta interpretazione»<sup>162</sup>, sia nel senso che si tratta di norme eccezionali<sup>163</sup>, sia nel senso che l'eccezione è giustificata nei limiti di quanto strettamente necessario a soddisfare l'interesse pubblico ritenuto prevalente, con valutazione di proporzionalità dell'una (deroga) all'altra (cura dell'interesse)<sup>164</sup>.

Il punto è di rilievo poiché ciò consente di ricostruire a sistema il principio del pubblico concorso affermando che la legge in deroga non comporta di per sé rinuncia a molti dei caratteri essenziali del reclutamento per concorso, quali trasparenza, pubblicità, parità di trattamento, comparazione, e così via. L'ordinamento giunge sino ad ammettere l'individuazione diretta del soggetto da reclutare, specie ove si tratti di valutarne una legittimazione non professionale, ma più frequentemente si tratta unicamente di una limitazione di taluni caratteri del modello concorsuale. Interessi pubblici peculiari possono limitare la discrezionalità dell'amministrazione, o circoscrivere la platea dei destinatari, o imporre determinati "aggiustamenti" al procedimento e alle sue modalità di attuazione.

Non si profila dunque un *tertium genus*, o modello alternativo di reclutamento al pubblico concorso, ma unicamente ipotesi in cui è legittimo, derogarvi in tutto o limitare in parte alcuni suoi elementi.

È vero, infatti, che per i posti a minor qualificazione professionale l'assunzione avviene normalmente mediante avviamento da liste tenute dai centri per l'impiego e compilate secondo criteri di misu-

<sup>160</sup> S. BATTINI, *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni: da una regolamentazione unilaterale all'altra?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2007, 627 ss.

<sup>161</sup> Cfr. *supra*, capitolo III, par. 5.

<sup>162</sup> In tal senso ad es. Corte cost., 30 luglio 2021, n. 180; Corte cost., 7 febbraio 2011, n. 42.

<sup>163</sup> Sul principio di stretta interpretazione, che esclude l'interpretazione analogica delle norme eccezionali (ma secondo alcune tesi non quella estensiva): F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 523 ss.; L. CAIANI, *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 350 ss.

<sup>164</sup> Per l'obbligo di ricorrere a procedure «congrue e ragionevoli in rapporto al fine da raggiungere e all'interesse da soddisfare»: Corte cost., 11 marzo 1983, n. 81; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 487.

razione della condizione di bisogno, nell'ambito di procedimenti interamente vincolati<sup>165</sup>, perciò solo prevalentemente attribuiti alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>166</sup>. In tale occasione, tuttavia, oltre a non rinunciarsi alla pubblicità del procedimento e alla parità di trattamento dei candidati, all'amministrazione è attribuito – come sempre accade in presenza di procedimenti vincolati<sup>167</sup> – il potere di interpretare le norme che definiscono requisiti e priorità<sup>168</sup>, oltreché l'esercizio di discrezionalità tecnica in sede di valutazione della prova di idoneità<sup>169</sup>.

La deroga non vale in tali casi rinuncia all'accertamento dell'idoneità professionale (pur se nell'ambito di una procedura non comparativa), la quale anzi si afferma secondo una prospettiva che vuol essere funzionale a un'effettiva valorizzazione professionale dei nuovi assunti.

Lo stesso principio di solidarietà può legittimare le riserve di posti o l'adozione di peculiari modalità di accertamento della professionalità, che sappiano tener conto di disabilità o di altre specifiche situazioni di svantaggio psichico o cognitivo<sup>170</sup>. Se tali strumenti recano un temperamento dell'apertura al pubblico (pubblicità) della selezione, che si è detto essere uno dei caratteri essenziali del concorso, è altresì vero che gli stessi consentono una maggiore apertura dei ruoli pubblici, dando accesso a persone che altrimenti difficilmente riuscirebbero a essere reclutate<sup>171</sup>.

Il beneficio che ne deriva non è solo strumentale alla tutela del

<sup>165</sup> Cfr. riferimenti citati *supra*, capitolo III, nt. 214.

<sup>166</sup> Cfr. *infra*, capitolo VI, nt. 4.

<sup>167</sup> In tema Santi ROMANO, *Interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, estratto da *Il Filangieri*, 1899, 6, Società Editrice Libreria, Milano, 1899, 3 ss.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939. Da ultimo R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, vol. XV, agg. 2011. Contra A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1 ss.

<sup>168</sup> Per un esempio di conflitto sull'interpretazione dei carichi familiari: Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giur., 3 dicembre 2018, n. 973.

<sup>169</sup> Per l'affermazione secondo cui l'"attendibilità" della valutazione della commissione esaminatrice «esclude la sovrapposibilità in sede giurisdizionale di una nuova valutazione su quella già svolta»: Cons. St., sez. II, 18 marzo 2020, n. 1928.

<sup>170</sup> Cfr. riferimenti citati *supra*, nt. 65.

<sup>171</sup> La disciplina sul collocamento dei disabili di cui alla l. n. 68 del 1999, cit., art. 11, realizza un bilanciamento tra accesso all'impiego mediante concorso e diritto al lavoro dei disabili con la previsione di riserve dei posti nei limiti della quota d'obbligo e fino al 50% dei posti a bando: Cass. civ., sez. lav., n. 12441 del 2016, cit.

diritto al lavoro e di quello all'accesso agli impieghi pubblici degli interessati, che si è già visto ammette trattamenti differenziati per situazioni oggettivamente diverse<sup>172</sup>, ma anche in termini di una composizione pluralista dell'amministrazione, che perciò si rende potenzialmente maggior capace di un'adeguata interpretazione dei bisogni di tutte le componenti sociali, dunque come buon andamento dell'organizzazione.

Viceversa, il principio di solidarietà non vale di per sé a legittimare trattamenti preferenziali nei confronti di personale "precario", se non entro i limiti definiti da norme generali – che ad es. escludono dai beneficiari i dirigenti<sup>173</sup> – e comunque purché si tratti di individui almeno inizialmente selezionati nell'ambito di procedure aperte<sup>174</sup>. Così come l'istanza solidaristica non dà fondamento alle ipotesi in deroga alla regola generale del pubblico concorso ove si tratti di riassorbire negli organici delle amministrazioni pubbliche il personale di società o altre organizzazioni controllate che siano state sciolte o ridimensionate, né è possibile indire a tal fine procedure interamente riservate, che si risolverebbero senz'altro in un "indebito privilegio", non supportato da esigenze di interesse pubblico<sup>175</sup>.

Non è un "interesse pubblico" che possa legittimare la deroga al principio del concorso, ma un interesse dell'amministrazione in qualità di datore di lavoro, garantire con concorsi interni le progressioni

<sup>172</sup> Cfr. *supra*, capitolo III, par. 5.

<sup>173</sup> Corte cost., 24 luglio 2010, n. 225; Corte cost., 9 novembre 2006, n. 363.

<sup>174</sup> Per l'esclusione di stabilizzazioni "a domanda", richiedendosi comunque il superamento di una procedura concorsuale, benché riservata: Corte cost., 15 ottobre 2021, n. 195. Vedi anche da ultimo Corte cost., 18 maggio 2023, n. 99; Cass. civ., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19166. Sono esclusi dalle stabilizzazioni i lavori impiegati con contratto di somministrazione, poiché legati dal rapporto di lavoro all'agenzia di somministrazione, che non li ha selezionati per il tramite di procedure concorsuali (pubbliche): Corte cost., n. 250 del 2021, cit. Per il riferimento al modello basato su «quote "flessibili" e strutturate in modo da non impedire radicalmente una competizione eguale tra tutti i candidati», in cui «il "sacrificio" delle ragioni formali dell'eguaglianza appare parziale, limitato, sufficientemente compensato dal dovere costituzionale di intervenire a tutela di posizioni deboli»: A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., 282.

<sup>175</sup> Da ultimo in tal senso: Corte cost., 21 dicembre 2021, n. 227; Corte cost., n. 5 del 2020, cit.; Corte cost., n. 40 del 2018, cit.; Corte cost., 30 gennaio 2015, n. 7; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 227; Corte cost., 1° luglio 2013, n. 167; Corte cost., 21 marzo 2012, n. 62; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310; Corte cost., 22 luglio 2010, n. 267. Nel caso di personale già assunto da organizzazioni di diritto privato in forma associativa o da ONLUS: Corte cost., 27 febbraio 2020, n. 36; Corte cost., 25 novembre 2016, n. 248; Corte cost., 21 maggio 2014, n. 134; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 30; Corte cost., 10 novembre 2011, n. 299.

verticali, che da tempo sono state assimilate al reclutamento di “prima” costituzione del rapporto.

Il principio del pubblico concorso presiede infatti a qualsiasi “primo accesso” a un nuovo posto – inteso anche come di diverso grado – nell’organico di un ente, a nulla rilevando che esso riguardi personale già in servizio che in tal modo accede a una qualifica di livello superiore<sup>176</sup>. Se ne impone perciò comunque la “massima pubblicità”, nel senso di apertura al pubblico<sup>177</sup>.

La distinzione che si è affermata è tra l’interesse al superamento di conflitti interni – pur talora invocato a legittimazione di trattamenti preferenziali a beneficio di particolari categorie di personale che per mero accidente siano state escluse da precedenti misure di favore<sup>178</sup> – e l’interesse alla valorizzazione di professionalità che più facilmente, se non necessariamente, si formano grazie ad un’esperienza interna all’amministrazione.

Quest’ultimo, non di rado richiamato anche per giustificare la deroga ai requisiti culturali normalmente richiesti per l’accesso a posti di livello superiore (la laurea)<sup>179</sup>, assume anche rilievo come leva motivazionale e di gratificazione professionale, ma soprattutto come mezzo di contrasto a un esodo di professionalità che potrebbe avere quale unica soluzione l’esternalizzazione di funzioni e servizi. In tal senso le disposizioni che limitano il pubblico concorso sembrano porsi come argini alla perdita di professionalità dagli uffici pubblici, specie in periodi in cui il personale si senta demotivato da retribuzioni contenute e da limitate prospettive di carriera<sup>180</sup>.

<sup>176</sup> Corte cost., 31 ottobre 2012, n. 245; Corte cost., 30 luglio 2012, n. 212; Corte cost., 12 aprile 2012, n. 90; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 30; Corte cost., 1° aprile 2011, n. 108; Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 7. Per una rassegna: A. POZZI, *Principi concorsuali e progressioni verticali dei pubblici dipendenti*, in *Giust. civ.*, 2003, 181 ss.

<sup>177</sup> Corte cost., ord. 4 gennaio 2001, n. 2, Corte cost., 4 gennaio 1999, n. 1.

<sup>178</sup> Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52: è insufficiente a giustificare l’eccezione al principio concorsuale l’esigenza di evitare conflittualità tra i dipendenti che si troverebbero in un regime diverso, poiché non si tratta di ragioni di interesse pubblico, ma semmai di interessi degli stessi dipendenti.

<sup>179</sup> Corte cost., 21 dicembre 2020, n. 275, che predica l’individuazione di un «ragionevole punto di equilibrio» tra il principio del pubblico concorso e l’interesse a consolidare le pregresse esperienze lavorative del personale. Il fatto che posizioni apicali siano occupate da personale privo del titolo di studio superiore è segnalato come un effetto distorsivo delle procedure di progressione verticale da S. GASPARRINI, *Programmazione delle assunzioni: amministrazioni pubbliche a metà del guado tra vecchie prassi e nuove prospettive*, cit., 43.

<sup>180</sup> S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *SINAPPSI - Connessioni tra ricerca e politiche pubbliche*, 2020, 1, 3 ss. Il

Più in generale può dirsi che la non sostituibilità dei profili professionali formatisi internamente non vale quale ragione di per sé sola capace di legittimare né la riserva di posti, né tantomeno l'eccezione al concorso. L'ipotesi non va confusa con quella in cui il personale interno si sia formato una professionalità maggiormente rispondente alle esigenze dell'amministrazione, che potrà essere dimostrata nella comparazione concorsuale con gli esterni formatisi altrove, adeguando la selezione e in particolare le prove di concorso per dare rilevanza a tali profili.

Il riconoscimento pur implicito del pubblico interesse sotteso alla logica premiale per il personale si correla evidentemente al principio di buon andamento dell'organizzazione amministrativa (art. 97, comma 2, Cost.), sicché sono state ritenute ammissibili riserve parziali dei posti a bando, comunque entro il limite del 50% del totale<sup>181</sup>. Ciò fermo restando l'obbligo di tenere in considerazione anche esperienze equivalenti, pur maturate altrove, che si è riaffermato in

rischio di sovra-inquadramento che deriva da promozioni disposte al mero fine di attribuire una gratificazione economica, e non per l'esercizio di compiti di maggior complessità è evidenziato da A. BOSCATI, *Dalle esigenze dell'organizzazione alle modalità di reclutamento: punti critici della disciplina vigente e possibili interventi di riforma*, cit., 60.

<sup>181</sup> Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37; Corte cost., 13 settembre 2012, n. 217; Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 7; Corte cost., 13 maggio 2010, n. 169; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 150; Corte cost., 13 novembre 2009 n. 293; Corte cost., 23 luglio 2002, n. 373; Corte cost. 16 maggio 2002, n. 194; Corte cost., 6 giugno 1994, n. 234. L'orientamento è stato (inizialmente) recepito dal d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 52, comma 1 *bis*. Occorre tuttavia evidenziare come da ultimo il legislatore abbia inteso il principio non più come determinante l'obbligo di apertura all'esterno di almeno il 50% dei posti vacanti in ciascuna procedura, ma – secondo un'interpretazione non priva di ambiguità – come un vincolo assolto aprendo all'esterno il 50% dei posti disponibili. L'effetto è la reintroduzione di procedimenti riservati al personale in servizio, in cui sono prese in considerazione le valutazioni conseguite negli ultimi tre anni in servizio, l'assenza di provvedimenti disciplinari, il possesso di titoli, "competenze professionali" e studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso dall'esterno, il numero e la tipologia degli incarichi rivestiti (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 52, comma 1 *bis* come sostituito dall'art. 3, comma 1, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv., con mod., dalla l. 6 agosto 2021, n. 113). In tema da ultimo: A. RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, 309, secondo cui l'assetto inedito della nuova disciplina va individuato nella «rottura dell'omogeneità del processo selettivo» per gli interni e gli esterni. La «fortissima rivitalizzazione delle progressioni verticali» è l'esito di uno "scambio politico" tra aspettative di carriera e accettazione dei processi di riorganizzazione secondo A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto... e ritorno?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, 1, 24.

ragione del principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 45, TFUE)<sup>182</sup>.

Tra le ipotesi che hanno legittimato una limitazione – più che una deroga – al principio del concorso pubblico si è annoverata, come spesso accade in materia di politiche del personale delle pubbliche amministrazioni, la tutela dei saldi di finanza pubblica (art. 97, comma 1, Cost.), addotta a precipuo fondamento dello scorrimento di graduatorie preesistenti in luogo dell'indizione di nuove procedure<sup>183</sup>. La salvaguardia del buon andamento dell'amministrazione impone, in tali casi, peculiari accorgimenti utili ad assicurare «l'efficace valutazione delle perduranti capacità professionali del personale interessato» (es. verifiche di idoneità, obbligo di frequentare corsi di aggiornamento)<sup>184</sup>. L'ipotesi, tuttavia, trova il proprio limite in una frequente proroga delle graduatorie che è capace di determinare l'irragionevole esclusione di chi abbia *medio tempore* maturato i requisiti di partecipazione.

Le esigenze “di risparmio” individuano d'altra parte un interesse dell'amministrazione a carattere patrimoniale, che non assurge mai a quell'interesse pubblico idoneo a legittimare *tout court* il sacrificio di un diritto individuale di partecipazione politica qual è quello all'accesso agli impieghi in condizioni di uguaglianza.

Diversa è la realizzazione dell'interesse pubblico alla salvaguardia dei saldi di bilancio attraverso una maggiore professionalizzazione e razionalizzazione delle procedure di reclutamento, con il ricorso a strumenti anche digitali che consentano una riduzione dei costi senza rinunciare alla massima apertura<sup>185</sup>.

<sup>182</sup> Da ultimo in tal senso C. giust., 15 giugno 2023, C-132/22, *BM, NP*: la libera circolazione dei lavoratori osta a una disciplina nazionale (italiana) che apre l'iscrizione nelle graduatorie finalizzate al reclutamento esclusivamente a quanti abbiano maturato una determinata esperienza professionale nell'amministrazione nazionale (istituti di alta formazione artistica, musicale e coreutica), senza prendere in considerazione l'attività equivalente svolta in altri stati membri.

<sup>183</sup> Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14. Le stesse esigenze di tutela dei saldi di finanza pubblica sono invocate a limite della facoltà di scorrimento: Corte cost., n. 5 del 2020, cit. Da ultimo per l'introduzione di un limite in sede di compilazione delle graduatorie, prevenendosi la possibilità di considerare idonei candidati entro il limite del venti per cento dei posti a bando (con norma che non si applica a regioni, province, enti locali, enti o agenzie da questi controllati o partecipati nel caso di concorsi che prevedano un numero di vincitori non superiore a venti unità, per i comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti e per l'effettuazione di assunzioni a tempo determinato): d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, comma 5 *ter*, come mod. da ultimo dal d.l. 22 giugno 2023, n. 75, art. 28 *ter*, comma 1, lett. c, conv. in l. 10 agosto 2023, n. 112.

<sup>184</sup> Corte cost., n. 267 del 2022, cit.

<sup>185</sup> In tema *amplius infra*, capitolo V.

L'ampliamento della platea dei candidati va ricercato superando limitazioni prive di una puntuale rispondenza in interessi pubblici peculiari e straordinari poiché è innanzitutto l'interesse pubblico primario a essere il fondamento del pubblico concorso, con individuazione del (relativo) migliore candidato alla luce delle esigenze della pubblica amministrazione.

Analogamente il modello concorsuale caratterizza il reclutamento dei professori universitari anche ove si proceda all'indizione di un procedimento riservato ai candidati interni (purché in possesso dell'abilitazione scientifica nazionale)<sup>186</sup>, in accordo con un principio che si è affermato contro un procedimento inizialmente inteso dalle autonomie universitarie secondo caratteri più propriamente riconducibili a una chiamata diretta<sup>187</sup> o a una nomina *intuitu personae*<sup>188</sup>.

I principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento impongono non solo l'eccezionalità della chiamata interna rispetto al concorso aperto a tutti, ma anche che la stessa avvenga nell'ambito di «adeguate procedure valutative di tipo comparativo degli studiosi», ove la comparazione è carattere insuperabile e si evidenzia ogni qualvolta siano più d'uno i candidati (interni) in possesso dei requisiti richiesti dalla legge<sup>189</sup>. Allo stesso modo l'obbligo di dare pubblicità al procedimento di selezione<sup>190</sup>, consentendo a tutti gli interessati di

<sup>186</sup> Ex l. n. 240 del 2010, cit., art. 24, comma 6.

<sup>187</sup> Vedi ad es., benché in *obiter dictum*, Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4704.

<sup>188</sup> L'interpretazione in tal senso trovava supporto nell'espreso rinvio alla procedura relativa alla stabilizzazione dei ricercatori a tempo determinato (l. n. 240 del 2010, cit., art. 24, comma 5) ove l'ordinamento prevede il reclutamento nel ruolo superiore su istanza dell'interessato, secondo il modello delle *tenure track positions*. La previsione era intesa come istitutiva di un canale di reclutamento diretto con finalità perequative specialmente a beneficio dei ricercatori universitari del ruolo a esaurimento, cui si offriva uno strumento di accesso al ruolo superiore sostanzialmente corrispondente a quello previsto per i nuovi ricercatori a tempo determinato. Il carattere eccezionale e derogatorio della procedura è evidenziato da Corte cost., 24 luglio 2020, n. 165. In tema: C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Giappichelli, Torino, 2019, 76 ss. Sul ruolo del giudice nel limitare le scelte d'autonomia nella disciplina del reclutamento: A. MARRA, *Introduzione*, in *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di A. Marra, Giappichelli, Torino, 2020, 4-5; B. RABAI, *Le modalità di reclutamento del corpo docente universitario dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240 e il ruolo supplementivo del reclutamento*, *ivi*, 48 ss.

<sup>189</sup> Anac, Delib. 22 novembre 2017, n. 1208, *Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione*, p. 48-49. Per l'esclusione della valutazione comparativa v. ad es. A. SAU, *op. ult. cit.*, 384 ss.

<sup>190</sup> Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2017, n. 1856. Sull'obbligo di trasparenza in fase

presentare domanda di partecipazione, si evidenzia ove la platea di riferimento è da intendersi non limitata ai componenti del dipartimento destinatario del reclutamento, ma estesa a tutto il personale in servizio presso la medesima università<sup>191</sup>. Né si ammettono requisiti di partecipazione più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla legge<sup>192</sup>. Ciò consente di affermare che il concorso interno, più in generale quello in cui ragioni d'interesse pubblico impongono la riserva di partecipazione a talune categorie di individui, resta un concorso in cui una legge, in ragione della tutela di un interesse pubblico considerato prevalente – e sindacabile avanti al giudice –, ha disattivato, in conformità al principio di proporzionalità<sup>193</sup>, alcuni dei caratteri del pubblico concorso.

Resta perciò la garanzia della massima apertura (benché nei limiti della riserva stessa e del principio di proporzionalità), come del pari resta il carattere comparativo, e il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento dei candidati, cui si correla l'articolazione secondo la disciplina tipica del procedimento amministrativo.

di nomina della commissione della procedura *ex art.* 24, comma 6, l. n. 240 del 2010, cit.: Cons. St., sez. VII, 21 ottobre 2022, n. 8980.

<sup>191</sup> In tal senso Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2020, n. 8277; Cons. St., sez. VI, 19 dicembre 2018, n. 7155; per il superamento della procedura *intuitu personae*, vedi anche: Cons. Stato, Sez. VI, 24 aprile 2018, n. 2500.

<sup>192</sup> Cons. St., sez. VII, 5 aprile 2023, n. 3519, come ad es. il previo inquadramento nello stesso settore scientifico disciplinare di abilitazione.

<sup>193</sup> Sul principio di proporzionalità vedi *supra*, capitolo II, nt. 157.



## CAPITOLO V

# Il nuovo procedimento amministrativo concorsuale

SOMMARIO: 1. Il “nuovo” procedimento amministrativo concorsuale e il reclutamento “intelligente”. – 2. La tutela dell’individuo nei concorsi automatizzati. – 3. Banche dati e algoritmi curricolari. – 4. Professionalizzare la funzione di reclutamento.

### 1. *Il “nuovo” procedimento amministrativo concorsuale e il reclutamento “intelligente”*

L’interpretazione di maggior apertura al soccorso istruttorio affermatasi di recente (anche) nel procedimento concorsuale evidenzia una tensione tra *favor participationis* ed efficienza pubblica che allo stato attuale pare superabile. Modelli e strumenti organizzativi solo in parte nuovi aprono ad una razionalizzazione e professionalizzazione del procedimento di reclutamento che si pone come una preziosa occasione, da accogliere quantomeno in via sperimentale.

Da tempo l’ordinamento offre soluzioni d’organizzazione utili a superare molte delle critiche che sono spesso rivolte alle selezioni concorsuali<sup>1</sup>, soluzioni che possono essere apprezzate non solo perché riducono i tempi dei procedimenti, ma anche perché capaci di realizzare un “reclutamento intelligente”, secondo un’espressione di sintesi capace di assumere significati plurimi. Ciò sia perché possono consentire di limitare gli errori negli atti della serie procedimentale, sia perché possono sgravare il responsabile del procedimento di alcuni degli adempimenti più ripetitivi – permettendone la concentrazione sulle decisioni di maggior complessità –, sia perché possono favorire nei terzi la partecipazione al concorso e, con essa, l’esercizio del diritto costituzionale di accesso agli impieghi (art. 51, comma 1, Cost.). La professionalizzazione della funzione di reclutamento può

<sup>1</sup> Si veda *supra*, cap. I, par. 3.

giovare di soluzioni già sperimentate anche in Italia (es. i concorsi unici, o la costituzione di centrali di reclutamento<sup>2</sup>), che possono utilmente integrarsi con altre di nuovo conio (es. la digitalizzazione del procedimento) per il conseguimento di migliori *performance* in termini di efficienza, efficacia ed economicità (art. 97, comma 2, Cost.)<sup>3</sup>. Più precisamente, anzi, queste ultime paiono offrire alle prime nuova linfa, nel senso che la semplificazione passa in realtà attraverso strumenti complessi da progettare e gestire, presupponendo un innalzamento del livello di professionalità delle selezioni che è favorito dalla cooperazione tra amministrazioni.

Alcune di queste soluzioni possono contribuire alla riduzione dello “*sludge*”<sup>4</sup>, cioè degli oneri amministrativi e dei costi informativi, psicologici e di “*compliance*”<sup>5</sup> associati alla presentazione delle istanze di partecipazione che possono disincentivare e scoraggiare i potenziali candidati. Sono “costi” che derivano dalla difficoltà di reperire le informazioni sui concorsi banditi (non è agevole la consultazione bisettimanale dell’apposita “serie speciale” della Gazzetta ufficiale), o di comprendere l’effettiva attrattività delle posizioni a bando (per il livello retributivo offerto, le prospettive di carriera e così via), ma anche dalla spesso non agevole compilazione di formulari di domanda che possono imporre, ad es., di classificare titoli eterogenei in categorie generali non prive di ambiguità<sup>6</sup>. La presentazione di una candidatura richiede tempo, che è risorsa tanto più scarsa quanto più acuta è la condizione individuale di bisogno (la procedura farraginoso è dunque anche socialmente iniqua<sup>7</sup>). La dif-

<sup>2</sup> Vedi *amplius infra*, par. 4.

<sup>3</sup> Per la correlazione tra utilizzo delle nuove tecnologie e principio costituzionale del buon andamento si vedano, da ultimo: D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in *Diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, cit., 85 ss.; Id., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei Diritti UE)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 165 ss.; M. FALCONE, “*Big data*” e *pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 e ss.

<sup>4</sup> C.R. SUNSTEIN, *Sludge*, cit., 91 ss.

<sup>5</sup> P. HERD, D. MOYNIHAN, *Administrative Burden: Policymaking by Other Means*, Russell Sage Foundation, New York, 2019, 15.

<sup>6</sup> Per i concorsi di maggiore attrattività esistono gruppi di mutuo aiuto sui *social networks*, che i candidati usano per scambiarsi informazioni e suggerimenti, a volte anche diffondendo, volutamente o meno, “*fake news*” o comunque ingenerando ulteriori dubbi e confusione.

<sup>7</sup> C.R. SUNSTEIN, *Sludge*, cit., 28 ss.; S. MULLAINATHAN, E. SHAFIR, *Scarcity: The*

ficoltà di compilazione può produrre un senso di inadeguatezza o di scoramento, e disincentivare dal ripetere l'esperienza. Infine, gli errori di compilazione producono conseguenze giuridiche (la commissione può estromettere dalla valutazione un titolo classificato erroneamente<sup>8</sup>).

A derivarne è non solo la diminuzione dell'attrattività del datore di lavoro pubblico, ma ancor più gravemente l'offuscamento del carattere "pubblico" del concorso, che da strumento aperto alla partecipazione di tutti – e fondato su un diritto costituzionale (art. 51, comma 1, Cost.) – diviene un procedimento rivolto ai pochi in possesso di un sapere "iniziatico", spesso associato all'acquisizione di una "professionalità" specifica (del candidato concorsuale)<sup>9</sup>.

Il "mutamento epocale"<sup>10</sup> determinato dalla trasformazione tecnologica fa esplicito ingresso nel procedimento di reclutamento con le più recenti previsioni del testo unico del pubblico impiego che affermano l'obbligo di utilizzare gli «strumenti informatici e digitali» nelle selezioni per posti di livello non dirigenziale (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *quater*<sup>11</sup>). Si dà così eco alla legge generale sul procedimento amministrativo, ove non è più facoltativo l'impiego di «strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati» (l. n. 241 del 1990, art. 3 *bis*)<sup>12</sup>.

*True Cost of Not Having Enough* (2014) trad. it. a cura di G. Barile, *Scarcity. Perché avere poco significa tanto*, il Saggiatore, Milano, 2014, 161 ss.

<sup>8</sup> Vedi *supra*, giurisprudenza citata al capitolo IV, nt. 92.

<sup>9</sup> Talora detto, con espressione peggiorativa, "concorsista".

<sup>10</sup> L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2023, 20.

<sup>11</sup> Norma introdotta con il d.l. n. 36 del 2022, art. 3, comma 1, cit.

<sup>12</sup> L'art. 3 *bis* della l. n. 241 del 1990, cit., è stato modificato dall'art. 12, comma 1, lett. b, d.l. 16 luglio 2020, n. 70, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120. Si vedano inoltre il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale*, art. 12, comma 1 e 2: «Le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione (...) utilizzano, nei rapporti interni, in quelli con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, garantendo l'interoperabilità dei sistemi e l'integrazione dei processi di servizio fra le diverse amministrazioni». È ivi previsto altresì l'obbligo di «gestire i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione», fornendo «per ciascun procedimento gli opportuni servizi di interoperabilità o integrazione» (art. 41, comma 1), oltre a quello di procedere a una «riorganizzazione strutturale e gestionale anche attraverso il migliore e più esteso utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione», in particolare per «razionalizzare e semplificare i procedimenti

Sono ormai familiari anche alle organizzazioni pubbliche gli strumenti tipici di un «basso grado di informatizzazione» (c.d. “*electronic paper*”)<sup>13</sup>, di per sé non suscettibili di mutare le modalità del “procedere amministrativo”<sup>14</sup>: così per la presentazione in via telematica dell’istanza di partecipazione alla selezione – ormai riconosciuta come oggetto di un diritto individuale, fatto salvo il diritto alla proroga dei termini in caso di malfunzionamenti o “crash” del sistema<sup>15</sup> –,

amministrativi, le attività gestionali, i documenti, la modulistica, le modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese» (art. 15, commi 1 e 2). Per la previsione di sanzioni nel caso di violazione delle norme di settore sulla digitalizzazione, attribuite alla competenza dell’Agenzia per l’Italia digitale: art. 18 *bis*, d.lgs. n. 82 del 2005, cit., introd. dall’art. 41, comma 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, ove si supera il sistema fondato su meri inviti a rimuovere l’inadempienza, con esercizio del potere persuasivo del Difensore civico per il digitale. Sul principio del c.d. “*digital first*”: D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 501 ss. Sulla precedente formulazione dell’art. 3 *bis*, l. n. 241 del 1990, cit., ove l’impiego delle nuove tecnologie era (all’apparenza) meramente incentivato, si veda F. COSTANTINO, *L’uso della telematica nella Pubblica Amministrazione*, in *L’azione amministrativa*, cit., 226, che già sostiene che la norma – interpretata alla luce del codice dell’amministrazione digitale – «indichi un obbligo concreto per l’amministrazione»; oltre a E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 2, 148 ss.; ID., *Il decreto “crescita” - Amministrazione aperta e governance dell’Italia Digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 11, 1041 ss.; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità* in *Dir. informazione e Informatica*, 2015, 227 ss.; ID., *L’uso della telematica*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2011, 421 ss.; B. CAROTTI, *L’amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 7 ss. Sostiene l’insufficienza di norme generali per legittimare l’assunzione di decisioni automatizzate: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 34 ss.

<sup>13</sup> P.M. VIPIANA, M. TIMO, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, 202. L’espressione “*electronic paper*” è impiegata da H.M. MOTZEFELDT, *The Danish Principle of Administrative Law by Design*, in *European Public Law*, 2017, 741: «*this type of e-government merely leads to a replacement of paper-based documents and analogue communication by digital communication*».

<sup>14</sup> R. CAVALLO PERIN, Intervento al convegno *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo*, Università di Torino, 9 maggio 2023.

<sup>15</sup> Per l’affermazione del diritto di utilizzare gli strumenti digitali per comunicare con la p.a.: d.lgs. n. 82 del 2005, cit., art. 65; l’invio telematico è modalità esclusiva di partecipazione a concorsi e prove selettive sin dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*, art. 8, conv. in l. 4 aprile 2012, n. 35. Per l’obbligo di proroga dei termini in caso di malfunzionamenti della procedura e di preconstituire un servizio di assistenza informatica: d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 3, comma 7, come mod. da ultimo dal d.P.R. n. 82 del 2023, cit.. In tema:

l'uso di terminali elettronici nelle prove scritte e per l'elaborazione delle tracce d'esame<sup>16</sup>, la diffusione di notizie sui bandi di concorso attraverso le pagine istituzionali ospitate dai *social network*, l'impiego di strumenti telematici per i lavori delle commissioni<sup>17</sup>, o, anche grazie a un'accelerazione determinata dall'esperienza pandemica, il generalizzato impiego di sistemi di videoconferenza per svolgere le prove da remoto<sup>18</sup>. Per questi ultimi, in particolare, può osservarsi come una sperimentazione determinata da esigenze di tutela della salute pubblica si sia ormai consolidata in una prospettiva di *favor participationis* ed effettività del principio di pubblicità del concorso.

Maggiore interesse suscitano taluni strumenti tecnologici sperimentati in tempi più recenti specialmente dalle imprese, che anche nel settore pubblico possono essere apprezzati per la capacità di ridurre i tempi di decisione, e dunque in termini di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa (art. 97, comma 2, Cost.)<sup>19</sup>, ma altresì in ragione della maggiore precisione e la (almeno tendenziale) garanzia di "oggettività" che li caratterizza<sup>20</sup>.

Cons. St., sez. cons. atti normativi, par. 30 gennaio 2023 (sulla proposta di regolamento); in termini particolarmente critici: Cons. St., sez. IV, decr. 21 ottobre 2022, n. 5055, che in un caso di malfunzionamento del sistema di ricezione delle domande di partecipazione si interroga sul «limite dell'onere di diligenza informatica che possa ragionevolmente farsi gravare sul *quisque de populo*», chiedendosi in particolare «se e fino a che punto, a fronte di malfunzionamenti del sistema o del collegamento a esso, il cittadino possa essere costretto a una sorta di "gioco dell'oca" per completare una procedura telematica impostagli», oltretutto «se meriti adeguata considerazione la tesi che sul cittadino in quanto non imprenditore (*rectius*: non "professionista"), non possa gravare l'onere di munirsi di una sorta di "ufficio informatico" per potersi correttamente rapportare con l'amministrazione pubblica, e che gli vada perciò riconosciuto, in caso di difficoltà (salvo postulare un generale obbligo di *alfabetizzazione informatica* quale preconditione per continuare a godere dei più elementari diritti civili), un soccorso amplissimo – preventivo, ma anche successivo – a carico della controparte pubblica». In materia di appalti pubblici: Cons. St., sez. VI, 1 luglio 2021, n. 5008; Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86; Cons. St., sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922. Per l'affermazione del diritto all'uso delle tecnologie in sede di presentazione dell'istanza si veda da ultimo: Tar Liguria, sez. I, 16 gennaio 2023, n. 78.

<sup>16</sup> D.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 13, comma 2 (ove in particolare si prescrive l'adozione di idonee garanzie per assicurare l'immodificabilità degli elaborati consegnati), art. 11, comma 3, come mod. dal d.P.R. n. 82 del 2023, cit.

<sup>17</sup> Da ultimo previsto in via generale dal d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 9, comma 12, art. 19, comma 6, con richiamo dell'esigenza di garantire in ogni caso «la sicurezza e la tracciabilità delle comunicazioni».

<sup>18</sup> Da ultimo previsto stabilmente dal d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 7, comma 3, come mod. dal d.P.R. n. 82 del 2023, cit., ove è di interesse in particolare l'idea di un'"aula digitale" aperta al pubblico.

<sup>19</sup> Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

Il c.d. “*smart recruitment*” è largamente diffuso nel mercato globale: sono soprattutto i gruppi multinazionali a ricorrere a sistemi d’intelligenza artificiale per attrarre candidature, acquisire e analizzare una mole significativa di informazioni sui candidati e sondarne talune abilità e attitudini comportamentali velocizzando le procedure di assunzione<sup>21</sup>.

L’utilizzo di tali strumenti solleva, tuttavia, questioni etiche e giuridiche ormai conosciute e diffusamente analizzate, al punto che le recenti classificazioni europee li inseriscono espressamente tra i “sistemi ad alto rischio”<sup>22</sup>. Sono questioni che investono, tra l’altro, la *privacy* e la protezione dei dati personali, la corretta formazione della base di conoscenza o del *training dataset* (nella selezione degli *input*), la trasparenza nell’elaborazione dei dati e nell’assunzione di decisioni – con i limiti relativi all’opacità dei sistemi di *black box*<sup>23</sup> o

<sup>20</sup> In tal senso: C.R. SUNSTEIN, *Governing by Algorithm? No Noise and (Potentially) less Bias*, in *Duke Law Journal*, 2022, 71, 1177: «First: Algorithms eliminate noise, and that is important; to the extent that they do so, they prevent unequal treatment and reduce errors. Second: Algorithms do not use mental shortcuts; they rely on statistical predictors, which means that they can counteract or even eliminate cognitive biases. Third: Algorithms can encode or perpetuate discrimination, perhaps because their inputs are based on discrimination or because what they (accurately) predict is infected by discrimination; but if the goal is to eliminate discrimination, properly constructed algorithms nonetheless hold a great deal of promise for the administrative state». Idem G. D’ORSONI, E. D’ORLANDO, *Nuove prospettive dell’amministrazione digitale: open data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, 2019, 605.

<sup>21</sup> Per una rassegna degli strumenti: P. VAN ESCH, J. STEWART BLACK, J. FEROLIE, *Marketing Ai recruitment: The next phase in job application and selection*, in *Computers in Human Behavior*, 2019, 90, 215.

<sup>22</sup> Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione*, Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 206 final 2021/0106(COD), all. III, n. 4, lett. a, ove si fa riferimento ai: «sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l’assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicizzare i posti vacanti, vagliare o filtrare le candidature, valutare i candidati nel corso di colloqui o prove». Per uno sguardo d’insieme sulle problematiche sollevate dalla delegazione di decisioni e compiti ad algoritmi si vedano M. DURANTE, *Potere computazionale. L’impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Meltemi, Milano, 2019, 240-253; M. D’AGOSTINO, M. DURANTE, *Introduction: the Governance of Algorithms*, in *Philosophy & Technology*, 2018, 31, 4, 499-505; M. HILDEBRANDT, *Algorithmic regulation and the rule of law*, in S. OLHEDE, P. WOLFE (Eds.), *The Growing ubiquity of algorithms in society: implications, impacts and innovations*, special issue of *Philosophical Transactions of The Royal Society A: Mathematical Physical and Engineering*, 2018, 376, in <https://royalsocietypublishing.org/> (consultato a luglio 2023); S. BAROCAS, S. HOOD, M. ZIEWITZ, *Governing Algorithms: A Provocation Piece*, 2013, 1-12, accessibile online: <https://ssrn.com/abstract=2245322> (consultato a luglio 2023).

<sup>23</sup> F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Mo-*

alla logica e spiegabilità delle decisioni, il rischio di “discriminazioni algoritmiche”<sup>24</sup> (nella produzione di *output*), e più ampiamente la protezione di libertà e dignità dei candidati<sup>25</sup>.

Al netto di tali aspetti problematici, si tratta di tecnologie che anche nel settore pubblico possono consentire l'automazione di (almeno) parte del procedimento, offrendo un supporto utile al responsabile del procedimento e alla commissione giudicatrice, ma anche ai candidati. Se infatti è pacifico che l'automazione possa ridurre i tempi e semplificare gli adempimenti a carico dell'amministrazione, di maggior interesse ne è l'impiego in chiave di protezione degli interessi dei singoli, come strumento di organizzazione utile al miglior conseguimento dei fini perseguiti dalle norme procedurali.

La semplificazione della presentazione delle istanze è l'obiettivo delle riforme che di recente hanno avviato non solo l'abbandono della sezione concorsi della Gazzetta ufficiale, con la realizzazione della piattaforma unica per tutti i bandi e le procedure connesse (portale InPA)<sup>26</sup>, ma anche la costituzione di un fascicolo del candidato (e poi del dipendente) capace di raccogliere diplomi, attestati di formazione e altre certificazioni.

Si avvia così il superamento del modello dell'autodichiarazione

*ney and Information*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts - London, England, 2015, 59 ss.

<sup>24</sup> La dottrina sul tema delle discriminazioni algoritmiche è ormai nutrita di molteplici contributi, da ultimo, con attenzione al settore del lavoro, si vedano: I. AJUNWA, *The Quantified Worker, Law and Technology in the Modern Workplace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, 75 ss.; K.E. SONDERLING, B.J. KELLEY, L. CASIMIR, *The Promise and the Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination*, in *University of Miami Law Review*, 2022, 77, 3 ss.; E. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Giappichelli, Torino, 2022, 260 ss.; R. XENIDIS, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, 27, 6, 736. ss.; C. O'NEIL, *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, New York, Crown, 2016, 90 ss.

<sup>25</sup> Ad es. con riferimento al divieto di indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale, di cui all'art. 8 dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300). In tema si veda da ultimo: P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017; I. AJUNWA, *The Quantified Worker, Law and Technology in the Modern Workplace*, cit., 75 ss.

<sup>26</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *ter*; d. Min. Pubblica Amministrazione 3 novembre 2023, *sulle caratteristiche e le modalità di funzionamento del Portale unico del reclutamento*. Il portale è destinato ad accogliere bandi di concorso, avvisi di mobilità e avvisi di selezione di professionisti ed esperti, oltre alle comunicazioni rivolte ai candidati, le graduatorie finali e la scelta della sede di destinazione.

di dati in possesso delle pubbliche amministrazioni, sia nel senso di dare ai singoli e a tutti gli enti un accesso diretto alla fonte dei dati, sia nel senso di aprire all'idea di una descrizione in tempo reale dell'andamento professionale di ciascun individuo (curriculum), con la realizzazione di un importante strumento di relazione tra organizzazioni e individui che alle stesse intendono accedervi<sup>27</sup>. Le piattaforme, infatti, possono essere integrate con strumenti di intelligenza artificiale (quali, ad esempio, determinate tipologie di *chatbot*), secondo l'esperienza di altri ordinamenti ove sono stati impiegati per orientare i candidati e facilitare la presentazione delle domande, per l'assolvimento degli obblighi di comunicazione informale<sup>28</sup> con l'offerta di informazioni semplici da reperire e personalizzabili in ragione delle esigenze<sup>29</sup>.

La stessa elaborazione dei bandi di concorso e delle informazioni utili all'orientamento dei candidati (es. le "*faq*") può essere supportata da strumenti di intelligenza artificiale capaci di analizzare in forma anonima dati ricavabili da *forum* spontanei e *social network*, spesso usati dai candidati per il mutuo aiuto nelle reperimento dei bandi o la presentazione delle domande, consentendo all'amministrazione di ottenere un'informazione strutturata su quelle che sono le difficoltà più ricorrenti (c.d. *social media mining*<sup>30</sup>).

<sup>27</sup> G.M. RACCA, *Stato digitale, politica industriale e contratti pubblici*, Intervento al convegno *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo*, Università di Torino, 9 maggio 2023.

<sup>28</sup> Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. n. 62 del 2013, cit.), art. 2, comma 5, stabilisce che «(Il dipendente) favorisce l'accesso degli stessi (i cittadini) alle informazioni a cui abbiano titolo e, nei limiti in cui ciò non sia vietato, fornisce tutte le notizie e informazioni necessarie per valutare le decisioni dell'amministrazione e i comportamenti dei dipendenti». Sul dovere di informazione come componente del dover essere costituzionale della pubblica amministrazione: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 167.

<sup>29</sup> Si veda ad es. l'esperienza maturata dall'esercito USA con il *chatbot Sergeant Star*, menzionata in O. ALLAL-CHÉRIFF, A. YELA ARÁNEGA, R. CASTAÑO SÁNCHEZ, *Intelligent recruitment: How to identify, select and retain talents from around the world using artificial intelligence*, in *Technological Forecasting & Social Change*, 2021, 169, 120822, 5. Sul possibile monitoraggio dei siti attraverso un *chatbot*, utile a rilevarne completezza e chiarezza: R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 124.

<sup>30</sup> Da ultimo, per considerazioni sull'elaborazione da parte delle pubbliche amministrazioni dei dati ricavabili dai *social media* per acquisire le opinioni dei cittadini sulle politiche e sui servizi pubblici: M. FALCONE, *I social media, data analytics, amministrazioni pubbliche: come le amministrazioni usano i dati provenienti dal social media?*, in *Inform. e dir.*, 2017, XXVI, 347 ss.; F. FAINI, *Social open government: l'utilizzo dei social media nell'amministrazione digitale e aperta*, *ivi*, 327-328.

La pubblicazione delle notizie relative ai bandi nelle pagine *social* degli enti pubblici può favorire il superamento della dimensione iniziatica delle selezioni concorsuali, consentendo di raggiungere un numero più elevato di potenziali interessati e magari sollecitando peculiari tipologie di individui che siano allo stato attuale sottorappresentati negli organici (es. le professionalità tecniche, o i giovani). Ciò ovviamente senza mettere in discussione gli strumenti di pubblicità legale, e dunque la possibilità per tutti di venire a conoscenza dei bandi, oggi rafforzata dal progressivo superamento della Gazzetta ufficiale.

Avviato il procedimento concorsuale, algoritmi di tipo deterministico (c.d. *model based*) – da rendere interoperabili con il sistema di gestione che sorregge il portale nazionale del reclutamento – consentono l'automazione delle decisioni vincolate, così come di quelle caratterizzate da una relativa discrezionalità che l'amministrazione può autolimitare in sede di progettazione dell'algoritmo per il carattere standardizzato delle scelte da effettuare, pur imponendosi in entrambi i casi la supervisione dei processi di programmazione e di utilizzazione di tali strumenti<sup>31</sup>.

La definizione di *dataset*, parametri e modalità di funzionamento dell'algoritmo – necessariamente di competenza dell'amministrazione, seppur spesso in collaborazione con sviluppatori esterni – può essere in tal senso ricondotta all'adozione di un atto amministrativo generale, con il quale sono definiti i dati da acquisire e i relativi parametri di valutazione, ad esempio nel caso di selezioni in cui si tratti di prendere in considerazione titoli standardizzati (determinati diplomi, anni di esperienza nel settore pubblico, abilitazioni professionali e così via), applicando criteri e fattori valutativi analiticamente predeterminati.

Ferma restando la protezione accordata dalla disciplina in tema di protezione dei dati personali conferiti nel processo di candidatura<sup>32</sup>, non rilevano di regola in questo contesto talune delle questioni

<sup>31</sup> Gli algoritmi deterministici sono pienamente compatibili con i principi dell'attività amministrativa, poiché la totale programmabilità *ex ante* dei passaggi logici ne rende prevedibili i risultati e comprensibile la logica decisionale: R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, cit., 122. *Idem* B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biolaw Journ. - Riv. biodir.*, 2021, 379: algoritmi di questo genere, costruiti secondo la logica "if/then", non pongono problemi in termini di "explainability": l'umano è in grado di spiegare quali dati impiegano e secondo quali fattori li valutano, così come di correggerne gli eventuali errori.

<sup>32</sup> Per la protezione dei dati personali raccolti con le candidature sul Portale unico del reclutamento: d. Min. Pubblica Amministrazione 3 novembre 2023, *sulle*

poste dai meccanismi tipici del settore privato, come ad esempio il rischio di profilazione attuato con la raccolta di metadati o l'utilizzo di dati vicarianti (*proxy data*)<sup>33</sup>, poiché nel procedimento amministrativo concorsuale possono essere presi in considerazione soltanto i dati personali inseriti nel fascicolo informatico del candidato, secondo quello che è il principio della domanda (anzitutto posto a tutela della *par condicio* tra i candidati)<sup>34</sup>. Ad altre piattaforme – comunque pubbliche – può attingersi ai soli fini della verifica automatica (non più a campione) delle autodichiarazioni (autocertificazioni e atti di notorietà *ex artt.* 46 e 47, d.P.R. n. 445 del 2000, *cit.*), ove è d'interesse rilevare come l'interconnessione delle banche dati pubbliche e gli

*caratteristiche e le modalità di funzionamento del Portale unico del reclutamento*, artt. 9 e 11. In genere sulla protezione dei dati personali trattati dalle pubbliche amministrazioni si vedano da ultimo: B. PONTI, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Franco Angeli, Milano, 2023, 90 ss.; F. TIGANO, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione: alcuni spunti di riflessione*, in *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, *cit.*, vol. II, 551 ss.; A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi "generali": le dinamiche frontiere della discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, 3 ss.; M. ALLENA e S. VERNILE, *Intelligenza artificiale, trattamento di dati personali e pubblica amministrazione*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. Pajno, F. Donati e A. Perrucci, Vol. 1, *Diritti personali, dati personali e regolazione*, il Mulino, Bologna, 2022, 393 ss.; S. FRANCA, *Il trattamento dei dati nelle sperimentazioni di intelligenza artificiale riguardanti le pubbliche amministrazioni*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, *cit.*, Vol. 2, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, 97 ss.; ID., *La semplificazione nelle modalità di trattamento dei dati personali da parte della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 635 ss.; M. TRESKA, *Lo «stato digitale». Big data, Open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 552 ss.; F. MODAFFERI, *Il regime particolare dei trattamenti dati effettuati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in *Protezione dei dati personali In Italia tra GDPR e codice novellato*, a cura di F. Pizzetti, Giappichelli, Torino, 2021, 357 ss.; M. LANNA, *Règlement général sur la protection des données et Open Data: enjeux et perspectives*, in *Istit. fed.*, 2019, 707 ss.; E. CARLONI e M. FALCONE, *La semplificazione nelle modalità di trattamento dei dati personali da parte della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 723 ss.

<sup>33</sup> Su cui si veda ad es. F. COSTANTINI, *Profilazione e "automated decision making" in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, in *Lav. giur.*, 2019, 986; K.E. SONDERLING, B.J. KELLEY, L. CASIMIR, *The Promise and the Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination*, *cit.*, 14 ss.

<sup>34</sup> I procedimenti di valutazione non hanno carattere inquisitorio: la fase istruttoria è "chiusa", cioè limitata temporalmente e anche spazialmente, potendo l'amministrazione decidere soltanto sulla documentazione depositata dai partecipanti entro i termini prefissati: S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, *cit.*, 196; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, *cit.*, 175.

strumenti di analisi dei dati amplificano il potere conoscitivo della pubblica amministrazione. A intravedersi è un'estensione dei margini di ammissibilità delle suddette dichiarazioni sostitutive, come noto limitato dalla sussistenza di un'oggettiva possibilità di verifica<sup>35</sup>, o forse persino il superamento di esse verso un pieno accertamento d'ufficio di fatti, stati e qualità di cui l'amministrazione è già in possesso (l. n. 241 del 1990, cit., art. 18, comma 3), e di cui può finalmente acquisire facile conoscenza, senza addossare al cittadino gravi rischi penali<sup>36</sup>.

Più cauta deve essere necessariamente la scelta di impiegare strumenti caratterizzati da maggiore complessità, quali ad esempio algoritmi basati su sistemi di *machine learning*<sup>37</sup>, il cui funzionamento si basa sulla capacità di apprendere a mappare la correlazione tra *input* e *output*, sulla base dell'individuazione di schemi ricorrenti (*pattern*) tra dati all'interno di ampi *training dataset*, che descrivono esperienze e casi passati. Alcuni strumenti giuridici a tutela dei diritti individuali sono indicati dalla recente proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, che, come si è detto, espressamente include i sistemi reclutamento intelligente tra quelli "ad alto rischio", individuando peculiari requisiti e adempimenti utili a garantire adeguate misure di gestione del rischio (tra cui ad es. la pertinenza, rappresentatività, correttezza e completezza dei *set* di dati di addestramento, convalida e prova, la conservazione delle registrazioni automatiche degli eventi, la sorveglianza umana e così via)<sup>38</sup>. Altri

<sup>35</sup> P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, 259, 264 ss. Sul dovere di controllo delle autocertificazioni e sulla responsabilità dell'amministrazione per l'emanazione di un provvedimento viziato dalla falsità dei dati dichiarati dal singolo: L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 140, 210; G. ARENA, *Autocertificazioni e amministrazione per interessi*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988, 39 ss.; M. BOMBARDELLI, *Autocertificazione*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Treccani, Roma, 1996, 1 ss. Sulla funzione conoscitiva pubblica, vedi *infra*, nt. 78.

<sup>36</sup> Come già evidenziava più di vent'anni fa E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 435 ss., poi in *Scritti scelti*, Jovene, Napoli, 2015, 474-475.

<sup>37</sup> D'interesse la definizione offerta dalla regolamentazione adottata dalla città di New York in materia di "*automated employment decision tools*" (strumenti di intelligenza artificiale usati per assunzioni e promozioni), ove si fa riferimento a «*any computational process, derived from machine learning, statistical modeling, data analytics, or artificiale intelligence*» which scores, classifies or otherwise makes a recommendation that is used to substantially assist or replace the decision-making process from that of an individual»: N.Y.C. Admin. Code, §§ 20-870, 20-872, 20, citato in K.E. SONDERLING, B.J. KELLEY, L. CASIMIR, *op. ult. cit.*, 47.

<sup>38</sup> Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, cit., art. 8-15.

strumenti possono ricavarsi, come si vedrà, dalla disciplina generale del procedimento concorsuale in cui detti sistemi si inseriscono, così come utili cautele sono delineate dal nuovo codice dei contratti, secondo una disciplina di cui può suggerirsi in tale sede l'applicazione analogica (art. 30)<sup>39</sup>.

D'interesse è la possibilità d'individuare i differenti tipi di persone cui corrispondono probabilisticamente rischi e vantaggi in termini di *performance* future: che possono essere evitate, sanzionate o incentivate in ragione di clausole contrattuali di attenzione a determinati comportamenti o prestazioni.

In questo modo, tali sistemi elaborano e producono «nuova conoscenza utile per risolvere automaticamente casistica futura»<sup>40</sup>, affinando nel tempo le proprie *performance* con l'apprendimento automatico<sup>41</sup>. Perciò una decisione automatizzata si può avere anche nelle procedure connotate da discrezionalità valutativa, o in cui comunque si inseriscano scelte difficilmente standardizzabili, purché sia messa a disposizione dell'algoritmo una casistica sufficientemente ampia e varia<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Nel consentire l'uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici (ivi compresi intelligenza artificiale e *block chain*), si stabiliscono obblighi a protezione dei diritti individuali per la fase di acquisto e sviluppo dei *software*, come per quella di assunzione delle decisioni. Per la prima, le pubbliche amministrazioni debbono assicurare «la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento» e introdurre negli atti di indizione delle gare «clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati». Per la seconda sono posti obblighi di trasparenza, non esclusività della decisione algoritmica e non discriminazione, su si veda *amplius infra*.

<sup>40</sup> C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Università di Torino, Torino, 2021, 28.

<sup>41</sup> Tradizionalmente, un sistema di *machine learning* può dirsi caratterizzato da capacità di apprendimento automatico là dove sia possibile dire che «un programma apprende dall'esperienza E con riferimento ad una classe di compiti T e con misurazione della performance P, se le performance nel compito T, come misurato da P, migliorano con l'esperienza E». Vedi in tal senso: T. MITCHELL, *Machine Learning*, McGraw-Hill, New York, 1997, 2.

<sup>42</sup> Si vedano R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, cit., 141-142. In tal senso già A. MASUCCI, *Verso il procedimento amministrativo elettronico*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. Clemente di San Luca, Giappichelli, Torino, 2005, 116, ove si considera ammissibile l'informatizzazione dell'esercizio di un potere discrezionale solo nei limiti in cui sia «"scioglibile" in un numero determinato di scelte compatibili con la programmazione del *software*».

Nel procedimento amministrativo concorsuale l'amministrare per algoritmi può in particolare essere impiegato per automatizzare il soccorso istruttorio, previa determinazione di documenti e dichiarazioni legittimamente completabili dai candidati (secondo un modello deterministico), oppure apprendendo dalla casistica le ipotesi in cui il responsabile del procedimento sia intervenuto in assenza dei presupposti e quelle, viceversa, di corretto esercizio del potere (secondo un modello di *machine learning*)<sup>43</sup>. Il beneficio che ne deriva è di particolare evidenza in procedimenti di massa come spesso sono quelli concorsuali, sia in ragione dell'interesse pubblico a una celere conclusione, sia in una logica di *favor participationis* (un *chatbot* è in grado di conversare con diverse centinaia di candidati contemporaneamente).

Similmente, esso può essere utile per la valutazione dei titoli di precedenza o preferenza, per lo più relativi a situazioni personali già note all'amministrazione (es. numero di figli a carico, essere figlio di invalidi per servizio, ecc.), che un'interconnessione delle banche dati pubbliche può rendere evidenti, offrendo una proposta automatica di attribuzione della preferenza. Con un'inversione procedimentale, può essere l'amministrazione a comunicare il punteggio aggiuntivo al candidato, con possibilità per questi di integrarlo, rettificarlo o rinunciarvi. Se la *ratio* di tali preferenze è da cogliersi nel principio costituzionale di solidarietà (art. 2 Cost.), è lo stesso principio a imporre che l'amministrazione offra un supporto al singolo nel farle valere, sempre che questi, con un'insindacabile valutazione personale, non intenda rinunciarvi per vincere comunque, al netto della preferenza solidaristica.

Sempre in chiave di protezione degli interessi dei candidati (ma anche di *performance* organizzativa), l'algoritmo può assistere l'amministrazione nella composizione delle commissioni di concorso facilitando l'individuazione degli esperti. Pur mancando un "albo nazionale" dei commissari<sup>44</sup>, questi possono essere facilmente individuati (anche) attraverso l'analisi dei dati inseriti nel portale del reclutamento; un incrocio tra i *curricula* dei potenziali commissari e la casistica sulla nozione di esperto<sup>45</sup> può offrire un supporto in fase di composizione delle commissioni per un corretto abbinamento delle professionalità più adeguate alle singole selezioni. Così come può

<sup>43</sup> R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI, *loc. ult. cit.*

<sup>44</sup> Anche in tema di appalti il recente d.lgs. n. 36 del 2023, cit., ha abrogato l'albo dei commissari di gara di cui all'art. 78 del d.lgs. n. 50 del 2016.

<sup>45</sup> Vedi *supra*, capitolo IV, nt. 58.

immaginarsi un'analisi algoritmica delle banche dati pubbliche interconnesse per individuare ipotesi di incompatibilità e conflitto di interesse tra i commissari e tra questi e i candidati, da contestare ai singoli per farne valere l'obbligo di astensione (art. 51 e 52 c.p.c.).

In genere l'utilizzazione del portale del reclutamento consente la rilevazione e analisi dei modelli concorsuali più utilizzati per le varie tipologie di posti a bando (es. concorsi per esami, per titoli ed esami, solo per titoli, corsi-concorsi, ecc.), che è di peculiare utilità specie ove incrociata con la ricognizione e analisi giuridica delle più frequenti illegittimità o abusi rilevati dalla giurisprudenza amministrativa e penale.

Le più recenti riforme hanno enfatizzato la necessità di prevedere prove d'esame capaci di valutare le «capacità comportamentali, incluse quelle relazionali», e le attitudini dei candidati (c.d. *soft skills*)<sup>46</sup>: a tal fine, oltre alla necessaria integrazione delle commissioni di concorso con professionisti capaci di tali valutazioni (psicologi del lavoro e dell'organizzazione, o “*assessor*” e “*recruiter*” professionali<sup>47</sup>), è d'interesse la sperimentazione di strumenti tecnologici già in uso nelle imprese, che offrono una valutazione automatizzata della mimica o delle espressioni del viso, o l'erogazione di giochi virtuali capaci di simulare l'ambiente di lavoro (*gamification*)<sup>48</sup>. Strumenti tutti che, poiché utili a mettere in luce abilità relazionali, creatività, proattività, etc., possono essere offerti a supporto di giudizi la cui formulazione ultima spetta alla commissione (umana) di concorso, che ben può discostarsi dalla proposta automatizzata, anche per porre rimedio a taluni degli effetti distorsivi che a tali strumenti sono stati rimproverati.

Come si vedrà, poi, gli algoritmi possono supportare la commissione nella valutazione di titoli e prove, secondo modelli il cui grado di sostituzione umana (e la correlata tutela degli interessi individuali) può variare a seconda dei casi.

<sup>46</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *quater*, lett. a, come mod. dal d.l. n. 36 del 2022, cit., art. 3, comma 1.

<sup>47</sup> Si veda da ultimo il d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 9, commi 1 e 7, lett. c ed e. In tal senso può farsi riferimento all'ultimo rapporto della Scuola Nazionale d'Amministrazione: D. LEONARDO, *Il reclutamento e la selezione della dirigenza nelle amministrazioni centrali: limiti attuali e soluzioni possibili*, in *Formare la PA Rapporto SNA 2017 - 2020*, Miligraf Edizioni, Roma, 2021, 178.

<sup>48</sup> O. ALLAL-CHÉRIF, A. YELA ARÁNEGA, R. CASTAÑO SÁNCHEZ, *Intelligent recruitment: How to identify, select and retain talents from around the world using artificial intelligence*, cit., 3, 9; D. BARRACO e S. IACOBUCCI, *Gamification: il gioco che seleziona*, in *Dir. prat. lav.*, 2018, 36, 2101 ss.

## 2. La tutela dell'individuo nei concorsi automatizzati

L'utilizzo dei sistemi algoritmici ha, come noto, generato perplessità e contrasti circa la compatibilità con i principi costituzionali sull'attività amministrativa, evidenziandosi tra le altre cose il depotenziamento della tutela giurisdizionale per una certa inadeguatezza o difficoltà di adattamento del sindacato<sup>49</sup>, una possibile (o supposta) delegittimazione della pubblica amministrazione<sup>50</sup>, la sua eventuale deresponsabilizzazione, e altri rischi ancora.

Con riferimento alla tenuta della disciplina sul procedimento amministrativo e alle difficoltà di una piena attuazione dell'«*administrative law by design*»<sup>51</sup>, si è tenuta in considerazione la possibile violazione dell'obbligo di motivazione del provvedimento derivante da decisioni algoritmiche per ora difficilmente «spiegabili», perché basate su sistemi d'intelligenza artificiale le cui modalità di funzionamento comportano un tale grado di complessità da generare, come già osservato, un elevato livello di opacità algoritmica<sup>52</sup>. La difficoltà

<sup>49</sup> Per un'efficace analisi di sintesi: J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istit. fed.*, 2019, 619 ss.

<sup>50</sup> R. CALO, D. KEATS CITRON, *The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy*, in *Emory Law Journal*, 70, 2021, 797 ss.

<sup>51</sup> H.M. MOTZEFELDT, *The Danish Principle of Administrative Law by Design*, cit., 741.

<sup>52</sup> La Rete Neurale Artificiale non offre una spiegazione dei ragionamenti fatti per pervenire a un certo risultato, ma «può, al massimo, mostrare i vari pesi numerici che sono stati prodotti progressivamente nel processo di *training* (...) e quindi non riesce a fornire alcuna spiegazione intuitiva/qualitativa»: C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, cit., 34. L'algoritmo può prendere in considerazione un quantitativo di dati estremamente elevato, sicché, se una selezione algoritmica genera sistematicamente un esito apparentemente discriminatorio (ad es. perché valuta in modo peggiore le candidate di sesso femminile), può non essere possibile capire in via immediata se ciò avvenga in forza di elementi direttamente (o indirettamente) correlati al genere, e quindi discriminatori, o di altri «*gender blind*»; per un esempio relativo ai *software* usati per valutare i colloqui d'assunzione: A. KELLY-LITH, *Challenging Biased Hiring Algorithms*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2021, 41, 4, 903-904. L'opacità algoritmica è riconducibile a diversi fattori, intenzionali o meno, non sempre affrontabili con un approccio regolatorio tradizionale, in quanto determinata da un elemento costitutivo dell'algoritmo che «*do not naturally accord with human semantic explanations*», non essendo concepito per soddisfare la capacità umana di comprensione: J. BURRELL, *How the machine "thinks": Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 10. In tema anche E. LONGO, *I processi decisionali automatizzati e il diritto alla spiegazione*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Vol. 1, cit., 352-353; E. CARLONI, *Le intelligenze artificiali nella pubblica amministrazione e la sfida della trasparenza*,

di comprendere e rendere gli algoritmi intellegibili ai terzi ne ostacola la supervisione e la correzione, diminuisce la capacità di esercizio dei diritti individuali<sup>53</sup>, nonché, in termini più generali, può provocare un'eccessiva spersonalizzazione delle decisioni amministrative che secondo taluni potrebbe essere avvertita come lesiva della dignità dei destinatari (per la difficoltà di accettare effetti giuridici prodotti da decisioni non umane).

Taluni di questi rischi – osservati in via generale per i provvedimenti amministrativi automatizzati – si ripropongono senza peculiarità nel settore dei concorsi (ad es. con riferimento alle difficoltà del sindacato giurisdizionale su sistemi “opachi”). Altri vi si presentano secondo specifici accenti: ad es., per la potenziale lesione della dignità umana di una valutazione automatizzata delle capacità e conoscenze di un individuo, ove l'intima correlazione all'identità personale delle “virtù e talenti” che sono presi in considerazione nel concorso rende l'automazione più difficilmente accettabile rispetto a una decisione automatizzata che incida, ad es., sull'esercizio di un diritto patrimoniale, ancora più se si considera che il concorso è preordinato alla tutela di un diritto costituzionale e politico (art. 51, comma 1, Cost.).

Da un diverso punto di vista, l'automazione rafforza i diritti dei singoli perché la sua (tendenziale) oggettività offre maggior tutela contro gli abusi, i favoritismi anche inconsapevoli, le oscillazioni nei giudizi determinate dalle circostanze di spazio e tempo (il giudizio dell'algoritmo non è turbato da “rumori di sottofondo”<sup>54</sup>), e quindi fornisce una peculiare legittimazione alla graduatoria.

Per altro verso è la non integrale applicazione ai concorsi degli istituti della legge generale del procedimento, già evidenziata in via

in *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, a cura di A. Lalli, Giappichelli, Torino, 49; M. SIMONCINI, *Lo «Stato digitale». L'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 540; S. DEL GATTO, *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 849 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 16 ss.

<sup>53</sup> Oltre ai riferimenti citati *infra* in nt. 62-63, si veda A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1182; G. D'ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: open data e algoritmi*, cit., 609, 614, ove tuttavia si evidenzia come «i sistemi informatici possono essere progettati per dimostrare ai destinatari e agli organi preposti al controllo che le decisioni sono state prese in base ad un insieme di regole annunciate, predefinite e coerentemente applicate in ciascun caso» (c.d. regolarità procedurale).

<sup>54</sup> C.R. SUNSTEIN, *Governing by Algorithm? No Noise and (Potentially) less Bias*, cit., 1185.

generale<sup>55</sup>, a ridimensionare la rilevanza delle questioni, o sinanco a supportare alcuni potenziali impieghi delle decisioni automatizzate.

Così, ad es., si è osservato come nella maggior parte dei casi, l'obbligo generale di motivazione (l. n. 241 del 1990, cit., art. 3) non rilevi perché nei *software* sono inserite norme generali e astratte che costituiscono esercizio di un potere d'organizzazione interno (ad es. quando sono usati per precompilare parte dei verbali di concorso) o traducono un autolimita all'esercizio delle funzioni espresso da un atto generale, dunque sottratto alla motivazione obbligatoria<sup>56</sup>. Ciò vale a maggior ragione ove sistemi algoritmici siano usati per l'elaborazione dei bandi di concorso<sup>57</sup>, oppure per l'elaborazione dei criteri della commissione di concorso. Quando invece sia automatizzata la graduatoria finale, la motivazione, se non pienamente ricavabile dalla "spiegazione" fornita sull'algoritmo, può essere ricavata adattando al caso singolo quella dei precedenti usati per la definizione del "*pattern*" che si è riscontrato nel caso deciso.

Paiono trascurabili per i concorsi alcune osservazioni formulate con riferimento alla minor tutela che l'automazione determinerebbe con riferimento alla partecipazione procedimentale<sup>58</sup>, atteso il già rilevato carattere non collaborativo del procedimento<sup>59</sup>. Allo stesso tempo, se è vero che il *design* algoritmico può assimilarsi a un atto generale, occorre ricordare che, in tema, la legge generale sul procedimento amministrativo, nell'escludere l'applicazione degli istituti della partecipazione, rinvia alle norme speciali che disciplinano i relativi procedimenti di formazione (l. n. 241 del 1990, cit., art. 13). Ben potrebbe dunque immaginarsi che la stessa amministrazione regolamenti un procedimento di definizione dell'algoritmo aperto al dialogo e al confronto con gli interessati, che si tratti di individui o

<sup>55</sup> *Supra*, capitolo IV, par. 2-3.

<sup>56</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 312; R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, cit., 146, ove si osserva come lo stesso algoritmo può essere programmato affinché ponga la motivazione per ogni caso concreto.

<sup>57</sup> Per un esempio vedi P. PAMPOUKTSI, S. AVDIMIOTIS, M. MARAGOUKAKIS, M. AVLONITIS, *Applied Machine Learning Techniques on Selection and Positioning of Human Resources in the Public Sector*, in *Open Journal of Business and Management*, 2021, 9, 536 ss.

<sup>58</sup> Vedi ad es. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., 30 ss.; N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *Biolaw Journ. - Riv. biodir.*, 2022, 2, 482.

<sup>59</sup> Vedi *supra*, capitolo IV, par. 2-3.

di organizzazioni portatrici di interessi collettivi (es. le associazioni sindacali), secondo un modello per certi versi assimilabile a quello sperimentato dalle autorità amministrative indipendenti (c.d. “*notice and comment*”)<sup>60</sup>.

Nel caso di decisioni interamente automatizzate basate sul trattamento di dati personali (come sono senz’altro quelli trattati nei procedimenti concorsuali), è lo stesso ordinamento generale a imporre la precisazione di «misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell’interessato» (art. 22, § 1, lett. b, GDPR<sup>61</sup>), oltre a integrare l’obbligo di motivazione con quello di fornire *ex ante* informazioni relative alla logica della decisione (art. 13, § 2, lett. f, e art. 14, § 2, lett. g, GDPR), ovvero di dare una spiegazione della

<sup>60</sup> COSÌ R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, cit., 149. Sulla partecipazione nei procedimenti delle autorità amministrative indipendenti e sul “*notice and comment*” da ultimo: A. BENEDETTI, *Il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle public utilities: spunti da un’indagine di diritto comparato*, in *Munus*, 2021, 51 ss.; G.C. SPATTINI, *Regolazione, partecipazione e “contenzioso” nell’AEEGSI: quale democrazia per le autorità indipendenti?*, in *Munus*, 2014, 400 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati, F. Donati, Giappichelli, Torino, 2010, 189 ss.; L. TORCHIA, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell’attività dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *20 anni di antitrust: l’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2010, 361 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 3 ss.; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 6 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; M. D’ALBERTI, *La ‘visione’ e la ‘voce’: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, 66 ss.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti* (Quaderni del Consiglio di Stato), Giappichelli, Torino, 1999, 9 ss.

<sup>61</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, *Regolamento generale sulla protezione dei dati*, art. 22, che esclude il diritto a non essere sottoposti a decisioni automatizzate qualora la decisione «a) sia necessaria per la conclusione o l’esecuzione di un contratto tra l’interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell’interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell’interessato». La disciplina europea sulla protezione dei dati personali assume una valenza di principio generale decisivo a fronte di procedimenti amministrativi robotizzati: E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 290, con rinvio in particolare a Cons. St., sez. VI, n. 8472 del 2019.

decisione *ex post*, con particolare riferimento alle sue possibili conseguenze. Se l'interpretazione più convincente afferma la rilevanza di tale obbligo di una spiegazione successiva per tutti i soggetti dell'ordinamento<sup>62</sup>, per le pubbliche amministrazioni sono i principi generali dell'attività amministrativa a imporre la trasparenza anche alle decisioni assunte dall'algoritmo<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Sulla configurabilità di un diritto alla spiegazione nel quadro del GDPR – che espressamente lo riconosce solo al Considerando n. 71 – v. tra gli altri, S. WACHTER, B.D. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7, 2, 76 ss.; B. GOODMAN, S. FLAXMAN, *European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a Right to Explanation*, in *AI Magazine*, 2017, 38, 3, 50 ss.; U. PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 96 ss.; ID., *Algo-Rhythms and the Beat of the Legal Drum*, in *The Governance of Algorithms*, special issue of *Philosophy & Technology*, edited by M. D'Agostino, M. Durante, 2018, 507-524; G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7, 3, 243 ss. Sul diritto alla spiegabilità nell'ordinamento amministrativo: M. MACCHIA, A. MASCOLO, *Intelligenza artificiale e regolazione*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Vol. 2, cit., 109 ss.; A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 1, 47 ss.; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 43 ss.; A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 36 ss.; A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. Dorigo, Pacini, Pisa, 2020, 53 ss.

<sup>63</sup> Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270. In tema: E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, spec. 288 ss.; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, in *Federalismi.it*, 2019, 2 e s.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 141 ss.; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 2020, spec. 949; N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. sconcerto e stilemi. (sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, 832 ss. Ritiene che l'impiego di algoritmi porti a maggiore trasparenza dell'azione amministrativa: G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. Informaz. Informat.*, 2021, spec. 457. In generale, sulla rilevanza del principio di trasparenza per la struttura e organizzazione dell'amministrazione digitale: F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. Informaz. Informat.*, 2015, 297 e s. Da ultimo, in tema di contratti pubblici, nel caso di «decisioni assunte mediante automazione» è affermato l'obbligo di «assicurare conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata» (d.lgs. n. 36 del 2023, cit., art. 36, comma 3, lett. a).

Talora sono i limiti degli strumenti esistenti a suggerire con forza l'opportunità di una sperimentazione di sistemi computazionali evoluti. Così, ad esempio, possono essere somministrate prove automatizzate (erogate da *chatbot* valutatori) per scremare le candidature: benché si tratti di algoritmi che hanno evidenziato talune criticità, difficilmente queste supereranno i problemi che da sempre presentano i sistemi preselettivi oggi prevalentemente in uso, di norma tacciati di inappropriatezza e casualità. I test a risposta multipla, spesso oggetto di un apprendimento mnemonico, sono probabilmente meno "intelligenti" di un'intelligenza artificiale pur imperfetta<sup>64</sup>.

L'utilizzazione di algoritmi può essere sperimentata per la stessa valutazione delle prove di concorso, nel futuro anche apprendendo da valutazioni precedenti eventualmente raccolte nella nuova piattaforma del reclutamento<sup>65</sup>, per offrire alla commissione un supporto in sede di esercizio della propria discrezionalità tecnica, con una prima analisi che sia poi sottoposta alla verifica umana (es. una proposta di verbale), secondo il principio di "non autosufficienza" o "non esclusività" della decisione automatizzata<sup>66</sup>.

La proposta dell'algoritmo non vincola la commissione, ma, attraverso un'analisi del contenzioso che evidenzi le correlazioni nei casi di annullamento, può favorire l'emersione degli indici di manifesta irragionevolezza che, secondo una valutazione probabilistica, sono sintomo di eccesso di potere. Si inserisce così nel procedimento amministrativo come parere (non vincolante), o come valutazione tecnica che confluisce nel materiale istruttorio, sollecitando la com-

<sup>64</sup> Su rischi e limiti dei sistemi di *automated video interviewing*: I. AJUNWA, *The Quantified Worker, Law and Technology in the Modern Workplace*, cit., 138 ss.

<sup>65</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *ter*.

<sup>66</sup> Su cui da ultimo: G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023, 141 ss.; N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, cit., 2022, 187; E. LONGO, *I processi decisionali automatizzati e il diritto alla spiegazione*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, cit., 358; V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *Federalismi.it*, 2021, 207 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 295; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 773 ss. La recente disciplina posta dal codice dei contratti pubblici prevede espressamente il principio di non esclusività della decisione algoritmica, imponendo che esista comunque nel processo decisionale «un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata» (d.lgs. n. 36 del 2023, cit., art. 36, comma 3, lett. b).

missione a rivedere le proprie valutazioni, per eventualmente correggerle o anche solo meglio esplicitare passaggi logici enunciati in modo ellittico o contraddittorio. Ove al contrario non si intenda accogliere il suggerimento algoritmico, sarà possibile discostarsene, fatto salvo l'obbligo di una motivazione rafforzata (l. n. 241 del 1990, cit., art. 6 lett. e)<sup>67</sup>.

Nell'ipotesi invece di una selezione automatizzata, che è facile immaginare ove sia per titoli, o per le prove di complessità medio-bassa (es. quiz a risposta multipla, risposte brevi a quesiti aperti), può ipotizzarsi che l'esito della selezione sia comunicato agli interessati prima di divenire definitivo, con assegnazione di un termine per le contestazioni al responsabile del procedimento o alla commissione giudicatrice, sul modello del preavviso di rigetto (l. n. 241 del 1990, cit., art. 3 *bis*). L'automazione della selezione non consente infatti di prescindere dalla nomina della commissione: per l'intervento in correzione della valutazione algoritmica, ma anche per il supporto alla progettazione dell'algoritmo.

Tutto ciò non esclude un effettivo controllo e validazione umana, che siano al riparo dal c.d. "*automation bias*"<sup>68</sup>, e che in alcuni sistemi sono sollecitati dagli stessi strumenti di intelligenza artificiale. Controllo e validazione imposti da una scelta di prudenza determinata dalla già evocata opacità delle decisioni algoritmiche<sup>69</sup>, e dal

<sup>67</sup> In tal senso: Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, cit., art. 14, sulla "sorveglianza umana" dei sistemi ad alto rischio. Si veda, S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 2023, 530.

<sup>68</sup> Si ha "*automation bias*" quando gli umani ripongono un eccessivo affidamento nei risultati generati dagli algoritmi, non osando metterne in discussione la validità: A. KELLY-LITH, *Challenging Biased Hiring Algorithms*, cit., 916; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1149 ss. Nel procedimento anche solo parzialmente automatizzato, il funzionario è in una «posizione di asimmetria rispetto all'elaboratore», poiché la procedura «matura e si sviluppa in un ambiente di cui non ha il controllo»: E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 281; *idem* B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit., 373, ove il riferimento è al c.d. "*anchoring effect*" o "*effet moutonnier*" (da A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Puf, Paris, 2018): l'IA esercita un peso potenzialmente determinante sull'autorità chiamata ad adottare la decisione finale, in ragione della «fiducia tendenzialmente elevata nella infallibilità dei sistemi esperti»; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., 27.

<sup>69</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 309.

rischio di una riproduzione di errori sistematici od occasionali, così come di discriminazioni vere e proprie, che l'algoritmo – pur di per sé maggiormente affidabile e oggettivo di un decisore umano<sup>70</sup> – può amplificare perché è dalle decisioni di quest'ultimo che attinge per apprendere (“*paradox of automation as anti-bias intervention*”). Da tale rischio la pubblica amministrazione non è ovviamente esente, come ad esempio può ben accadere con l'uso di un sistema predittivo che amplifichi la nota sottorappresentazione femminile ai livelli dirigenziali<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> L'algoritmo opera tendenzialmente al riparo da errori sistematici o pregiudizi (*bias*), come da altre variabili estranee al perseguimento degli interessi pubblici, che nel procedimento non automatizzato possono derivare anche solo dalle diverse sensibilità individuali dei decisori o da circostanze di spazio e tempo che ne influenzano inevitabilmente il giudizio (*noises*). Si veda C.R. SUNSTEIN, *Governing by Algorithm? No Noise and (Potentially) less Bias*, cit., 1185: «*algorithms are not noisy. But their very nature, they are silent*».

<sup>71</sup> I. AJUNWA, *The Quantified Worker, Law and Technology in the Modern Workplace*, cit., 83-84. Si pensi alle discriminazioni di genere che sono state osservate in molti casi di reclutamento algoritmico da parte delle imprese e cui la pubblica amministrazione potrebbe andare incontro ove, ad esempio, si facesse ricorso a modelli predittivi che attingono alle carriere di maggior successo per l'individuazione dei requisiti dei candidati. In altre parole, se gli algoritmi di *machine learning* apprendono a partire da “*training datas*” (es. i curricula dei dirigenti pubblici) e questi dati riflettono una discriminazione esistente, un c.d. “*historical bias*” (es. la sottorappresentazione del genere femminile ai livelli apicali dell'amministrazione), è facile prevedere che la medesima discriminazione venga riprodotta in sede di applicazione dell'algoritmo per analizzare i curricula dei candidati al fine di predirne, a partire dai dati selezionati, le possibilità di successo nella carriera. Come è stato evidenziato, infatti, «*algorithmic biases do not materialise spontaneously: they reflect existing human biases, societal inequalities and genuine group differences*» (A. KELLY-LITH, *Challenging Biased Hiring Algorithms*, cit., 908), ovvero «*models based on people will tend to replicate people's biases*» (R. CALO, *Modeling through*, in *Duke Law Journal*, 2022, 71, 1416). Né può sempre essere sufficiente prevenire il rischio filtrando il campione usato per allenare l'algoritmo, in modo da introdurre dati “bilanciati”, sia perché la discriminazione può essere indiretta (cioè determinata da fattori apparentemente neutrali, che alla prova dei fatti privilegiano un determinato gruppo), sia perché alcuni sistemi di “*deep learning*” non consentono di individuare facilmente i fattori impiegati per produrre l'*output* (“*black box*”). In tema da ultimo P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2018, 55, 1147 ss. Anche in questi casi, tuttavia, l'algoritmo può facilitare l'individuazione degli effetti discriminatori di determinate decisioni o politiche: C.R. SUNSTEIN, *Governing by Algorithm? No Noise and (Potentially) less Bias*, cit., 1203-1204. Il codice dei contratti pubblici prevede espressamente il principio di non discriminazione algoritmica, stabilendo che il titolare metta in atto «misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti

Un atteggiamento di totale rifiuto della digitalizzazione e automazione delle decisioni amministrative anche per la definizione del contenuto degli atti – e non solo per la loro comunicazione e conservazione – sarebbe non solo anacronistico, ma anche miope dal punto di vista della tutela degli stessi diritti costituzionali degli individui e del principio di adeguatezza dell'amministrazione pubblica, rischiando di privarla del tutto delle conoscenze utili a governare tali processi quando le maggiori criticità saranno risolte. Ciò pure immaginando per tali tecnologie un ruolo meramente "servente", o anche solo un'iniziale sperimentazione<sup>72</sup>.

La logica è quella di un mutuo vantaggio, con la liberazione dei candidati dall'onere di presentare multiple domande concorsuali per la partecipazione alle numerose procedure indette dalle amministrazioni pubbliche (come consente il fascicolo elettronico) e per offrire un'assistenza più facile e immediata in sede di presentazione della domanda. Allo stesso tempo si tratta di migliorare la *performance* delle organizzazioni, e ancor più di tutelare la dignità del lavoro pubblico e l'"onore" dei funzionari (art. 54, comma 2, Cost.), i cui compiti sono facilitati e alleggeriti dagli adempimenti più ripetitivi e denigranti, superandosi le frustrazioni e "*miserie del Signor Travet*"<sup>73</sup>.

L'*e-recruitment* può condurre a un "*intelligent recruitment*", non solo perché si avvale di strumenti di intelligenza artificiale, ma anche perché lascia all'amministrazione umana i compiti per i quali occorre maggiore intelligenza, in quanto meno standardizzabili, o a carattere innovativo (di superamento delle scelte umane pregresse su cui si basa il *machine learning*)<sup>74</sup>, compiti che ad essa sono riservati in ragione della titolarità di quella che è una funzione *costituzionale*, al pari di quella giurisdizionale e legislativa<sup>75</sup>.

degli operatori economici», con norma rafforzata dall'obbligo di «impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale» (d.lgs. n. 36 del 2023, cit., art. 30, comma 3, lett. b e comma 4).

<sup>72</sup> R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 73 ss.

<sup>73</sup> Dalla commedia "Le miserie 'd Monsù Travèt" composta da Vittorio Bersezio e rappresentata per la prima volta il 4 aprile 1863, poi ripresa nel 1945 da Mario Soldati con il film "Le miserie del signor Travet", già citata da A. VARNI e G. MELIS (a cura di), *Le fatiche di Monsù Travet*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1997.

<sup>74</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 326.

<sup>75</sup> Così R. CAVALLO PERIN, *op. loc. ult. cit.*, 309.

### 3. Banche dati e algoritmi curricolari

L'applicazione forse più interessante delle nuove tecnologie si colloca a monte e a valle del procedimento concorsuale, per le analisi dei fabbisogni delle amministrazioni preliminari alle assunzioni e per la successiva gestione delle persone, secondo evoluzioni rese tangibili dalla costituzione di un'unica banca dati delle carriere, la c.d. "anagrafe dei dipendenti"<sup>76</sup>, le cui implicazioni vanno al di là di alcuni risvolti concreti di facile intuizione (es. favorire interscambiabilità e mobilità dei dipendenti, gestire gli incarichi conferiti e autorizzati<sup>77</sup>, ecc.).

È enorme il potenziale conoscitivo che gli strumenti di intelligenza artificiale possono sviluppare a partire dalle banche dati, e in particolare da quella in esame che contempla i curricula dei dipendenti di tutte le amministrazioni pubbliche, i loro percorsi professionali (incarichi autorizzati e conferiti, anzianità di servizio), i titoli di studio, i dati previdenziali, le certificazioni delle competenze rilasciate da organizzazioni pubbliche e private accreditate, e altri dati ancora, offrendo così una fotografia completa delle professionalità a disposizione dell'amministrazione, qui intesa come soggetto unitario<sup>78</sup>.

La costituzione di una tale banca dati rappresenta dunque un aspetto certamente positivo in relazione al tema qui di interesse, vale a dire

<sup>76</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 34 *ter*, ove è prevista l'istituzione presso il Dipartimento della Funzione pubblica del «censimento anagrafico permanente dei dipendenti pubblici», che si avvale della base di dati del personale costituito dal Ministero dell'economia e delle finanze per la razionalizzazione del sistema delle retribuzioni del settore pubblico.

<sup>77</sup> I dati personali dei dipendenti possono essere usati esclusivamente per lo svolgimento di compiti istituzionali quali reclutamento e concorsi, gestione della mobilità, gestione degli incarichi conferiti o autorizzati: d.m. Dip. Funzione pubblica 1° febbraio 2023.

<sup>78</sup> Sulla funzione conoscitiva della pubblica amministrazione: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, 139 ss. Da ultimo: E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, 2011, 54, 85, 105 ss.: la conoscenza è fonte di legittimazione e razionalizzazione del potere, pur se i processi conoscitivi non hanno carattere meramente strumentale; F. MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Merloni, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 33 ss.; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Giuffrè, Milano, 1996, 185 ss.; M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 183 ss.; ID., *Bisogni conoscitivi delle amministrazioni e principio di legalità: quale predeterminazione delle scelte conoscitive pubbliche?*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2022, 55 ss.; ID., *Big data e pubblica amministrazione: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 6, 1 ss.

la possibilità di riformulare le procedure concorsuali avvalendosi dei sistemi d'intelligenza artificiale. Tale realizzazione non configura *ipso facto* quanto richiesto per la strutturazione di un efficace *training dataset* caratterizzato dal modello tipico dei *big data*, in cui oltre al *volume* dei dati si ricerca anche una *velocità* (nel reperimento) e una *veridicità* (nella composizione) dei dati acquisiti<sup>79</sup>, che costituiscono quel novero di esempi e casi necessari all'addestramento degli algoritmi.

D'altra parte, si tratta di una banca dati strutturata e sorretta da una visione solo in apparenza statica: non soltanto è caratterizzata dalla interconnessione con altre banche dati pubbliche, ma anche da potenzialità di sviluppo e sperimentazione che offrono, rievocando quell'idea di una funzione conoscitiva di organizzazione, una fruizione e gestione dei dati oggi letta come «nuova componente dei poteri organizzatori pubblici»<sup>80</sup>.

Combinata con una misurazione e *benchmarking* algoritmico dei processi di lavoro<sup>81</sup>, la «profilazione» – anche solo per caratteri o professionalità – dei dipendenti pubblici può consentire nuove e più precise modalità di valutazione dei fabbisogni e di preselezione (requisiti di partecipazione), sia in termini quantitativi e secondo logiche conservative (quali delle professionalità *esistenti* mancano nei singoli enti), sia in una prospettiva qualitativa volta all'innovazione della capacità professionale (quali *nuove* professionalità sono necessarie).

Si favorisce così l'introduzione di un elemento di flessibilità nella programmazione che è ricercato da tempo, prima ancora del superamento della dotazione organica<sup>82</sup>, da ultimo con la ridefinizione di

<sup>79</sup> A. DE MAURO, M. GRECO, M. GRIMALDI, *A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features*, in *Library Review*, 2016, 65, 3, 122 ss.; sul diritto alla conoscibilità dei *big data* usati nei processi automatizzati: M. PALMIRANI, *Big data e conoscenza*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 73 ss.

<sup>80</sup> Si vedano M. TRESCA, *Lo «stato digitale»*. Big data, Open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione, cit., 545 ss.; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018, 21 ss.; D.U. GALETTA, *Open government, open data e azione amministrativa*, in *Ist. fed.*, 2019, 672; M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data*, cit., 226 ss.; F. COSTANTINO, *Lampì. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.*, 2017, 799 ss. La qualità dei dati utilizzati dai sistemi di intelligenza artificiale in dotazione della p.a. è presupposto della legittimità degli atti in tal modo adottati: S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle «scatole nere» alla «casa di vetro»?», cit., 537.*

<sup>81</sup> N. ROGGE, T. AGASISTI, K. DE WITTE, *Big data and the measurement of public organizations' performance and efficiency: The state-of-the-art*, in *Public Policy and Administration*, 2017, 32, 4, 270 ss.

<sup>82</sup> Si veda S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di di-*

famiglie e profili professionali affidata alla contrattazione collettiva<sup>83</sup>, allo stesso tempo consentendo finalmente una verifica delle coperture su larga scala e in concreto.

L'intelligenza artificiale può favorire la programmazione delle risorse professionali che debbono essere sostituite nel tempo (nei prossimi cinque, dieci, quindici anni) in ragione di pensionamenti o secondo previsioni probabilistiche di “*turn over*” o passaggi ad altre amministrazioni, o per altre cause, poiché, ad es., consente di valutare la probabilità statistica di dimissioni, trasferimenti, ecc., in ragione delle caratteristiche delle amministrazioni e dei dipendenti<sup>84</sup>.

Le informazioni raccolte possono dare evidenza agli elementi costitutivi di peculiari “*cursus honorum*” da inquadrarsi in tipologie replicabili, per la definizione e formazione sul campo delle professionalità necessarie a raggiungere determinati livelli di adeguatezza organizzativa<sup>85</sup>. Possono essere usate nella definizione dei bandi di concorso, per l'individuazione di requisiti di professionalità che tengano conto delle potenzialità (predizioni statistiche) basate su *dataset* in cui siano inseriti titoli ed esperienze possedute dai dipendenti in servizio (specie se di livello apicale, e dunque idonei a rivelare “*carriere di successo*”)<sup>86</sup>. Informazioni che possono contribuire a “*modellare*”<sup>87</sup> le politiche di gestione del personale suggerendo gli

*sciplina della dirigenza e del personale pubblico*, cit., 652 ss.; G. VECCHI, *Fabbisogni e change management nella PA: per un reclutamento selettivo basato su progetti di riorganizzazione*, in *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, cit., 23 ss. Sulla mancata realizzazione della flessibilità dei fabbisogni: F. MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, cit., 366.

<sup>83</sup> In tema D. Min. per la pubblica amministrazione, di concerto con Il Ministro dell'economia e delle finanze, 14 settembre 2022, recante *Linee di indirizzo per l'individuazione dei nuovi fabbisogni professionali da parte delle amministrazioni pubbliche*.

<sup>84</sup> K.E. SONDERLING, B.J. KELLEY, L. CASIMIR, *The Promise and the Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination*, cit., 19.

<sup>85</sup> In tal senso R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., 76.

<sup>86</sup> Si veda l'esperienza descritta in P. PAMPOUKTSI, S. AVDIMIOTIS, M. MARAGOUAKIS, M. AVLONITIS, *Applied Machine Learning Techniques on Selection and Positioning of Human Resources in the Public Sector*, cit., 536-556, ove l'elaborazione di un algoritmo predittivo denominato *Employees' Evaluation for Recruitment and Promotion Algorithm Model* (EERPAM) ha consentito di identificare titoli di studio, esperienze professionali, conoscenze linguistiche, abilità informatiche e altri titoli normalmente correlati alla titolarità di posizioni superiori, offrendo il profilo di un candidato ideale «*to place the right people in the right position, rapidly and with high accuracy, in order to save resources and assist the decision support system*».

<sup>87</sup> R. CALO, *Modeling through*, cit., 1398 ss.

interventi formativi, gli incarichi conferiti internamente e da autorizzare, le mobilità temporanee o definitive verso l'esterno, e così via, con l'individuazione di percorsi standardizzati, ma personalizzabili, che appaiano, quantomeno dal punto di vista statistico, capaci di accrescere la *performance* organizzativa complessiva del sistema delle pubbliche amministrazioni, secondo il paradigma «*clone your best people*»<sup>88</sup>.

L'effetto finale è funzionale alla definizione di carriere individuali di successo, ma assume ancor più rilevanza in una prospettiva organizzativa. L'informazione acquisita è infatti strumento del «*capacity building*» delle pubbliche amministrazioni, cioè del rafforzamento della capacità di svolgere le funzioni loro attribuite, consentendo un intervento su dotazioni e professionalità degli enti che a propria volta vale definizione della capacità giuridica a ricevere funzioni (art. 118, comma 1, Cost.), dunque di una costituzionalmente legittima attribuzione delle competenze amministrative<sup>89</sup>.

Il reclutamento di personale di elevata professionalità<sup>90</sup>, secondo procedimenti più adeguati e maggiormente capaci di valutare la preparazione e le abilità individuali, è un elemento essenziale, ma di per sé solo non sufficiente al rafforzamento della capacità amministrativa. Quest'ultima non coincide con una sommatoria di abilità individuali, ma è piuttosto la capacità di un determinato tipo di ente pubblico di erogare quantitativamente e qualitativamente nel tempo

<sup>88</sup> K.E. SONDERLING, B.J. KELLEY, L. CASIMIR, *The Promise and the Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination*, cit., 18: «*AI can shed light on when, where, and how groups of, or even individual, employees learn and develop the most, allowing employers to tailor trainings, programs, and other offering to best achieve their objectives*». Sui rischi di riproduzione delle discriminazioni vedi *supra*, nt. 71, oltre a I. AJUNWA, *The Quantified Worker, Law and Technology in the Modern Workplace*, cit., 83-84.

<sup>89</sup> A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, cit., 192 ss. Per la definizione della «*administrative capacity*» e l'individuazione di politiche utili alla sua implementazione nel PNRR: L. POLVERARI, S. PIATTONI, *The Italian National Recovery and Resilience Plan and Administrative Capacity: A Real Game Changer?*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2022, 171 ss; F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, *La capacità amministrativa e il PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 437-438. Sull'assenza di strategie europee utili al rafforzamento della capacità amministrativa del settore pubblico negli Stati membri: G. NAPOLITANO, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 717 ss. In tema inoltre: L. CINGOLANI, *The State of State Capacity: a review of concepts, evidence and measures*, in *AFD-MGSoG/UNU-Merit Working Paper Series on "Institutions, Governance and Long-term Growth"*, 2013-053.

<sup>90</sup> F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, *La capacità amministrativa e il PNRR*, cit., 436 ss.

determinate funzioni e servizi in ragione di una definita quantità e qualità di beni, personale e organizzazione dei medesimi, per ciò che gli stessi hanno saputo dimostrare di riuscire a mantenere nel tempo, a partire da tali fattori d'organizzazione.

Si tratta di una capacità detta predittiva nel senso di probabilisticamente vera al persistere di determinati fattori organizzativi e istituzionali reciprocamente interrelati, che individuano perciò, ove rettamente intesi, nell'essenza la potenza organizzativa propria di ciascun ente pubblico<sup>91</sup>.

È l'identificazione e il censimento delle professionalità che assolve perciò a un ruolo informativo pregiudiziale, che con l'intelligenza artificiale assurge a componente essenziale del potere di organizzazione delle amministrazioni perché contribuisce finalmente a definirne la capacità, dunque l'adeguatezza di un ente pubblico a divenire destinatario della titolarità di pubbliche funzioni (art. 118, comma 1, Cost.)<sup>92</sup>.

A partire dall'individuazione delle amministrazioni che hanno dato miglior prova di saper svolgere i compiti loro attribuiti<sup>93</sup>, l'analisi algoritmica consente di individuarne con maggiore accuratezza i caratteri (modelli organizzativi) e le dotazioni (di beni, unità di personale, professionalità, risorse informative e così via)<sup>94</sup>, al netto delle specificità e contingenze correlate a contesti istituzionali e territoriali, favorendone la replica in ulteriori organizzazioni, prese singolarmente o in collaborazione con altre (l. n. 241 del 1990, cit., art. 15; artt. 6, 74, 76, 197, TFUE).

Diviene in tal modo possibile l'elaborazione di indicatori per la comparazione sistematica dei livelli di capacità amministrativa<sup>95</sup> e una più analitica definizione della correlazione tra quest'ultima e la *performance*, che può condurre a previsioni affidabili circa l'idoneità degli apparati all'esercizio delle funzioni<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> M.J. WILLIAMS, *Beyond state capacity: bureaucratic performance, policy implementation and reform*, in *Journal of Institutional Economics*, 2020, 17, 344.

<sup>92</sup> In tal senso: R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., § 2.

<sup>93</sup> Sulle difficoltà di misurazione degli *output* tipiche del settore pubblico: L. POLVERARI, *La capacità amministrativa: letteratura, criticità e un'agenda di ricerca a servizio del policymaking*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2020, 752-753.

<sup>94</sup> Sulla misurazione della *performance* del settore pubblico: M.J. WILLIAMS, *op. ult. cit.*, 351-352.

<sup>95</sup> La cui assenza è evidenziata da F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, *op. ult. cit.*, 439.

<sup>96</sup> Sui limiti nella definizione di correlazioni tra capacità e *performance*: M.J. WILLIAMS, *op. ult. cit.*, 351-352; S. BRENTON, E. BAEKKESKOV and A. HANNAH, *Policy capacity: evolving theory and missing links*, in *Policy studies*, 2023, 44, 3, 300.

La rilevazione legittima l'attivazione di rimedi sussidiari per una redistribuzione delle competenze o un commissariamento straordinario (art. 118, comma 1, e art. 120, comma 2, Cost.) qualora tali capacità non siano mantenute nel tempo in qualità e quantità, con attrazione dell'esercizio delle funzioni al livello più adeguato in ragione della capacità professionale e in genere organizzativa, al fine ultimo di garantire la qualità delle prestazioni erogate e con esse la tutela dei diritti dei singoli cui le stesse sono rivolte<sup>97</sup>.

Allo stesso tempo l'analisi consente di rilevare eventuali specializzazioni, favorendo l'emergere delle "vocazioni" istituzionali, secondo modelli utili a valorizzare, accanto all'adeguatezza, la "differenziazione" delle organizzazioni (art. 118, comma 1, Cost.).

Il capitale conoscitivo acquisito può produrre effetti all'esterno degli enti titolari delle funzioni<sup>98</sup>: così verso le università e gli ulteriori percorsi di formazione dei dipendenti pubblici può confermare o mettere seriamente in discussione reputazioni consolidate, così come può evidenziare i limiti di efficacia dei percorsi esistenti e suggerirne la riformulazione<sup>99</sup>. La prospettazione inverte quel circolo virtuoso tra

<sup>97</sup> R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, cit., 153-154; G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020/4, 4676.

<sup>98</sup> Da ultimo evidenzia l'importanza della raccolta di dati organizzativi in funzione di tutela della trasparenza e della comprensione delle istituzioni: F. MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, cit., 374.

<sup>99</sup> Cfr. L. EINAUDI, *Vanità dei titoli di studio*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Zanichelli, Bologna, 1953, 57 e ss.; ID., *Per l'abolizione del valore legale del titolo di studio*, in *La libertà della scuola. Scritti di Luigi Einaudi e Salvatore Valitutti*, a cura di G. Desiderio, Macerata, liberilibri, 2009, 23 ss. Per il dibattito più recente: R. CAVALLO PERIN, *L'Università come istituzione di libera scienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 578 ss.; B. CIMINO, *Il valore legale dei titoli di studio: errori di prospettiva*, in *Munus*, 2015, 649 ss.; M. CONSIATO, *L'immigrazione intellettuale. Verso un mercato unico dei servizi professionali*, cit., 4 ss.; Andrea ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 13, 2009, 2 ss.; E. CARLONI, F. MERLONI, A. PIOGGIA, *Sul valore legale del titolo di studio*, in *www.astrid-online.it*, 2012; B.G. MATTARELLA, *Qualche domanda sulla c.d. abolizione del valore legale dei titoli di studio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 215 ss.; F. SAITTA, *Dalla filippica di Einaudi alla riforma Gelmini: il punto dopo mezzo secolo di discussioni sul valore legale dei titoli di studio*, in *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive, proposte*, a cura di G. della Cananea e C. Franchini, Giappichelli, Torino, 2009, 11 ss.; A. BARTOLINI, *Appunti sul valore legale del titolo di studio*, *ivi*, 47 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Valore legale dei titoli, Statuto speciale dei docenti e altri "idola" dell'Università italiana*, *ivi*, 29 ss.; F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle Uni-*

università e pubbliche amministrazioni vanamente immaginato alla fine del XIX secolo da John Stuart Mill, che aveva previsto una proficua competizione delle università per fornire i migliori candidati ai concorsi, con un effetto di generale miglioramento del sistema di istruzione<sup>100</sup>.

Più ancora la comprensione della complessità consentita dall'intelligenza artificiale consente di mettere in luce vere e proprie "filieri" cui contribuiscono le istituzioni del territorio, a partire dalle università.

L'analisi statistica (detta predittiva) può contribuire a definire politiche di valorizzazione e finanziamento delle formazioni capaci di incentivare ulteriormente la specializzazione dei territori e con essa una dimensione di appartenenza dei funzionari (anche) territorialmente definita, ove il richiamo del territorio coincide con quello delle peculiari professionalità che esso è capace di offrire.

#### 4. *La professionalizzazione della funzione di reclutamento*

Se una razionalizzazione e semplificazione dei concorsi è possibile attraverso l'adozione di strumenti di intelligenza artificiale, occorre immaginare modelli organizzativi capaci di una gestione ottimale delle procedure, con l'impiego di professionalità idonee, che allo stato attuale sono scarsamente rappresentate nella maggior parte degli enti pubblici.

Ciò anche per limitare il ricorso sistematico all'esternalizzazione di parte dei procedimenti (come spesso accade per le preselezioni)<sup>101</sup>, che rischia di mettere in dubbio la stessa legittimità dei concorsi, poiché gli elementi di scelta finiscono con l'essere definiti da organizzazioni che difettano di legittimazione costituzionale. Ancor più ove

*versità*, in *Dir. amm.*, 2008, 739 ss.; A. SANDULLI, *Per l'università della concorrenza e del merito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 224 ss.; S. CASSESE, *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 6, 2002, 2 ss.

<sup>100</sup> J.S. MILL, *Considerations on representative government*, cit., 258-261: «When (...) the appointments are given to those, among a great number of candidates, who most distinguish themselves, and where the successful competitors are classed in order of merit, not only each is stimulated to do his very utmost, but the influence is felt in every place of liberal education through the country. It becomes with every schoolmaster an object of ambition, and an avenue to success, to have furnished pupils who have gains a high place in these competitions; and there is hardly any other mode in which the State can do so much to raise the quality of educational institutions through the country».

<sup>101</sup> L'erogazione dei test preselettivi può essere affidata a «imprese e soggetti specializzati in selezione di personale»: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 *quater*, comma 1, lett. c. Di recente un'analoga possibilità di esternalizzazione è stata prevista per l'intera procedura concorsuale di assunzione negli enti locali: d.l. n. 80 del 2021, cit., art. 3 *bis*, comma 6.

l'esternalizzazione comporta che si affidi a terzi la gestione dei dati raccolti e trattati nell'ambito di procedimenti amministrativi digitali, che non solo può ledere legittime ragioni di tutela della riservatezza dei dati personali, ma viola la "sovranità digitale" che fonda un potere riservato di controllo, verifica e correzione di dati, *software*, standard, protocolli, servizi e infrastrutture<sup>102</sup>.

Non è solo un problema di possibile cattura del controllore da parte del controllato<sup>103</sup>, ma di "autonomia", da taluno qualificata come strategica<sup>104</sup>, e di conservazione e sviluppo della capacità professionale della burocrazia pubblica come normale esercizio delle funzioni in capo enti territoriali e statali di governo (art. 118, comma 1, Cost.). Autonomia che suppone la piena disponibilità e valorizzazione pubblica del capitale informativo acquisito, evitando che, a forza di esternalizzare, non si sappia più "fare"<sup>105</sup>.

Le soluzioni nuove riportano all'attualità strumenti – sperimentati anche in altri ordinamenti – d'accorpamento dei concorsi in capo a organizzazioni o uffici anche appositamente istituiti ("stazioni uniche del reclutamento")<sup>106</sup>, con una competenza trasversale a più enti

<sup>102</sup> L. FLORIDI, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in *Phil. & Tech.*, 2020, 5, 369 ss., online: su SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3827089> (consultato a Maggio 2023); H. ROBERTS, J. COWLS, F. CASOLARI, J. MORLEY, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Safeguarding European values with digital sovereignty: an analysis of statements and policies*, in *Internet Policy Review*, 2021, 10, 3, 4 ss., in <https://policyreview.info>. Da ultimo G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 809 ss.

<sup>103</sup> La debolezza dell'apparato amministrativo-burocratico determina l'«incapacità di ottimizzare l'utilizzo delle risorse finanziarie, ma anche quella di contrattare adeguatamente con i fornitori di servizi informatici: il che ha effetti non solo economico-finanziari, ma incide in modo profondo sulla stessa capacità di sviluppare efficaci strategie di digitalizzazione e valorizzazione (anche solo conoscitiva a fini interni) dei dati disponibili»: E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 368.

<sup>104</sup> T. CHRISTAKIS, *European Digital Sovereignty: Successfully Navigating Between the «Brussels Effect» and Europe's Quest for Strategic Autonomy*, Multidisciplinary Institute on Artificial Intelligence/Grenoble Alpes Data Institute, 7.12.2020, disponibile on line: [papers.ssrn.com](https://papers.ssrn.com); L. MOEREL, P. TIMMERS, *Reflections on Digital Sovereignty*, in *EU Cyber Direct: Research in Focus*, January 2021, 8 ss.; G. TIBERI, *L'irresistibile ascesa della sovranità digitale europea*, in *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli, 2022, 175 ss.

<sup>105</sup> S. CASSESE, *Amministrare la nazione*, cit.

<sup>106</sup> L'Ufficio Europeo di Selezione del Personale (EPSO) organizza concorsi generali per garantire alle istituzioni «i servizi di funzionari reclutati nelle migliori condizioni finanziarie e di professionalità» (Decisione 2002/621/CE dei segretari generali del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, del cancelliere

pubblici, non importa ora se di livello sovracomunale (provinciale o di città metropolitana<sup>107</sup>), regionale o nazionale (es. il Dipartimento della funzione pubblica con la Commissione RIPAM)<sup>108</sup>.

Anche in Italia i “concorsi unici” sono un istituto noto ormai da quasi un secolo: discussi in origine dalla Commissione de Stefani (1929), per poi essere periodicamente oggetto di rinnovate proposte di riforma della pubblica amministrazione<sup>109</sup>, sono stati disciplinati per la prima volta in occasione della contrattualizzazione<sup>110</sup>. Più di recente sono stati rilanciati quale ordinaria modalità di reclutamento per le amministrazioni statali (ivi comprese le agenzie e gli enti pubblici non economici), fatto salvo il potere di farne uso anche da parte degli altri enti pubblici<sup>111</sup>.

della Corte di giustizia, dei segretari generali della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e del rappresentante del Mediatore, del 25 luglio 2002, *relativa all'organizzazione e al funzionamento dell'Ufficio di selezione del personale delle Comunità europee*, art. 1, § 1). Similmente si veda l'esperienza della *Civil Service Commission* del Regno Unito (1855), cui si è ispirato il legislatore in Belgio con l'istituzione del *Secrétariat permanent de recrutement*; in Irlanda è istituita la *Commission for Public Service Appointments*.

<sup>107</sup> L. 7 aprile 2014, n. 56, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*, art. 1, comma 44, lett. c. Da ultimo, per la realizzazione di politiche di reclutamento a livello nazionale, regionale, di area vasta o di comune capoluogo: F. MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, cit., 385.

<sup>108</sup> La Commissione RIPAM (istituita per l'attuazione del Progetto di Riquilibrificazione delle Pubbliche Amministrazioni) a propria volta fa uso di personale dell'Associazione Fornez PA (d.l. n. 101 del 2013, cit., art. 4, comma 3 *quinquies*). Al Dipartimento della Funzione Pubblica è altresì attribuito il compito di elaborare bandi-tipo, oltre alla possibilità di gestire singole procedure su domanda delle amministrazioni (l. n. 56 del 2019, cit., art. 3, comma 5 *bis*). Per una critica dell'esperienza della Commissione RIPAM: L. ZOPPOLI, *Il reclutamento nelle pubbliche amministrazioni tra vincoli, parodie, buone pratiche ed emergenze. Come migliorare il sistema, in Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, cit., 108-109.

<sup>109</sup> I concorsi unici sono stati in particolare proposti dalla Commissione per le riforme costituzionali presieduta da Ugo Forti (1945-46) e negli anni '50 dall'Ufficio per la riforma burocratica: S. SEPE, *Per una storia della formazione dei funzionari statali in Italia*, in *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, cit., 185. A fine anni '70 la proposta fu ripresa dal c.d. “Rapporto Giannini”: M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, 25 ss. In tema: E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici, le origini, l'evoluzione*, in *Le fatiche di Monsù Travet*, cit., 35.

<sup>110</sup> D.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 19-20-21, ove si faceva riferimento a concorsi unici nazionali banditi dalla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica, cui erano giustapposti quelli circoscrizionali «per gli uffici aventi sede in determinate regioni, compartimenti o province».

<sup>111</sup> Con il d.l. n. 101 del 2013, cit., art. 4, comma 3 *quinquies* (c.d. riforma D'Alia),

I vantaggi determinati dal ricorso alle “centrali”, in genere dalla cooperazione tra enti, per l’esercizio in comune di attività di pubblico interesse, sono stati ben illustrati con speciale attenzione agli acquisti e all’erogazione delle prestazioni di servizio pubblico<sup>112</sup>. In

su cui si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La conversione del «decreto D’Alia» e la riforma del reclutamento dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 347 ss.; da ultimo d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 19, come mod. dal d.P.R. n. 82 del 2023; per il riconoscimento della facoltà di utilizzazione della Commissione RIPAM alle amministrazioni pubbliche non statali: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, comma 5. L’intervento ha seguito di poco quello di “razionalizzazione”, delle scuole della dirigenza pubblica, con la previsione della «tendenziale concentrazione in una scuola centrale esistente» delle funzioni di reclutamento e formazione dei dirigenti e funzionari delle amministrazioni dello Stato e l’istituzione del «Sistema unico del reclutamento e della formazione pubblica» (d.l. 6 luglio 2012, n. 95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135, art. 11, e d.P.R. 16 aprile 2013, n. 70, *Regolamento recante riordino del sistema di reclutamento e formazione dei dipendenti pubblici e delle Scuole pubbliche di formazione*). Sulla scuola nazionale d’amministrazione: M. RAMAJOLI, *La Scuola Nazionale dell’Amministrazione. Agente interno dell’innovazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 451 ss.; S. BATTINI, *Premessa*, in *Formare la PA Rapporto SNA 2017-2020*, 5 ss.; M. MACCHIA e L. SALTARI, *La Scuola Nazionale dell’Amministrazione tra modello francese e prospettive di riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 312 ss.; A. MARI, *La scuola superiore della pubblica amministrazione e il sistema unitario di formazione dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 487 ss.; A. MARI, S. LAPORTA, *La formazione della burocrazia - Scuola superiore della pubblica amministrazione ed école nationale d’administration: due modelli a confronto*, in *Dir. econ.*, 2000, 125 ss.; C. MEOLI, *Il riordino della scuola superiore della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 585 ss.; S. SEPE, *La scuola superiore della pubblica amministrazione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, commentario diretto da F. Carinci e M. D’Antona, vol. I, Milano, 2000, 925 ss.; S. SEPE, *Per una storia della formazione dei funzionari statali in Italia*, in *Le fatiche di Monsù Travet, Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, cit., 185 ss.

<sup>112</sup> Sulla cooperazione tra enti e la centralizzazione degli acquisti si vedano: M. CAFAGNO, *L’evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, cit., 101 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Cooperazione amministrativa europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Utet, Torino, 2017, 191 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1457 ss.; G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l’evoluzione digitale della “funzione appalti” nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 185 ss.; G.M. RACCA e S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, 33 ss.; G.M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l’integrazione organizzativa e l’efficienza funzionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 101 ss.; ID., *Le prospettive dell’aggregazione nell’amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada*, n. 1/2014, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it) (consultato a maggio 2023); ID., *L’aggregazione dei contratti*

particolare, la centralizzazione o l'accorpamento dei procedimenti ne consente la razionalizzazione in termini di selezione delle professionalità, di vincitori per più sedi, di spesa e qualità dell'organizzazione concorsuale, tra cui la crescita di professionalità di settore, non possibili ove si tratti di un'attività svolta *una tantum*.

L'organizzazione ripetuta di procedimenti dello stesso tipo affina la conoscenza di standard e peculiarità dei vari enti, così come delle più comuni difficoltà operative, e ancor più facilita la sperimentazione di soluzioni innovative.

L'accorpamento delle selezioni può favorire l'indipendenza delle commissioni valutatrici ed estende la platea dei candidati, aumentando le possibilità di individuare quelli più idonei a corrispondere ai bisogni delle amministrazioni<sup>113</sup>.

Il concorso unico o "condiviso", in cui sia garantita l'effettiva cooperazione degli enti che lo utilizzano, è conforme sia al principio costituzionale del pubblico concorso sia a quello dell'autonomia anche organizzativa che è costituzionalmente tutelata come garanzia di imparzialità (art. 97, comma 2; art. 117, comma 6, Cost.), in capo ad organi ed enti in cui si articola la Repubblica italiana (art. 5, art. 114, Cost.).

Non così la riutilizzazione della graduatoria di una precedente selezione di un altro ente<sup>114</sup>, che in linea di massima l'ordinamento

*pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 2259 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 349 ss.; G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119 ss.; E. MORLINO, *Centralizzazione degli acquisti pubblici ed enti locali: la prospettiva europea nel caso Asmel*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 315 ss.; A. TAILLEFAIT, *Groupements de commandes et centrales d'achats publics en France après la transposition des directives européennes de 2014*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2017, 1 ss., in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com) (consultato a maggio 2023); G.F. FIDONE, F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro amm.*, 2014, 2995 ss.; R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. De Nicolis, R. Garofoli, M.A. Sandulli, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, 607 ss.; R. TOMEI e V. SCIANCALEPORE, *Centrali di committenza (diritto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2008, Utet, Torino, t. I, 177 ss.

<sup>113</sup> S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, cit., 656-657.

<sup>114</sup> L. 24 dicembre 2003, n. 350, art. 3, comma 6; per norme recenti su concorsi condivisi e scorrimento di graduatorie altrui: d.l. 22 aprile 2023, n. 44, *Disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche*, art. 1 comma 3, conv. in l. 21 giugno 2023, n. 74.

ammette previo accordo tra enti e ferma restando l'impossibilità di utilizzare la graduatoria per posti «istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso»<sup>115</sup>. La previsione dell'obbligo di scorrere una graduatoria altrui rischia di tradursi in una violazione dell'autonomia, imponendo scelte di organizzazione da altri definite (individuazione dei requisiti di partecipazione, articolazione della procedura, ecc.). La possibilità di scegliere il momento in cui procedere allo scorrimento può d'altra parte favorire distorsioni, poiché consente di posticipare la "chiamata" fino al momento in cui il primo idoneo sia un soggetto determinato, di cui si sia sin dall'inizio voluto attendere il "turno"<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> D.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 91, comma 4. Si veda ad es. Cass. civ., sez. lav., 31 gennaio 2020, n. 2316. In generale lo scorrimento delle graduatorie è ammesso «solo quando vi sia un'integrale corrispondenza tra il profilo e la qualifica professionale del posto che si intende coprire, (...) e, il profilo e la categoria professionale per i quali si è bandito il concorso poi concluso con l'approvazione delle graduatorie»; va invece escluso «per posti di nuova istituzione o frutto di trasformazione, per evitare rimodulazioni dell'organico in potenziale contrasto con i principi di imparzialità prescritti dalla costituzione», così come va precluso quando sia mutato il contenuto professionale delle mansioni tipiche del profilo che si intende acquisire o quando, per il tempo trascorso o per le modifiche sostanziali nel frattempo introdotte nelle prove di esame e nei requisiti di partecipazione dei concorrenti, la graduatoria già approvata cessi di rispecchiare una valutazione attendibile dell'idoneità dei concorrenti e della qualificazione professionale necessaria per ricoprire l'incarico»: Corte cost., n. 126 del 2020, cit.

<sup>116</sup> A tal fine può limitarsi la discrezionalità del singolo ente sui modi e tempi di utilizzazione della graduatoria altrui vietando lo scorrimento quando possa risolversi in un pregiudizio per un terzo. Così, ad es., la scelta di procedervi può essere subordinata – come già avviene per l'indizione del concorso – alla previa indizione di una procedura di mobilità, con preferenza per gli idonei nella medesima graduatoria che siano già stati assunti da un'altra amministrazione, così come può escludersi lo scorrimento quando lo stesso ente abbia accesso a una graduatoria propria. In tema di rapporti tra mobilità e scorrimento della graduatoria si osserva come talora sia escluso l'obbligo di indire una procedura di mobilità prima di procedere allo scorrimento, sul presupposto che esso opera esclusivamente prima dell'indizione del concorso (sicché non si vede perché dovrebbe riproporsi a valle del concorso, quando si voglia procedere allo scorrimento): Cons. St., sez. IV, 1° giugno 2016, n. 2318; Cons. St., sez. V, 6 novembre 2015, n. 5078; Cons. St., sez. V, 31 luglio 2012, n. 4329; Cons. St., sez. V, 12 luglio 2015, n. 4329; Cons. St., sez. V, 27 agosto 2014, n. 4361; Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2014, n. 177 e n. 178; Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332; talaltra invece si afferma il principio opposto in ragione della funzione perequativa «di recupero o valorizzazione di professionalità già formate» cui la mobilità assolve, senza comportare aggravii di spesa: da ultimo in tal senso si vedano Cons. St., sez. II, 25 febbraio 2021, n. 1630; Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2021, n. 961; Cons. St., sez. III, 2 novembre 2020, n. 6705; Cass. civ., sez. lav., 18 maggio 2017, n. 12559; Cass. civ., sez. un., 13 marzo 2015, n. 5077. In tema: S. ZOPPETTI, *Mobilità e pubblico concorso*

Altrove si è inteso salvaguardare il principio di “*libre administration*” delle *collectivités locales* con l’organizzazione di concorsi a livello dipartimentale che si concludono con l’elaborazione di liste di idonei in ordine alfabetico cui i singoli enti attingono liberamente<sup>117</sup>.

La soluzione – che è stata di recente sperimentata anche in Italia<sup>118</sup> – appare d’interesse, benché il carattere comparativo (o concorrenziale) risulti osservato solo *per l’accesso alla lista*, cioè nei confronti degli esclusi, ma non *all’interno della lista*, tra gli idonei, dandosi scarsa evidenza alle ragioni sottese alle singole scelte d’assunzione<sup>119</sup>.

La versione italiana non consente all’amministrazione di scegliere

*tra obbligatorietà e preferenza*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2016, n. 3, in [www.piemonteautonomie.it](http://www.piemonteautonomie.it) (consultato a maggio 2023). Per l’affermazione della giurisdizione amministrativa: Cass. civ., sez. un., 22 ottobre 2018, n. 26596.

<sup>117</sup> Lo stesso modello è usato per le istituzioni dell’Unione europea e, tra gli altri, per gli impieghi delle Comunità e Regioni del Belgio. In tema: C. BAN, *La réforme du processus de dotation en personnel dans les institutions de l’Union européenne: comment se débarrasser de la vache sacrée*, cit., 7; S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, Giuffrè, Milano, 2007, 244 ss. e ivi nt. 114. In Francia la funzione di centrale del reclutamento è affidata al *Centre national de la fonction publique territoriale* (CNFPT) e ai *Centres de gestion*: E. BILAND, *Les concours territoriaux: à l’ombre de l’État, entre les mains des élus ou aux avant-postes de la modernisation*, in *Revue française d’administration publique (RFAP)*, 2012, 431 ss.; F. ALLAIRE, *L’accès à la fonction publique territoriale: entre le droit administratif et le droit du travail*, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2005, 67 ss.; L. DERBOULLES, *Fonction publique d’État et fonction publique territoriale: comparabilité et recrutements*, L’Harmattan, Paris, 2004; P.O. DE BROUX, *De Camu à Copernic: l’évolution de la fonction publique en Belgique*, in *Administration Publique Trimestrielle*, 2005, 175 ss.

<sup>118</sup> D.l. n. 80 del 2021, cit., art. 3 *bis*, ove si prevede la possibilità per gli enti locali di «organizzare e gestire in forma aggregata, anche in assenza di un fabbisogno di personale, *selezioni uniche per la formazione di elenchi di idonei* all’assunzione nei ruoli dell’amministrazione, sia a tempo indeterminato sia a tempo determinato, per vari profili professionali e categorie, compresa la dirigenza». L’assunzione avviene previo interpellato tra i soggetti inseriti negli elenchi e, in presenza di più interessati all’assunzione, attingendo da una graduatoria formulata a seguito della somministrazione di una prova scritta od orale: può dunque bastare un colloquio. Per l’organizzazione delle procedure è possibile avvalersi di società esterne specializzate nel reclutamento. In tema: A. VILLA, *Il reclutamento del personale negli enti locali*, cit., 27 ss.

<sup>119</sup> Una diversa soluzione di parziale rinuncia al modello comparativo si ritrova nel Regno Unito, per il resto ispirato a un modello di reclutamento “*fair, objective and impartial*”. Nel caso di reclutamenti massivi (c.d. *bulk recruitment*) è possibile assumere i candidati anche prima della conclusione della procedura, e dunque anche non in ordine strettamente meritocratico, purché sia garantito che non sia selezionato «*who did less well than another candidate who has not been selected*», e purché vi siano idonee garanzie che alla fine della competizione i posti sono stati assegnati ai più meritevoli. Vedi Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, April 2018.

il candidato da assumere<sup>120</sup>: può infatti attingere alla lista degli idonei, ma deve mettere in gara quelli che si siano dichiarati interessati all'assunzione, con un procedimento concorrenziale che può essere semplificato sino ad una scelta finale anche affidata ad un semplice colloquio.

La compressione del diritto individuale all'eguale accesso agli impieghi è talora derivata dal fatto che, per preservare l'effettività della libertà di scelta degli enti, le liste accolgono un numero di candidati superiore ai posti disponibili e hanno una durata limitata nel tempo. Capita così che le aspettative dei concorrenti utilmente qualificatisi siano sacrificate (i c.d. *reçus-collés*)<sup>121</sup> e l'idoneità non si traduca in una assunzione, senza che il sistema offra una sufficiente motivazione di tale esito. Per porvi rimedio, è possibile contingentare il numero delle idoneità, correlandole ai fabbisogni aumentati di una percentuale di posti ulteriori, per la "predizione" delle possibili vacanze negli anni immediatamente successivi<sup>122</sup>.

La cooperazione tra enti pubblici può inoltre essere utile non solo ad aggregare la domanda di reclutamento, ma anche per soddisfare simultaneamente interessi pubblici eterogenei, combinando il concorso per le professionalità più elevate all'erogazione di formazioni specialistiche e professionalizzanti.

Il coinvolgimento delle università è in particolare di interesse per la capacità di attrazione dei giovani, che si correla alla nota esigenza di abbassamento dell'età media delle pubbliche amministrazioni<sup>123</sup> e al bisogno di innovazione.

La reintroduzione del requisito generale di un'età massima per l'accesso al pubblico impiego configurerebbe una violazione del divieto di discriminazioni, trattandosi di limite non specificamente correlato alle caratteristiche dei posti messi a bando<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Cfr. gli accordi quadro con più operatori economici (d.lgs. n. 36 del 2023, cit., art. 59 comma 4). In tema: G.M. RACCA e S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 58 ss.

<sup>121</sup> M.H. DEBART, F. LANGLOIS, R. FOURNALES, *Rapport relatif à la situation des lauréats «reçus - collés» aux concours de la Fonction publique territoriale - Analyse et propositions*, Inspection général de l'administration, Paris, mars 2012.

<sup>122</sup> Per questa ragione nei concorsi delle istituzioni dell'Unione europea – ove si usa un analogo sistema di liste idoneative – il numero di posti in eccesso è stato radicalmente ridotto sino a essere contenuto entro un misero 10 per cento, benché controbilanciato da un termine breve di validità delle liste (per i posti con profilo generale pari a un solo anno).

<sup>123</sup> Cfr. *supra*, capitolo I, nt. 65.

<sup>124</sup> Il requisito di età massima è ammissibile quando sia richiesta una particolare prestanza fisica in considerazione delle mansioni tipiche e prevalenti del posto a

L'ordinamento definisce invece peculiari forme contrattuali utili a valorizzare il ruolo dell'università reclutatrice, che combinano l'assunzione nella pubblica amministrazione con la frequenza di corsi di dottorato di ricerca<sup>125</sup>, di master universitari o di corsi universitari di perfezionamento (contratti di apprendistato "di alta formazione e ricerca", o di formazione e lavoro)<sup>126</sup>.

Allo stesso tempo sono stati immaginate soluzioni che assegnano alle università compiti di individuazione dei migliori laureati nell'ambito di corsi di laurea appositamente istituiti, con previsione di riserve di posti nell'ambito di concorsi aperti, o concorsi integralmente riservati ad essi rivolti<sup>127</sup>.

L'intelligenza artificiale consente di completare la prospettazione anche ai fini della selezione delle università "reclutanti", permettendo di affinare la valutazione delle capacità di formazione, ma soprattutto l'emergere di vocazioni territoriali e delle specifiche culture insediate localmente, talora in coincidenza con tradizioni e modelli di sviluppo economico affermatasi nel tempo, secondo una rilevazio-

bando; su cui da ultimo: C. giust., sez. VII, 17 novembre 2022, C-304/21, VT; C. giust., 13 novembre 2014, C-416/13, *Vital Pérez*; C. giust. UE, 12 gennaio 2010, C-229/08, *Wolf*; in Italia: Corte cost., 22 dicembre 2022, n. 262; Cons. St., sez. II, 30 gennaio 2023, n. 1030; Cons. St., sez. II, 4 febbraio 2022, n. 781. In tema: O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 147 ss. Per altri riferimenti vedi *supra*, capitolo II, nt. 157.

<sup>125</sup> La prospettiva si correla a quella della valorizzazione del dottorato di ricerca, da tempo indicato quale criterio per l'assunzione nella pubblica amministrazione, secondo una norma di principio poi risoltasi nella mera "possibilità" per l'amministrazione di richiedere per "specifici profili o livelli di inquadramento" il possesso del relativo titolo, oltre all'obbligo di valutarlo comunque "prioritariamente" se pertinente: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, comma 3, lett. e *ter*. Per il tentativo più recente di valorizzare il collegamento tra amministrazione pubblica e dottorati di ricerca si veda il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), presentato alla Commissione Europea in data 30 aprile 2021, Missione 4 *Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle università*, Linea di investimento 4.1 *Estensione del numero di dottorati di ricerca e dottorati innovativi per la pubblica amministrazione e il patrimonio culturale*.

<sup>126</sup> Per cenni alle tipologie contrattuali menzionate: A. BOSCATI, *Dalle esigenze dell'organizzazione alle modalità di reclutamento: punti critici della disciplina vigente e possibili interventi di riforma*, cit., 61 ss.

<sup>127</sup> B.G. MATTARELLA, *Per un migliore coordinamento del reclutamento dei pubblici dipendenti con i percorsi universitari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 582. Da ultimo, per un esempio in tal senso: d.l. n. 44 del 2023, cit., art. 3 *ter*, ove in particolare si prevede la stipulazione di convenzioni con le istituzioni universitarie legalmente riconosciute per l'individuazione di studenti di età inferiore a 24 anni da assumere con contratto di formazione e lavoro destinato alla stabilizzazione.

ne resa agevole dal portale unico del reclutamento<sup>128</sup> che è utile, in particolare, alla specializzazione dei territori e al consolidamento di “filieri” di formazione e lavoro.

Le università vantano la possibilità di attingere a un vivaio di neo-laureati che spesso non rivolgono prioritariamente le proprie ambizioni al settore pubblico, esercitando un potere di attrazione che non ha eguali in ragione del rapporto diretto che i professori instaurano con gli studenti. Allo stesso tempo, nella maggior parte dei casi hanno la capacità di progettare ed erogare – anche in collaborazione con le amministrazioni interessate – formazioni altamente professionalizzanti senza un significativo dispendio di risorse, poiché dispongono direttamente delle professionalità più elevate<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> Si veda il recente d. Min. Pubblica Amministrazione 3 novembre 2023, *sulle caratteristiche e le modalità di funzionamento del Portale unico del reclutamento*, art. 2, comma 2, lett. a, ove è prevista l'«individuazione, per mezzo di dati aggregati, elaborati dall'analisi della sezione curriculum vitae del Portale unico del reclutamento, della tipologia e della numerosità delle professionalità presenti in uno specifico ambito territoriale, finalizzata a supportare le politiche di reclutamento delle pubbliche amministrazioni» (enfasi aggiunta).

<sup>129</sup> In genere per l'opportunità di un più intenso collegamento tra la formazione dispensata dalle università, i bisogni di reclutamento e la formazione continua delle amministrazioni: S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, cit., 778.



## CAPITOLO VI

# Concorsi pubblici e tutela giurisdizionale

SOMMARIO: 1. La giurisdizione amministrativa sui rapporti di lavoro pubblico tra potere di organizzazione e potere datoriale. – 2. La tutela del diritto d'accesso al pubblico impiego innanzi al giudice amministrativo: il sindacato sull'eccesso di potere. – 3. L'autotutela nei procedimenti amministrativi concorsuali. – 4. Legittimo affidamento e responsabilità dell'amministrazione nei concorsi pubblici. – 5. Il risarcimento da procedura concorsuale illegittima.

### 1. *La giurisdizione amministrativa sui rapporti di lavoro pubblico tra potere di organizzazione e potere datoriale*

La generale devoluzione del contenzioso sui rapporti d'impiego pubblico al giudice ordinario "in funzione di giudice del lavoro" non ha coinvolto il sindacato sulle procedure concorsuali, che sono tuttora attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 4)<sup>1</sup>.

Il procedimento di reclutamento si differenzia così dalla successiva gestione del rapporto, che la lettura prevalente considera essenzialmente omogenea a quella del lavoro nell'impresa<sup>2</sup>, riproducendosi in tal modo una linea di demarcazione in cui si è colto «il primo confine fondamentale per la storia della disciplina del pubblico impiego, quello tra organizzazione dei pubblici uffici e rapporto di lavoro»<sup>3</sup>. Per tale ragione si definisce un riparto ove, seppur non senza incertezze e oscillazioni<sup>4</sup>, alla giurisdizione del giudice ordinario

<sup>1</sup> Al sindacato sulle procedure concorsuali si aggiunge, come noto, la residua giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui rapporti di lavoro dei dipendenti in regime di diritto pubblico (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 4).

<sup>2</sup> Corte cost., 16 ottobre 1997, n. 309. Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, cit., 472-473.

<sup>3</sup> Così A. PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, cit., 330.

<sup>4</sup> I frequenti conflitti di giurisdizione danno evidenza all'incertezza della con-

sono ormai devolute tutte le questioni relative «ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni», ivi incluse quelle «concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale». Tale definizione di un «giudice unico» del lavoro consolida la configurazione delle controversie come relative a diritti soggettivi a carattere essenzialmente patrimoniale<sup>5</sup>.

trapposizione (e ibridazione) tra potere datoriale e potere organizzativo, e dunque alla labilità di quel «confine fondamentale» richiamato nel testo. In materia di assunzioni si individua lo spartiacque tra giurisdizione ordinaria e amministrativa ricorrendo a criteri formali (es. l'approvazione della graduatoria: Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8556; Cass. civ., sez. un., 20 ottobre 2017, n. 24878); oppure si dà rilevanza al carattere discrezionale o vincolato della procedura, ritenendo ad es. di competenza del giudice ordinario il contenzioso sulle procedure di avviamento al lavoro, in quanto la decisione di reclutamento deriva essenzialmente dall'applicazione di criteri oggettivi intesi a misurare la situazione di «bisogno» dell'interessato (da ultimo Cons. St., sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6906; Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2019, n. 192; Cass. civ., sez. lav., 22 novembre 2018, n. 30270; Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2017, n. 14432; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4229; sul riparto di giurisdizione in tema di provvedimenti vincolati, da ultimo: F.G. SCOCA, *Scossioni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, 1 ss.). L'intrinseca discrezionalità espressa con la decisione è argomento spesso usato dalla giurisprudenza amministrativa per affermare la propria giurisdizione sul provvedimento di scorrimento di una preesistente graduatoria in luogo dell'indizione di un nuovo concorso, o viceversa (da ultimo in tal senso: Cass. civ., sez. un., 22 agosto 2019, n. 21607); al contrario la dimensione fiduciaria del reclutamento in alcuni «posti apicali» – che esclude, o circoscrive, la comparazione tra i candidati tipica del pubblico concorso – è un carattere che si ritiene proprio degli «atti adottati con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro», dunque di giurisdizione del giudice ordinario (sullo *spoils system* si veda *supra*, capitolo III, nt. 120). Lo stesso argomento si ritrova per l'attribuzione di incarichi dirigenziali con contratto a termine a personale esterno all'amministrazione (ex d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19, comma 6, d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 110), benché il conferimento dell'incarico coincida con l'instaurazione del rapporto di servizio (Cass. civ., sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413, con nt. di M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 489 ss.; nello stesso senso già Cass. civ., sez. un., 5 aprile 2017, n. 8799; contraria Cons. St., sez. VI, n. 677 del 2018, cit.). In tal caso, dunque, all'attribuzione della giurisdizione pare concorrere una *ratio* intesa a preservare il parallelismo con gli atti di conferimento degli incarichi al personale di ruolo, per i quali l'attribuzione al giudice ordinario è *per tabulas*, in quanto espressamente stabilita dalla legge (seppur non priva di ambiguità dal punto di vista sistematico): Cass. civ., sez. lav., 30 ottobre 2014, n. 23062; Cass. civ., sez. lav., 18 dicembre 2012, n. 23351; Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27888. In tema da ultimo si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 436 ss.

<sup>5</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 1. La giurisdizione del giudice ordinario investe atti adottati con le capacità e i poteri del «privato datore di lavoro»,

Al giudice amministrativo restano i concorsi – in quanto ritenuti espressione di pubblico potere<sup>6</sup> – oltre al contenzioso sugli atti di c.d. “macro-organizzazione”, di cui è tuttora insuperato (e, parrebbe, insuperabile) il carattere di atti amministrativi<sup>7</sup>, sicché possono essere conosciuti dal giudice ordinario solo incidentalmente, in quanto “atti presupposti” che condizionano il rapporto di lavoro, eventualmente con esercizio del potere di disapplicazione<sup>8</sup>.

sicché non si tratterebbe di una giurisdizione “esclusiva”, o comunque indifferente alla natura delle posizioni soggettive invocate: in tal senso F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 908 ss.; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 154-157; A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 295 ss. In senso contrario si veda B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 413 ss.

<sup>6</sup> Per l'esplicita esclusione di una giurisdizione amministrativa di tipo esclusivo in materia di concorsi: Cass. civ., sez. un., 16 aprile 2007, n. 8951; Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2003, n. 5495. Vedi anche F. SAITTA, *op. ult. cit.*, 899, 914: l'eccezione alla giurisdizione ordinaria si giustifica «in quanto la materia è una tipica manifestazione dei poteri pubblici, attinente allo svolgersi dell'ordinaria azione amministrativa, implicante l'applicazione di principi generali quali quelli di trasparenza, eguaglianza e buon andamento».

<sup>7</sup> Per un esempio recente: Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2018, n. 29080. Anche se è invocato un (preteso) diritto all'assunzione, la giurisdizione è del giudice amministrativo ove il diritto possa essere riconosciuto solo all'esito della rimozione di un atto di macro-organizzazione (regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi): Cons. St., sez. V, 26 aprile 2022, n. 3204; *idem* Cass. civ., sez. un., 21 dicembre 2018, n. 33212; Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2018, n. 29081. In tema: W. GIULIETTI, *Le determinazioni unilaterali dell'amministrazione nell'affidamento delle funzioni ai dirigenti. Profili di tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2002, 325 ss. Un'eccezione di interesse è rappresentata dall'“atto aziendale” delle organizzazioni sanitarie, cui è espressamente attribuita natura giuridica di atto di diritto privato ex d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 3, comma 1 *bis*, pur se nella maggior parte dei casi si tratta di «un (banale e tradizionale) regolamento di organizzazione» (così R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2020, 174). Si veda Cons. St., sez. III, 21 dicembre 2015, n. 5883.

<sup>8</sup> In generale sul riparto di giurisdizione in materia di impiego pubblico: A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 78 ss.; ID., *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 219 ss.; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 330 ss. e 557; ID., *Il personale*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2015, 143 ss.; ID., *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 373 ss.; A. POLICE, *Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu,

La devoluzione al giudice ordinario del contenzioso sul rapporto si voleva coerente con un'evoluzione annunciata dalla giurisprudenza costituzionale degli anni '80, che aveva inteso modellare il contenzioso amministrativo sul pubblico impiego con l'importazione di taluni dei caratteri e strumenti del rito civile. A dare origine a tali pronunce erano state controversie nell'ambito delle quali il dipendente invocava a fondamento delle proprie pretese situazioni a contenuto patrimoniale, di cui risultava dunque facile la configurazione in termini di diritti soggettivi. Sin dal testo unico del 1923 questi ultimi erano sì devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma in sede esclusiva<sup>9</sup>, con deroga al criterio generale di attribuzione del contenzioso che vuole la giurisdizione ordinaria quale sede naturale in materia di diritti "civili o politici", «comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione» (artt. 103 e 113 Cost., e già l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, art. 2).

La vulgata di accompagnamento delle riforme enfatizzava il superamento della configurazione della posizione dell'impiegato pubblico in termini di "soggezione", che si voleva contrapposta al potere di "supremazia speciale" dell'amministrazione<sup>10</sup>, talora dimenticandosi

A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, cit., 482 ss.; M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Cassese, M. D'Antona, G. Cecora, S. Battini, G. D'Auria, Giuffrè, Milano, 1997, 1 ss.; S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, *ivi*, 77 ss.; P. PICONE, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 579 ss.; D. IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 283 ss.

<sup>9</sup> Introdotta dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, art. 8, e poi confermata dal r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, recante il *testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*, art. 29. Per una disamina si veda A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 64 ss.

<sup>10</sup> Non si può tuttavia dimenticare come il riconoscimento del potere di supremazia speciale fosse funzionale non solo e non tanto all'affermazione di un'aprioristica superiorità del datore di lavoro pubblico rispetto ai propri dipendenti, quanto piuttosto all'individuazione in quello cui gli stessi erano sottoposti di un peculiare ordinamento giuridico, che su tale potere si voleva fondato: si veda Santi ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, estratto da *Giur. it.*, vol. L, 1898, 17 ss.; si vedano anche M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., XXV: «pubblico impiego è quel rapporto giuridico, pel quale l'individuo di propria volontà è in uno stato di speciale soggezione rispetto ad un ente pubblico, esplicando professionalmente al servizio di esso la propria attività»; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Jovene, Napoli, 1954, 124, secondo cui l'ammini-

come allo stesso fosse da tempo offerta protezione, seppur originariamente nelle forme del “diritto a tutela impugnatoria”<sup>11</sup>.

La correlazione tra l’ampliamento degli strumenti a disposizione del giudice amministrativo determinata dai summenzionati interventi della Corte costituzionale, e il carattere di diritti soggettivi delle posizioni invocate non è smentita dalla successiva generalizzazione degli stessi strumenti a tutto il processo amministrativo, a prescindere dal tipo di giurisdizione (esclusiva, di merito o di legittimità). Prendendo le mosse dalla tutela dei diritti degli impiegati pubblici – che il giudice amministrativo conosceva in ragione di un criterio di riparto “per materia” – si è così favorita una trasformazione capace di incidere profondamente su tutto il contenzioso amministrativo<sup>12</sup>, quale che sia la natura delle posizioni invocate, sia con l’approfondimento dei poteri del giudice di accertare i fatti, disponendo la consulenza tecnica d’ufficio, sia per la maggiore effettività che si è voluta assicurare alla protezione offerta agli interessi individuali (tutela cautelare)<sup>13</sup>.

Il “nuovo” sindacato sui rapporti di lavoro dei dipendenti con-

strazione si pone rispetto ai suoi impiegati «su un piano di autorità»; P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Edizioni universitarie, Palermo, 1957, 10 e 116.

<sup>11</sup> L’espressione è da ultimo ricordata da A. PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, cit., 333, che richiama in merito R. RESTA, *La competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa nelle più recenti decisioni del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1934, I, 3 ss.

<sup>12</sup> Per queste e per altre ragioni che non si possono qui evocare, l’evoluzione è spesso descritta richiamando la trasformazione «dal giudizio sull’atto al giudizio sul rapporto», in tema: A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, 2: *L’accertamento del rapporto e l’esecuzione della sentenza*, Giuffrè, Milano, 1962, *passim*; da ultimo: G. GRECO, *Giudizio sull’atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, 203 ss.; F.G. COCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1097 ss., ove si evidenzia l’incompletezza dell’evoluzione; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 49 ss.; F. GUIZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013, 81 ss. Per una critica secondo cui il giudizio sul rapporto è una «formula descrittiva priva di valore, si sarebbe detto una volta, scientifico»: R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., 386.

<sup>13</sup> Corte cost., 23 aprile 1987, n. 146, che dichiara irragionevole la disciplina del processo amministrativo poiché – a differenza di quella sul processo del lavoro – non prevede(va) il potere del giudice di disporre la consulenza tecnica d’ufficio, né alle parti di ricorrere a periti per la protezione dei propri diritti nei confronti del datore di lavoro. Si vedano anche Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, in materia di tutela cautelare nelle controversie di pubblico impiego; Corte cost., 31 marzo 1987, n. 89, per la pignorabilità del quinto dello stipendio dei dipendenti pubblici.

trattualizzati definito dalle riforme degli anni '90 del secolo scorso ha comunque mantenuto alcuni tratti di specialità, talora riproponendo innanzi al giudice ordinario taluni caratteri tipici del sindacato tradizionalmente svolto dal giudice amministrativo<sup>14</sup>. Ciò nonostante la concentrazione della giurisdizione sui rapporti d'impiego innanzi a un unico giudice abbia probabilmente costituito la più significativa leva del tentativo di riunificazione del mercato del lavoro subordinato<sup>15</sup>.

Di interesse è anzitutto il “ritaglio” dagli atti di gestione del rapporto delle procedure di progressione in carriera, nell'ambito delle quali si sono distinte le progressioni orizzontali – ritenute atti di gestione in senso proprio e quindi attribuite al giudice ordinario – da quelle verticali, viceversa assimilate a concorsi pubblici, e dunque devolute al giudice amministrativo<sup>16</sup>, secondo un elemento che offre uno spunto di radicale differenza rispetto ad analoghe promozioni del settore privato.

Al contempo, lo stesso giudice ordinario ha almeno in parte “adattato” il proprio sindacato alle esigenze dell'interesse pubblico, specie ove lo stesso investa atti e procedimenti selettivi che hanno carattere comparativo, come nel caso di quelli volti all'attribuzione degli incarichi dirigenziali (benché la comparazione sia ivi limitata agli interni)<sup>17</sup>, o delle posizioni organizzative<sup>18</sup>. Trattasi d'altra parte di scelte che – pur se adottate con le “capacità e poteri del privato da-

<sup>14</sup> Si veda l'analisi offerta da A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 157 ss.

<sup>15</sup> Su cui si veda, ad es., M.G. GAROFALO, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *Lav. p.a.*, 1999, 499 ss.

<sup>16</sup> Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2009, n. 21560; Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3948; Cass. civ., sez. un., 10 dicembre 2003, n. 18886. La devoluzione del contenzioso sulle progressioni verticali al giudice amministrativo si giustifica in ragione della giurisprudenza costituzionale sui concorsi interni, che ne ha imposto l'apertura al pubblico ritenendoli assimilabili ai concorsi per la prima costituzione del rapporto di lavoro (vedi *supra*, capitolo IV, par. 5). Il percorso interpretativo in materia è ritracciato da: G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012, 25-34.

<sup>17</sup> I procedimenti di conferimento degli incarichi dirigenziali, benché prevalentemente rivolti al solo personale di ruolo, si aprono con la pubblicazione di un avviso ove è specificato l'oggetto dell'incarico, gli obiettivi ad esso correlati e le qualità richieste agli interessati (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19). Nel silenzio della legge è il giudice ad aver affermato l'obbligo di motivare la decisione di affidamento, derivandone il riconoscimento del necessario carattere comparativo della selezione (tra le altre: Cass. civ., sez. lav., 24 settembre 2015, n. 18972; Cass. civ., sez. lav., 24 marzo 2009, n. 7053; contraria Cass. civ., sez. lav., 26 settembre 2011, n. 19630).

<sup>18</sup> Corte cost., 24 luglio 2020, n. 164, su cui si veda S. DE GOTZEN, *Accesso alla dirigenza e a posizioni organizzative*, in *Rivista AIC*, 2020, 456 ss.

tore di lavoro” (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 5, comma 2)<sup>19</sup> – hanno un’innegabile rilevanza nei confronti dei terzi, anche confermata dai precisi vincoli di trasparenza che l’ordinamento prevede in materia di incarichi, curricula e retribuzioni dei dirigenti<sup>20</sup>, sicché è arduo affermarne il carattere meramente interno e circoscritto al rapporto con l’amministrazione nella sua qualità di datore di lavoro<sup>21</sup>.

Così, benché si tratti di un contenzioso volto alla tutela di diritti soggettivi degli interessati, e dunque attento essenzialmente alla violazione dei principi di correttezza e buona fede in sede di adempimento del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.), non è raro veder esplicitamente affermato come lo stesso debba tener conto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento che danno fondamento alle norme di organizzazione nel settore pubblico. Per l’effetto si dà evidenza all’interesse pubblico correlato alla gestione di rapporti in cui gli “agenti” debbono in qualche modo rendere conto a due “principali”, e cioè all’amministrazione nella sua qualità di datore di lavoro e alla collettività al cui servizio sono posti (art. 98 Cost.)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Ciò secondo quella che è la ricostruzione che ha ormai prevalso: Cass. sez. lav., 30 ottobre 2014, n. 23062; Cass. sez. lav., 18 dicembre 2012, n. 23351; Cass. sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27888. In tema: G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, cit., 398 ss.; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 57 ss.; P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2007, 220 ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 38 ss.

<sup>20</sup> D.lgs. n. 33 del 2013, cit., art. 14, commi 1 bis e 1 quinquies. L’obbligo di trasparenza comprendeva inizialmente anche le informazioni reddituali e patrimoniali relative ai singoli incaricati, con norma poi circoscritta ai soli membri degli organi di indirizzo a seguito di pronuncia della Corte costituzionale: Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, con nt. di O. POLLICINO e F. RESTA, *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*, in *Dir. inf. e informatica*, 2019, 110 ss.

<sup>21</sup> La rilevanza nei confronti del terzo non conduce a riconoscerne la legittimazione a mettere in discussione gli esiti del procedimento di conferimento innanzi al giudice in ragione di ostacoli processuali, che d’altra parte si presentano anche nel contenzioso instaurato innanzi al giudice amministrativo, ove del pari si richiede una sufficiente “differenziazione” dell’interesse invocato, pena la trasformazione dell’azione giurisdizionale amministrativa in azione popolare, con cui si arriverebbe ad «alterare essenzialmente lo stesso concetto di interesse legittimo» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 109). Sull’azione popolare come limite negativo dell’interesse legittimo si veda altresì E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, II ed., Giuffrè, Milano, 1964, 69.

<sup>22</sup> M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, cit., 65-66. Da ultimo si veda G. RAIMONDI, *La giurisprudenza della Corte*

Nel contenzioso sugli incarichi dirigenziali la posizione legittimante al ricorso è per lo più intesa come una mera aspettativa, posto che, come si usa dire nell'ordinamento francese, il dirigente è titolare del proprio "grado", ma questo si distingue dall'"impiego", che resta a disposizione dell'amministrazione e delle sue necessità funzionali e organizzative<sup>23</sup>. Tale aspettativa, tuttavia, ha una peculiare natura, spesso sintetizzata attribuendo al dirigente la titolarità di un "interesse legittimo di diritto privato"<sup>24</sup>, secondo un'interpretazione che riproduce l'approdo giurisprudenziale affermatosi un tempo per i concorsi privati (specie ove indetti da enti pubblici economici)<sup>25</sup>. L'effetto che ne deriva conduce a una parziale rivisitazione dell'autonomia imprenditoriale pur riconosciuta al datore di lavoro pubblico, che appare dunque un po' meno libera nei fini<sup>26</sup>, in quanto soggetta

*suprema di Cassazione in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: profili evolutivi*, in *Riv. Corte conti*, Quad. n. 2/2021, Atti del convegno *Pubblica amministrazione e impiego pubblico. Prospettive di riforma nel quadro delle iniziative di ripresa del paese*, 113-114.

<sup>23</sup> Da ultimo si vedano Ch. FORTIER, *Le cas de la France: du statut général des fonctionnaires à un code général des relations professionnelles?*, in J-P. DUNAND, P. MAHON, S. PERRENOUD (éds.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2016, 394; A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Paris, 2019, 133.

<sup>24</sup> Cfr. in tal senso Cass. civ., sez. lav., 1° luglio 2019, n. 17636; Cass. civ., sez. lav., 21 febbraio 2019, n. 5191; Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32625; Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2012, n. 13710; Cass. civ., sez. lav., 17 aprile 2012, n. 5999; Cass. civ., sez. lav., 15 febbraio 2010, n. 3451; Cass. civ., sez. lav., 19 dicembre 2008, n. 29817. Sull'interesse legittimo di diritto privato: L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967, 89 ss.; ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, vol. IX, Utet, Torino, 1993, 527 ss. Da ultimo il dibattito sull'interesse legittimo di diritto privato è ricostruito da C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 85 ss.; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 28 ss.

<sup>25</sup> A partire dalla nota Cass. civ., sez. un., 22 novembre 1979, n. 5688, in *Foro it.*, 1979, vol. 102, pt. I, col. 2547, relativa a promozioni di dipendenti di una Cassa di risparmio.

<sup>26</sup> In generale sui limiti opponibili all'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2 e 3, Cost.): M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Utet, Torino, 1990, 373 ss.; F. GALGANO, *I rapporti economici. Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 41 ss.; G. AMATO, *Economia, politica, istituzioni in Italia*, il Mulino, Bologna, 1976, 147 ss.;

al necessario perseguimento dei summenzionati principi costituzionali<sup>27</sup>. L'utilizzazione della nozione di interesse legittimo vuol forse qui dare enfasi non tanto alla situazione di "parità imperfetta" in cui versano le parti e che, in quanto tale, richiede appositi strumenti di controllo (pur non imponendo di per sé – come è stato detto – l'abbandono degli schemi di diritto comune<sup>28</sup>), ma piuttosto evidenzia la funzionalizzazione a un interesse superiore, che la giurisprudenza identifica nei già richiamati principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'organizzazione amministrativa.

L'attribuzione alla posizione soggettiva invocata dal dirigente del carattere di interesse legittimo di diritto privato non conduce dunque affatto a una tutela diminuita<sup>29</sup>, ma anzi – come verificatosi sin dagli

C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 37 ss.; E. CHIELI, *Libertà e limiti alla iniziativa privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 303 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959, 250 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., 135 ss.; da ultimo: A. VACCARI, *Utilità sociale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VIII, Utet, Torino, 2021, 475 ss.; ID., *Sviluppo umano e relazioni economiche, L'utilità sociale tra etica e diritto*, Led, Milano, 2021, 59 ss.; P. DAMIANI, *I principi costituzionali in materia economica*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino, 2011, 668 ss.; R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Vol. I, Utet, Torino, 2006, 852 ss. Con riferimento specifico ai limiti opponibili al potere datoriale in ragione dell'utilità sociale dell'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2, Cost.) o della funzione sociale della proprietà (art. 42, comma 2, Cost.): G. NOVARA, *Le esigenze dell'impresa come limiti ai poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1991, 218 ss. Sul limite dell'interesse nazionale invocato dalla c.d. teoria istituzionale dell'impresa: G. ARDAU, *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, 547; G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, III ed., Giuffrè, Milano, 1969, 128-129.

<sup>27</sup> Sono state (anche) ragioni ideologiche a ostacolare il pieno sviluppo della figura dell'interesse legittimo di diritto privato nel contenzioso sui rapporti di lavoro nell'impresa, poiché l'ampliamento della tutela giurisdizionale che ne sarebbe derivato avrebbe di riflesso comportato una limitazione dell'autonomia datoriale: F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 481

<sup>28</sup> In tal senso C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 93.

<sup>29</sup> Già negli anni '30 Santi Romano esprimeva un'opinione contraria al tentativo di estendere la giurisdizione del giudice del lavoro su talune categorie di dipendenti pubblici poiché ne sarebbe derivato un affievolimento della tutela, «non potendosi ricorrere all'autorità giudiziaria, come si può ricorrere al Consiglio di Stato, per le questioni di mero interesse, né pel vizio di eccesso di potere, né per ottenere l'annullamento degli atti illegittimi» (*Lettera del Presidente del Consiglio di Stato Santi Romano a Mussolini*, Roma, 19 dicembre 1933-XII, citata in G. MELIS, *La giurisdizione sui rapporti di impiego negli enti pubblici. Nuovi documenti e quattro lettere inedite di Santi Romano (1933-1934)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 521); *idem* A. ROMANO, *Un*

anni cinquanta nel raffronto tra lavoro pubblico e lavoro privato – porta all'affermazione di maggiori garanzie rispetto a quelle tradizionalmente contrapposte al potere datoriale dell'imprenditore<sup>30</sup>.

In concreto, l'«ibridazione» si è tradotta nell'apposizione di più incisivi limiti procedurali all'autonomia privata di cui gli atti di conferimento si vuole siano espressione, arrivandosi, anzitutto, ad affermarne l'obbligo di motivazione (e dunque quello di comparazione delle candidature<sup>31</sup>). Ciò pure senza che si sia giunti a una totale trasfigurazione del sindacato del giudice ordinario, ove continua a difettare l'elemento più caratterizzante della giurisdizione amministrativa, e cioè la portata costitutiva, con effetti verso i terzi, della pronuncia di annullamento, portata costitutiva che discende direttamente dalla rilevanza dell'atto amministrativo nei confronti degli stessi terzi e dalla correlata sua funzionalizzazione. A derivarne è la capacità del giudice amministrativo di offrire una tutela di tipo «prioritariamente correttivo», capace di assicurare la «corrispondenza dell'azione amministrativa al diritto e, con essa, la fedeltà allo scopo»<sup>32</sup>.

(eterodosso) *auspicio di una almeno parziale controriforma*, cit., 265 ss.; S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 311; M. MAZZAMUTO, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1999, 5 ss.: l'affievolimento della protezione dei diritti dei pubblici dipendenti sarebbe il fine primo della contrattualizzazione poiché questa, mirando all'efficienza amministrativa vuol «fare dell'amministrazione un soggetto capace di curare i suoi interessi di datore di lavoro e dunque correlativamente di ridimensionare un eccesso di tutela dell'impiego pubblico»; ID., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 165 ss. *Contra* si veda da ultimo A. RICCOBONO, *Clausole generali e controllo dei poteri datoriali nella giurisprudenza sui «concorsi privati»: interessi e tecniche di tutela*, in *temilavoro.it*, 2014, 6, 2, ove, a proposito dell'utilizzazione della nozione di interesse legittimo di diritto privato nel contenzioso sugli incarichi dirigenziali, si afferma che «l'affievolimento della posizione soggettiva dell'aspirante è ricondotta all'esigenza di attribuire rilievo preminente alla natura fiduciaria della scelta, a garanzia delle esigenze funzionali dell'amministrazione», per «non ingenerare dubbi sulla impossibilità di conseguire direttamente tale *utilitas* in giudizio in caso di illegittima esclusione o pretermissione per violazione delle regole di buona fede o procedurali». Nello stesso senso: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 51-52, ove si evidenzia come dalla qualificazione in questi termini sia in passato derivata una tutela di minor intensità, che circoscriveva la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni.

<sup>30</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 61 ss.; ID., *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, cit., 335.

<sup>31</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 1 *bis*.

<sup>32</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, 12; R. CAVALLO

È vero che anche il giudice ordinario dispone di strumenti che gli consentono di addivenire a una pronuncia costitutiva, secondo caratteri (solo) *prima facie* non dissimili da quelli affermatasi innanzi alla giurisdizione amministrativa<sup>33</sup>.

Così, secondo un orientamento rintracciabile anzitutto a proposito dei concorsi privati degli enti pubblici economici, qualora le assunzioni o – come più spesso accade – le promozioni siano disciplinate da regolamenti interni, bandi di concorso o contratti collettivi di cui siano state violate le prescrizioni, il giudice può pronunciare una sentenza che, *ex art. 2932 c.c.*, «produca gli effetti del contratto non concluso», consentendosi sinanche, nel caso di valutazioni interamente vincolate, l'assegnazione in forma specifica della promozione richiesta, in uno con i benefici economici ad essa connessi<sup>34</sup>.

PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 986-989; ID., *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 1115.

<sup>33</sup> Per un'analisi in tal senso: C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 142-144, ove si conclude rilevando la fungibilità della tutela civilistica rispetto a quella offerta dal giudice amministrativo (v'è da dire, però, ragionando sul lavoro nell'impresa e non nella pubblica amministrazione); G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 55; ID., *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003 481 ss., per la somiglianza nel tipo di scrutinio effettuato; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 103-105.

<sup>34</sup> Cass. civ., sez. lav., 14 settembre 2005, n. 18198, per l'affermazione del principio secondo cui «se (...) la decisione sulla graduatoria dipende esclusivamente dalla soluzione di una questione di diritto circa la valutabilità o meno di un incarico, il cui punteggio è fisso, il giudice del merito che abbia ritenuto l'incarico valutabile, alla stregua del bando, deve procedere direttamente all'attribuzione del punteggio fisso relativo all'incarico non valutato dalla commissione, trattandosi di attività non più discrezionale ma strettamente vincolata. Se da tale operazione consegue l'attribuzione della promozione, il giudice provvederà, oltre che all'assegnazione del posto in concorso con la decorrenza prevista anche ai benefici economici a questa connessa con gli accessori *ex artt. 1223 e 1224 c.c.*». A sostegno dell'utilizzabilità di poteri costitutivi da parte del giudice ordinario: A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 259 ss.; B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, cit., 413 ss. La sentenza, pur costitutiva, del giudice ordinario ha tuttavia effetti esclusivamente tra le parti, loro eredi e aventi causa (art. 2909 c.c.), come ricorda R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 990-991.

Nel caso in cui il potere di scelta datoriale sia espressione di una valutazione discrezionale, e risulti affetto da una inadeguatezza o irragionevolezza manifeste, tali da far ritenere integrate la violazione dei principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), la tutela in forma specifica potrà invece tradursi nella condanna alla ripetizione della procedura<sup>35</sup>.

V'è da dire, tuttavia, che questi approdi assumono un carattere staticamente minoritario, diversamente da quanto accade nel caso del contenzioso instaurato innanzi al giudice amministrativo, che tuttora vede nell'annullamento il principale strumento di tutela degli interessi invocati.

Anche in ragione di una tradizione di maggior protezione dell'autonomia datoriale, che ad esempio esclude la condanna alla ripetizione di una procedura ormai giunta a conclusione ove il candidato ne lamenti l'illegittima esclusione<sup>36</sup>, il giudice ordinario propende piuttosto per una tutela di tipo esclusivamente risarcitorio<sup>37</sup>, non importa ora se *sub specie* di risarcimento del danno da perdita di *chances* o di quello da mancata promozione. Sicché, assumendosi per dato che l'utilizzazione della nozione di interesse legittimo di diritto privato voglia qui dar evidenza alla sussistenza di interessi "superiori", e rilevanti per i terzi, quali sono quelli al buon andamento e imparzialità dell'organizzazione amministrativa, ciò che in definitiva senz'altro manca è, come si è già detto, quel tratto del contenzioso amministrativo che è effettivamente capace di dare concretezza a tale rilevanza del terzo, e cioè il carattere costitutivo della pronuncia di annullamento.

<sup>35</sup> Cass. civ., sez. lav., 10 agosto 1987, n. 6864. Per un'analisi delle varie opzioni possibili: A. RICCOBONO, *Clausole generali e controllo dei poteri datoriali nella giurisprudenza sui «concorsi privati»: interessi e tecniche di tutela*, cit., 16 ss., ove si evidenzia altresì come sia da ritenersi «desueto e ormai sostanzialmente superato» l'indirizzo secondo cui la violazione dei principi di buona fede e di correttezza può consentire di addivenire a una pronuncia di nullità o annullamento degli atti della procedura di selezione.

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. lav., 21 giugno 2000, n. 8468. Si veda M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 72: «la primaria importanza attribuita alla tutela risarcitoria si comprende nella logica propria del sistema civilistico, che è un sistema informato al rispetto dell'autonomia privata, mentre non ha ragion d'essere nell'ordinamento pubblicistico, che gode già di una generale e ben più potente tutela, cioè quella costitutiva».

<sup>37</sup> Ciò benché la legge attribuisca al giudice del lavoro «tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati»: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 2. Ove venga in rilievo un atto amministrativo presupposto, è ribadito il potere di disapplicazione del giudice, che tuttavia non pare pertinente nell'ipotesi considerata, atteso l'affermato carattere di diritto privato del potere esercitato. Per l'esclusione del potere di annullamento: Cass. civ., sez. lav., 26 marzo 2014, n. 7107.

## 2. *La tutela del diritto d'accesso al pubblico impiego innanzi al giudice amministrativo: il sindacato sull'eccesso di potere*

Sui concorsi il giudice amministrativo esercita un controllo che è quello tradizionale della giurisdizione di legittimità, ove la tutela offerta ai candidati non ha conosciuto le evoluzioni affermatesi in altri settori dell'ordinamento, sia dal punto di vista del tipo di sindacato effettuato in sede di annullamento (esterno o interno, intrinseco o estrinseco), sia da quello dell'affermazione della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione.

Al contrario sono in tale ambito prevalentemente riproposti i caratteri se non di un controllo di tipo obiettivo, in cui l'interesse individuale svolge il ruolo di mero fattore di legittimazione al processo<sup>38</sup>, quantomeno di un sindacato che offre tutela all'interesse del singolo "occasionalmente"<sup>39</sup>, cioè nella misura in cui l'aspirazione di questi a conseguire il "bene della vita" conteso (il reclutamento<sup>40</sup>) coincida con le «esigenze generali della vita in società»<sup>41</sup>. Esigenze che in questa sede si identificano con l'interesse dell'amministrazione al reclutamento del miglior candidato disponibile, in condizioni idonee ad assicurare l'imparzialità della scelta e con esse quella (immagine di) moralità che della stessa si vuole offerta agli occhi dei terzi.

I caratteri del contenzioso sembrano dunque non aver superato l'affermazione di un tempo, secondo cui «nel privato manca un di-

<sup>38</sup> A. ROMANO, *Interesse legittimo, e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1983, 162.

<sup>39</sup> Cfr. in tema da ultimo F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 92, ove si evidenzia come la figura dell'interesse occasionalmente protetto, seppur non idonea a offrire definizione a una situazione giuridica soggettiva, «può viceversa rappresentare adeguatamente il modo in cui l'azione dell'amministrazione o l'intervento del giudice possano tornare utili al privato».

<sup>40</sup> Ciò sempre che abbia un senso utilizzare una tal nozione e non si debba invece intendere per "bene della vita" esclusivamente la situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento e conseguibile attraverso il processo: R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., 376.

<sup>41</sup> O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Pierro, Napoli, 1912, 427. Da ultimo per la definizione in tal senso dell'interesse legittimo: V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2017, 277; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, pt. gen., cit., 213 ss.; ID., *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, vol. II, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, 405 ss.

ritto soggettivo perfetto al rispetto delle norme che disciplinano le forme per l'assunzione ai pubblici uffici», poiché, «essendo l'interesse tutelato direttamente dalla legge un interesse pubblico, il singolo non ha che una protezione riflessa ed occasionale, e quindi non può possedere che un interesse legittimo»<sup>42</sup>.

Una tutela diretta può dirsi offerta all'autonomo interesse del candidato alla legittimità dell'azione amministrativa, non importa ora se *sub specie* di interesse legittimo o di diritto soggettivo<sup>43</sup>. Si ammette così che, anche nel caso di accoglimento del ricorso proposto al giudice amministrativo, l'interesse "finale" o "materiale" che l'ha mosso rimanga insoddisfatto, come spesso accade in tali controversie, poiché non è affatto detto che la ripetizione del procedimento conseguente ad una pronuncia di annullamento conduca alla soddisfazione dell'interesse al reclutamento<sup>44</sup>.

Tale configurazione vale dunque a distinguere nettamente il contenzioso in tema di concorsi da quello affermatosi su altre materie, ove, per ragioni non sempre coincidenti, si è assistito a peculiari evoluzioni che hanno spesso favorito tentativi di ricostruzione generalizzante rivolti all'intero sistema della giustizia amministrativa<sup>45</sup>, che pure mal si attagliano al settore qui di interesse.

<sup>42</sup> A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. II, *Gli agenti*, Cedam, Padova, 1936, 160.

<sup>43</sup> L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, cit., 105 ss., 175 ss.; ID., *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 5576 ss.

<sup>44</sup> Secondo l'osservazione di E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., 62 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2002, 275-276. Da ultimo in tal senso F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 414, ove tuttavia si evidenzia altresì come il rapporto con il bene della vita cui si aspira sia in ogni caso ineludibile, sicché non è data tutela ove il provvedimento pur illegittimo abbia consentito di ottenere il bene della vita. Di recente, tuttavia, si veda G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, cit., 249, secondo cui la tutela accordata con riguardo agli aspetti e ai vizi procedurali e formali «non riguarda direttamente la questione della sussistenza e della lesione dell'interesse legittimo che rimane impregiudicata, sibbene il pericolo di detta lesione».

<sup>45</sup> Così ad es. R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., 377: la tesi che attribuisce al giudizio amministrativo la funzione di tutela della pretesa a un bene della vita (identificato con l'utilità materiale che muove l'interessato) è stata elaborata «avendo soprattutto in mente il contenzioso sugli appalti, in cui le parti si contendono il "bene della vita" rappresentato dall'affidamento della commessa».

Così, il contenzioso sui concorsi si distingue da quello che si è viceversa ormai affermato in materia di gare d'appalto, benché i due procedimenti siano per più profili assimilabili<sup>46</sup>, trattandosi in entrambi i casi di selezioni comparative disciplinate dal diritto pubblico, che conducono all'individuazione di un individuo o di un'organizzazione con cui l'amministrazione stipula un contratto soggetto prevalentemente, o quasi esclusivamente, a norme di diritto privato. Il contenzioso sui concorsi si distingue altresì da quello sugli atti delle autorità amministrative indipendenti, cui pure è accomunato dall'esercizio di discrezionalità tecnica che prevalentemente caratterizza gli atti oggetto di impugnazione<sup>47</sup>.

Ciò sia perché il ricorrente riceve tutela anzitutto secondo gli strumenti tradizionali della giurisdizione di legittimità, e dunque essenzialmente con l'annullamento degli atti del procedimento viziati<sup>48</sup>, sia in quanto il giudice si arresta a un controllo esterno (o "estrinseco"), inidoneo a sovrapporre il proprio convincimento a quello espresso dalla pubblica amministrazione. Coerentemente con il principio di separazione dei poteri e con l'autonomia riconosciuta agli enti pubblici<sup>49</sup>, solo di rado si perviene in sede di sindacato a una ripetizione delle valutazioni espresse dagli organi amministrativi; ancor più raro è vedere il giudice sostituire il proprio convincimento a quello di cui all'atto impugnato, attribuendo direttamente al ricorrente il bene della vita conteso<sup>50</sup>.

L'osservazione in tal senso non muta ove si abbia riguardo agli atti del procedimento di reclutamento ascrivibili all'esercizio di discrezionalità c.d. pura, e cioè espressione di una scelta "politica" o di opportunità,

<sup>46</sup> Come evidenza ad es. S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., 117 ss.

<sup>47</sup> Da ultimo osserva come la categoria della discrezionalità tecnica «non sia oggi più in grado né di evocare un regime giuridico sostanziale ben definito, né di condurre a conseguenze pratiche realmente significative», dato il diverso atteggiarsi del sindacato giurisdizionale nei vari settori dell'attività amministrativa: A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. Moliterni, Jovene, Napoli, 2021, 35 ss.

<sup>48</sup> Secondo l'originaria ricostruzione di L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 16 ss.

<sup>49</sup> Talora ritenuta "deferente": cfr. da ultimo E. MALARET Y GARCIA, *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial: introducción general*, in *Id. (dir.), Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit., 19 ss.

<sup>50</sup> Per un esempio in materia di abilitazioni scientifiche nazionali, cfr. *infra*, nt. 66.

com'è il caso, ad esempio della decisione di indire una procedura concorsuale in luogo del ricorso ad altri strumenti pur ammessi dall'ordinamento (es. lo scorrimento di una graduatoria preesistente<sup>51</sup>), o viceversa si prendano in considerazione le valutazioni delle commissioni di concorso, in cui ricorrono tutti gli elementi tipici del "potere discrezionale tecnico", secondo quelle che ne sono le più ricorrenti definizioni<sup>52</sup>.

Queste ultime, infatti, sono decisioni «contenenti giudizi complessi ed adottate sulla base dei canoni specialistici del settore di riferimento»<sup>53</sup>, perciò caratterizzate da un «margine di apprezzamento» o di opinabilità che dà fondamento alla relativa irripetibilità<sup>54</sup>. Tale irripetibilità si lega d'altra parte alla peculiarità del momento valutativo<sup>55</sup>, e alla stessa *ratio* istitutiva della commissione quale organo di selezione che, come è stato detto, «rispecchia il tempo e il luogo, (...) ed è essa stessa teatro di un continuo dibattito», compiendo una scelta che, «per quanto vincolata da criteri universali, è essenzialmente particolaristica», poiché l'idoneità del candidato è valutata in ragione del posto specifico, inserito in una peculiare organizzazione, che

<sup>51</sup> La decisione di scorrimento è espressione di una scelta discrezionale dell'amministrazione, cui si contrappone un interesse legittimo degli idonei in graduatoria: Cons. St., sez. II, 21 ottobre 2019, n. 7104; Cons. St., sez. III, 20 marzo 2019, n. 1841. Sono essenzialmente ragioni di contenimento della spesa pubblica ad aver di recente imposto una precisa sequenza nell'individuazione delle modalità di copertura delle vacanze in organico aprendo al concorso solo in difetto di graduatorie disponibili, o comunque con obbligo di motivazione "aggravata", secondo quanto affermato da Cons. St., ad. plen., n. 14 del 2011, che ribalta il principio tradizionale che vedeva nel concorso pubblico la regola e nello scorrimento delle graduatorie l'eccezione. Il reclutamento esterno dev'essere inoltre preceduto da un avviso di mobilità (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 30 comma 2 *bis*): in tema vedi *supra*, capitolo V, nt. 116. Di recente per la deroga all'obbligo di mobilità previa: d.l. n. 44 del 2023, cit., art. 1, comma 3.

<sup>52</sup> Per una ricostruzione dei rapporti tra i due tipi di discrezionalità (amministrativa e tecnica), fra molti si vedano: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, 33 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, 176-177, e poi 260-261, ove si evidenzia come, secondo talune concezioni, «"tecnico", riferito al giudizio dell'amministrazione, si contrappone sostanzialmente a "politico", intendendosi in tal senso come tecnico, tutto ciò che semplicemente non comporta valutazioni di opportunità, cioè valutazioni involgenti l'apprezzamento di interessi». Trattasi di definizioni con cui sono superate le ricostruzioni originarie ove tale espressione è impiegata al fine di individuare un'area di insindacabilità dell'attività amministrativa.

<sup>53</sup> P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, Agg. 2010, 146 ss.

<sup>54</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 152 ss.

<sup>55</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 144.

questi deve andare a occupare<sup>56</sup>. La considerazione prescinde, peraltro, dal tipo di sapere impiegato dalla commissione giudicatrice, non a caso necessariamente composta di “esperti”<sup>57</sup>: che la stessa, cioè, si trovi a valutare nei candidati la conoscenza di discipline non giuridiche (es. architettura, ingegneria, geologia, medicina, statistica e così via), che siano effettivamente o meno “imprecise”<sup>58</sup> o “discutibili”<sup>59</sup>, o che le prove d’esame involgano, come spesso accade per l’accesso all’amministrazione, la padronanza di saperi giuridici, primo fra tutti il diritto amministrativo, quale cultura di riferimento della pubblica amministrazione dell’Europa continentale.

Il giudice amministrativo è in alcuni casi giunto a ripetere le valutazioni della pubblica amministrazione con affermazione del c.d. controllo pieno o *full jurisdiction*, che pare realizzare l’unificazione di accertamenti tecnici e valutazioni, in ragione della pertinenza di entrambi all’area dei *fatti*, la cui conoscibilità – si ritiene – dovrebbe essere aperta al giudice senza limiti di sorta<sup>60</sup>. È senz’altro di interesse osservare come i primi tra questi precedenti siano relativi proprio all’impiego pubblico, secondo una constatazione capace di investire tanto la giurisprudenza nazionale quanto quella europea il più frequentemente chiamata a sostegno della necessità di un approfondimento o rivisitazione dei poteri di cognizione del giudice amministrativo<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., 148.

<sup>57</sup> Vedi *supra*, capitolo IV, nt. 58.

<sup>58</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Officine Grafiche Dott. A. Milani, Padova, 1911, 406. Per l’influenza esercitata sulla dottrina italiana dalle teorie tedesche sulla norma imprecisa: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 132 ss.

<sup>59</sup> F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Giuffrè, Milano, 2008, 472.

<sup>60</sup> Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 207 ss.; N. PAOLANTONIO, *Note minime in tema di sindacato giudiziario sulle valutazioni amministrative opinabili*, in *Diritto e processo amministrativo, Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. Fanti, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 394 ss. Sul rapporto tra sindacato sui fatti e discrezionalità tecnica: G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2003, 77 ss.

<sup>61</sup> ECHR, Fifth sect., 8 January 2015, *Korošec v. Slovenia*; ECHR, Second sect., 3 May 2016, *Letinčić v. Croatia*. In tema da ultimo si veda C. FELIZIANI *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 203 ss., ove è proposta una lettura fondata sul «coordinamento tra procedimento e processo» all’insegna del principio del “giusto procedimento”. Per l’applicazione dei principi dell’art. 6 Cedu al procedimento amministrativo: ECHR,

A ben vedere, tuttavia, a partire dal *leading case* indicato a simbolo del *revirement* del giudice amministrativo in materia<sup>62</sup>, si tratta sempre di ipotesi che si pongono indubitabilmente al di là di quel «confine tra organizzazione e rapporto di lavoro» che è stato assunto a fondamento della contrattualizzazione del pubblico impiego d’inizio anni ’90<sup>63</sup>. A essere invocati, cioè, sono sempre diritti al riconoscimento di indennità o altri trattamenti retributivi propri della dimensione contrattuale del rapporto lavorativo, ormai riconosciuti in quanto tali anche innanzi al datore di lavoro pubblico<sup>64</sup>.

Viceversa, nel contenzioso sui concorsi (al di qua di quel confine), il giudice, come tradizionalmente avviene nel sindacato di legittimità, si limita a un controllo non soltanto debole ma anche “estrinseco”: così, non solo non va oltre l’annullamento dell’atto viziato con la sostituzione della propria decisione a quella dell’amministrazione, e dunque non attribuisce direttamente all’interessato il “bene della vita”, qui coincidente con il reclutamento (secondo i caratteri del c.d. controllo forte)<sup>65</sup>. Ma pure entro tale limite, egli si arresta a censurare

Plenary, 23 October 1985, *Bentham v. The Netherlands*; ECHR, Chamber, 23 June 1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*; ECHR, Chamber, 16 July 1971, *Ringosein v. Austria*.

<sup>62</sup> Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 212, con nt. di P. LAZZARA, “Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive. Pur a seguito di tale precedente la giurisprudenza amministrativa sembra essersi mantenuta su posizioni “tradizionali”, favorevoli a un sindacato “estrinseco”, anche per quanto riguarda l’accertamento di infermità per causa di servizio: cfr. ad es. Cons. St., sez. IV, 1° settembre 2015, n. 4063; Cons. St., sez. III, 19 maggio 2009, n. 1042. Per la ricostruzione in tal senso: R. VILLATA, *L’atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, cit., 778; più di recente G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 705 ss.; G. D’ANGELO, *Giudice amministrativo e riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio*, in *Riv. it. med. legale*, 2012, 1403 ss.

<sup>63</sup> A. PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, cit., 333 ss.

<sup>64</sup> Per l’individuazione di una fase “panpubblicistica” nella lettura del rapporto, caratterizzata dal dissolvimento del confine tra organizzazione e lavoro, per cui anche quest’ultimo è attratto al regime unilaterale e subordinato alle esigenze di controllo della spesa pubblica, ove il principio costituzionale di buon andamento dà fondamento al diniego del diritto alla retribuzione corrispondente all’esercizio di mansioni superiori: A. PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, cit., 334-335.

<sup>65</sup> Un sindacato “sostitutivo” si è infatti affermato con molta cautela solo in casi di potere vincolato dell’amministrazione (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Codice del processo amministrativo*, art. 31, comma 3). In tema, da ultimo: F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 544 ss.

dall'esterno l'incoerenza logica della valutazione effettuata dall'amministrazione, per verificare cioè se la stessa sia comprensibile ai terzi o piuttosto risulti viziata da una manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, o da altrettanto evidenti o "macroscopici" errori o travisamenti dei fatti<sup>66</sup>.

Sintanto che si snoda la sequenza procedimentale, trova espressione e tutela l'autonomia dell'amministrazione: dalla fissazione dei criteri di valutazione e dei requisiti nel bando, alla verifica di questi ultimi con l'ammissione alla procedura (di competenza del responsabile del procedimento), all'individuazione di più specifici criteri da parte della commissione (che non a caso in Francia è detta "sovvrana"<sup>67</sup>), alla scelta dei contenuti delle prove, alla valutazione dei

<sup>66</sup> Isolato è il caso affrontato da Cons. St., Sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 1321, ove il giudice giunge a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione condannandola a rilasciare alla ricorrente il provvedimento di abilitazione scientifica nazionale. La pronuncia invoca a sostegno il principio dell'esaurimento della discrezionalità, nel caso di specie provocato da un'«insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri»; *idem* sullo stesso caso Cass. civ., sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592. In tema: F. FRANCIOSI, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, in *Giustizia Insieme*, 22 giugno 2023, in [www.giustizia.insieme.it](http://www.giustizia.insieme.it) (consultato a luglio 2023); L. SALTARI, *I giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 308, ove si ritiene trattarsi di una «tracimazione di un potere a detrimento dell'altro, ancor più discutibile in ragione della specifica garanzia costituzionale di cui gode l'università (art. 33, ult. comma, Cost.)»; L. DELLO IACOVO, *Il ruolo dei ricercatori universitari tra compiti didattici e di ricerca*, in *Osservatorio AIC*, 2022/6, 461 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 361-366; F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499; M. TIMO, *Processo amministrativo – Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2019, n. 6, 1405. *Contra*, riconosce alla pronuncia citata "valore sistematico": F. SAVO AMODIO, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia di valutazioni scolastiche, universitarie e concorsuali*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 205.

<sup>67</sup> Cfr. A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique française*, cit., 206 ss.; ID., *Le contrôle juridictionnel des décisions des organes indépendantes composés selon des critères de professionnalisation*, cit., 379, ove si sottolinea la «*déférence marquée*» nei confronti delle commissioni di concorso, che si traduce nell'«*absence de tout contrôle du juge sur l'appréciation de la valeur des candidats*», ma anche nell'affermazione per cui «*le jury n'est nullement tenu de communiquer les motifs de ces délibérations pas nonplus qu'il ne doit communiquer les critères de correction dont il a fait usage pour noter les épreuves*».

titoli dei candidati e delle prove stesse, infine all'espressione di tale valutazione, per la quale il giudice si accontenta di norma della mera "forma numerica", purché accompagnata dal dettaglio dei criteri in ragione dei quali si è proceduto all'attribuzione del voto<sup>68</sup>.

I criteri possono essere annullati soltanto qualora siano troppo generici e dunque inutili, o ancora quando siano evidentemente irragionevoli perché, ad esempio, obbligano l'amministrazione a ripetere la valutazione degli stessi titoli<sup>69</sup>, o a prendere in considerazione qualità o esperienze che non abbiano rapporto alcuno con gli impieghi a bando<sup>70</sup>, o al contrario arbitrariamente escludano candidati pur in possesso di titoli *ex se* capaci di dimostrare un'ideoneità ed equivalen-

<sup>68</sup> L'orientamento è di recente stato confermato da Cons. St., ad. plen., 20 settembre 2017, n. 7 (seppur relativa all'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense). Sono comunque ricorrenti i tentativi di ottenere una più puntuale affermazione dell'obbligo di una motivazione diffusa e analitica, a partire da una sufficiente individuazione dei criteri di valutazione. Si vedano Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018, n. 1860 (confermata da Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 2020, n. 3562); Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835; Cons. St., sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5406; Cons. St., sez. V, 7 settembre 2009, n. 5227; Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1898. Per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla disciplina in materia di esami di abilitazione, ove si consente la valutazione degli elaborati con motivazione in forma numerica: Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175. In tema da ultimo: M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, RomaTrE-Press, Roma, 2020, 67 ss.; L. IEVA, *Sulla obbligatorietà della motivazione delle valutazioni tecniche espresse dalle commissioni giudicatrici sulle prove di esame nei concorsi pubblici*, in *Foro amm.-CdS*, 4028 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il Consiglio di Stato muta indirizzo circa la motivazione delle valutazioni concorsuali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 814 ss.; A. SANDULLI, *La motivazione del provvedimento nei pubblici concorsi ed il sindacato di costituzionalità del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, 3662 ss. Si consenta infine il rinvio a B. GAGLIARDI, *L'obbligo di motivazione nelle procedure concorsuali e di abilitazione professionale*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2008, 1736 ss.

<sup>69</sup> Es. Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2141; Cons. St., sez. VII, 22 dicembre 2022, n. 11190: sono (evidentemente) irragionevoli i criteri di valutazione fissati da una commissione giudicatrice per l'attribuzione di un posto di professore ordinario che attribuiscono un punteggio preminente alle pubblicazioni in ragione della mera collocazione, con preminenza dei contributi in volume rispetto agli articoli in rivista scientifica (a prescindere dai contenuti). Per un'analisi dei precedenti si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *Il sindacato del giudice amministrativo sui concorsi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 66 ss.; ID., *L'autonomia delle Commissioni di concorso e la tutela avverso l'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2010, 2544-2551.

<sup>70</sup> Cons. St., sez. VI, 24 giugno 2022, n. 5194; Cons. St., sez. III, 2 agosto 2021, n. 5685; Cons. St., sez. III, 2 febbraio 2021, n. 947; Cons. St., sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6391.

te qualificazione professionale<sup>71</sup>. Del pari il giudice può annullare la valutazione della commissione soltanto se viola senza alcuna motivazione i criteri, se disconosce totalmente i titoli dei candidati<sup>72</sup>, o ancora se si traduce in una macroscopica disparità di trattamento<sup>73</sup>, o in un «errore madornale» nell'interpretazione della traccia delle prove<sup>74</sup>.

Il sindacato dà cioè rilevanza alla correttezza logica della decisione, secondo un giudizio talora detto di ragionevolezza-razionalità, che si snoda attraverso il sindacato sulle figure sintomatiche dell'eccesso di potere (difetto di istruttoria, della motivazione, contraddittorietà intrinseca e così via). Più difficilmente, il controllo investe la ragionevolezza, intesa più precisamente come “non-irragionevolezza”, valutata secondo il termine di riferimento della abnormità (oggettiva in quanto riconoscibile da chiunque)<sup>75</sup>. Rare le occasioni in cui nel giudizio sia discussa l'“attendibilità” della decisione, che è comunque valutata alla stregua dei «parametri tecnico-scientifici di *univoca* e *consolidata* lettura nei settori scientifici di riferimento», oppure, nei campi in cui vi siano, della «giurisprudenza consolidata» o della «dottrina dominante in materia»<sup>76</sup>.

Così, il giudice non fa normalmente uso in tale contenzioso della consulenza tecnica d'ufficio (né ammette come prova i “pareri *pro veritate*” spesso prodotti dai ricorrenti a sostegno della propria domanda<sup>77</sup>), confermando – come anticipato – l'attitudine “deferente”

<sup>71</sup> Cons. St., sez. VII, 4 luglio 2022, n. 5551, con nt. di L. DELLO IACOVO, *Il ruolo dei ricercatori universitari tra compiti didattici e di ricerca*, cit., 454 ss.

<sup>72</sup> Il travisamento può derivare da una valutazione che non tiene conto delle specificità dell'esperienza presa in considerazione, ad es. attribuendo uno stesso punteggio a incarichi di diversa durata e complessità, oppure dalla pretermissione di un titolo di rilievo: Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2008, n. 1038; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2004, n. 3038.

<sup>73</sup> Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 699.

<sup>74</sup> Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2008, n. 1242; da ultimo Cons. St., sez. VII, 23 giugno 2023, n. 6216, di interesse perché si ritiene ingiustificata la valutazione della commissione giudicatrice ricostruendola in via induttiva, cioè attraverso il confronto dell'elaborato della ricorrente con altri ritenuti idonei, e da tale confronto si evince che è stata penalizzata per non aver approfondito istituti non menzionati dalla traccia.

<sup>75</sup> Secondo la distinzione proposta da F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 317-322.

<sup>76</sup> Cons. St., 2 settembre 2019, n. 6020, di interesse perché il giudice procede alla confutazione puntuale della valutazione della commissione di concorso rilevando l'insufficiente considerazione di errori o incertezze formali presenti nell'elaborato del candidato vincitore, tali da renderlo «non idoneo al tipo ed allo scopo».

<sup>77</sup> Da ultimo: Cons. St., sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2110; Cons. St., sez. IV, 17 feb-

altresì qualora di una tale consulenza non ci sia comunque bisogno, perché le conoscenze impiegate dalla commissione per le valutazioni appartengono alla *species* delle scienze giuridiche, e dunque allo stesso settore di “*expertise*” del collegio giudicante.

La deferenza è ancora più pronunciata quando la valutazione della commissione è espressione del più elevato livello di conoscenza<sup>78</sup> e affidata a un “giudizio di pari”, come avviene per il reclutamento dei professori e ricercatori universitari<sup>79</sup>. È in tali casi confermato un modello comune alla tradizione dell’Europa continentale<sup>80</sup> che affonda le proprie radici nei “*privilegia*” del sistema corporativo medioevale<sup>81</sup> e che resiste nonostante alcuni recenti tentativi di limitare la discrezionalità delle commissioni introducendo elementi di automaticità e criteri e parametri a carattere quantitativo (soglie, mediane, indici, etc.)<sup>82</sup>.

braio 2009, n. 859; Cons. St., sez. IV, 17 aprile 2009, n. 1853. Per una critica allo scarso uso della consulenza tecnica d’ufficio: S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 103; C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull’attività consultiva nell’ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. amm.*, 2021, 235-236.

<sup>78</sup> Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2008, n. 10; Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5608.

<sup>79</sup> Corte Cost., 21 novembre 2019, n. 241: il potere di scelta dei membri delle commissioni di concorso deve essere attribuito agli stessi professori universitari, poiché la libertà della scienza non tollera «ingerenze di ordine politico o comunque ingerenze estranee alle premesse tecniche e scientifiche dell’insegnamento». In tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, cit., 44 ss.

<sup>80</sup> R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Il reclutamento universitario nei modelli europei*, in R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, C. BARBATI (a cura di), *Il reclutamento universitario in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 16 ss.

<sup>81</sup> Cfr. ad es. la Bolla papale *Parens scientiarum* di Gregorio IX (1231) che attribuisce al cancelliere dell’Università di Parigi il potere del di concedere la licenza di dottore in teologia, con il solo limite che si tratti di «coloro che ne siano degni» (consultabile in Reti Medievali, [www.rm.unina.it](http://www.rm.unina.it)); la *licentia ubique docendi* valeva come titolo conclusivo del percorso universitario, ma anche come *venia legendi*, cioè come riconoscimento della capacità di insegnare a tutta la cristianità. In tema: M. CONSITO, *L’immigrazione intellettuale*, cit., 6; J. VERGER, *Les Universités au Moyen Age*, cit., 24 ss.; Andrea ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, cit., 2 ss.; H. RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, cit., 8 ss.; A.O. NORTON, *Readings in the History of Education: Mediaeval Universities*, Harvard University, Cambridge, 1909, 96 ss.; U. GUALAZZINI, *L’origine dello Studium Bolognese nelle più antiche vicende della Licentia Docendi*, in *Studi e memorie per la storia dell’Università di Bologna*, n.s., Bologna, 1956, 97 ss.; A.B. COBBAN, *The Medieval Universities: their Development and Organization*, Methuen, London, 1975, 27.

<sup>82</sup> Per l’affermazione dell’obbligo di una motivazione rafforzata ove il candidato

È solo l'acquisizione dei "fatti semplici" a poter essere ripetuta in giudizio, i fatti cioè la cui conoscenza può essere ottenuta nell'ambito del processo con l'utilizzazione della verifica<sup>83</sup>, che si differenzia dalla consulenza tecnica d'ufficio perché quest'ultima richiede una valutazione dei dati ottenuti caratterizzata dalla sussistenza di un margine di apprezzamento<sup>84</sup>, secondo la già ricordata definizione del potere discrezionale tecnico. La verifica, al contrario, rende immediatamente disponibile il dato ricercato, con un risultato suscettibile di essere verificato senza alcun margine d'incertezza (ad es.

abbia superato le c.d. "mediane": Cons. St., sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5960; Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2017, n. 226; Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2185; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 723; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2665; Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2015, n. 5516. Sui sistemi di indicizzazione e altri modelli quantitativi: A. BANFI, *La valutazione fra scienza e feticismo dei numeri*, in *il Mulino*, fasc. 1/2013, 88 ss.; ID., *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 361 ss.; V. PALEA, *Going Global in Academia: International Ranking Systems and Their Implication for Economic Research Variety*, Mario Einaudi Center for International Studies, Working Paper Series, No. 3/2015, July 2015, [www.einaudi.cornell.edu](http://www.einaudi.cornell.edu); E. BALLETTI, *La classificazione delle riviste e le altre sedi editoriali in relazione alle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, 399 ss. Per un'analisi del contenzioso: A. SAU, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010*, n. 240, cit., 384 ss.

<sup>83</sup> S'intendono per "fatti semplici" quelli che sono «meramente constatati», cioè «giudicati semplicemente come esistenti o inesistenti»: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 360 e 444. Per una critica alla differenziazione tra accertamenti tecnici e valutazioni: G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 513 ss.

<sup>84</sup> D.lgs. n. 104 del 2010, cit., art. 63, comma 4. La consulenza tecnica consente di acquisire un "giudizio" tecnico, viceversa la verifica permette di conoscere un presupposto da cui derivano effetti vincolati, senza espressione di alcun giudizio valutativo: da ultimo Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4837; Cons. St., sez. IV, 20 settembre 2012, n. 5039; Cons. St., sez. III, 3 febbraio 2015, n. 529, ove si ammette la verifica del giudizio della commissione medica sul deficit visivo di un candidato, che ne ha determinato l'esclusione dal concorso. In tema si vedano F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 489 ss.: solo in via eccezionale è ammesso il controllo giurisdizionale "diretto" sulla ricostruzione della fattispecie effettuata dall'autorità deliberante, ove per tale s'intende «la verifica (della veridicità) di un giudizio di fatto che possa essere condotta in modo autonomo rispetto all'iter seguito dal soggetto controllato», verifica ammissibile solo per «le proposizioni idonee a trovare, secondo il comune sentire, un riscontro preciso nei fatti»; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1994, 148-149: con la verifica, a differenza che con la perizia, «non si tratta di porre in essere una attività valutativa, ma soltanto un'attività ricognitiva, tanto di elementi quanto di dati»; da ultimo M. ADORNO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 486 ss.

nel caso dell'esclusione di un candidato per difetto dei requisiti fisici, come l'altezza minima o il *visus*)<sup>85</sup>.

Il sindacato sui concorsi, dunque, in quanto rivolto all'esercizio di un potere di organizzazione preordinato a definire l'adeguatezza dell'amministrazione pubblica all'esercizio delle proprie funzioni, riprova il noto argomento a tutela della riserva di amministrazione, che vuole siano a quest'ultima attribuite in via esclusiva le decisioni utili alla predisposizione e articolazione degli uffici e delle risorse a questi assegnate, pena una sua deresponsabilizzazione in contrasto con il principio costituzionale di buon andamento<sup>86</sup>. A fronte di valutazioni discrezionali è la logica del sistema a impedire che «il giudice, superando il sindacato di ragionevolezza, divenga egli stesso amministratore»<sup>87</sup>, contraddicendo uno dei fondamentali caratteri dell'organizzazione democratica; ciò specialmente se, come nel caso in esame, l'interesse pubblico affidato alle cure dell'amministrazione non sia individuato attraverso la risoluzione di un contrasto tra interessi riferibili ai singoli, ma assuma la consistenza di un "interesse pubblico puro", cioè riservato alla valutazione dell'amministrazione perché ad essa in via immediata pertinente<sup>88</sup>.

Non è un caso, d'altra parte, che un sindacato più penetrante si sia affermato nel caso delle valutazioni tecniche espresse dalle autorità amministrative indipendenti, che, come noto, difettano di legittimazione democratica, autorizzando per l'effetto il giudice a svolgere un controllo meno deferente, capace di compensarne l'irresponsabilità politica<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Talora si distingue tra «accertamenti tecnici» e «apprezzamenti tecnici», ove i secondi involverebbero altresì una valutazione dell'interesse pubblico secondo criteri di opportunità: cfr. F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791 ss.

<sup>86</sup> M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 96 ss.

<sup>87</sup> Così F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 380; *Idem* R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., 386 ss. Da ultimo: A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2023, 436, che mette in dubbio la validità del «mito della "completa obiettivizzazione" della funzione amministrativa», poiché «l'ambizione ad una progressiva rimozione della discrezionalità, in nome della certezza del diritto, finisce per negare (...) la stessa ragion d'essere dell'amministrazione nell'ordinamento».

<sup>88</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, cit., 25 ss.

<sup>89</sup> Per un esempio divenuto celebre: Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Da ultimo si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., 329, che evidenzia altresì il "deficit di legalità sostanziale" do-

La deferenza del giudice non implica il carattere autoritario della selezione concorsuale, poiché occorre ricordare come il potere discrezionale sia comunque “regolato” e non libero<sup>90</sup>: benché funzionale al perseguimento di un interesse (pubblico) prevalente, l’amministrazione lo deve esercitare entro un “confine legittimo”. Al suo cospetto il candidato non si trova in una posizione di soggezione, viceversa i suoi interessi trovano tutela nella sequenza procedimentale, che contribuisce ad assicurare la decifrabilità delle valutazioni compiute<sup>91</sup>, e nel corrispondente sindacato sulla violazione di legge, oltretutto nel potere di reagire in sede giurisdizionale innanzi a scelte di reclutamento inaccettabili perché incomprensibili (eccesso di potere)<sup>92</sup>.

### 3. *L'autotutela nei procedimenti amministrativi concorsuali*

Il carattere latamente discrezionale del potere di reclutamento permea tanto la fase di definizione del bisogno e degli strumenti con cui farvi fronte, quanto quella di scelta concreta dei candidati più idonei, ciò sia pure ammettendo che tale seconda fase sia caratterizzata da una (mera) discrezionalità tecnica, cioè da un potere che, come si è visto, è da ritenersi comunque non assimilabile a quello vincolato<sup>93</sup>. Di converso, il potere di reclutamento incontra nel suo esplicarsi una sequenza di obblighi procedimentali intesi ad assicurare tutela agli interessi coinvolti, che si tratti dei vincoli di compatibilità economico-finanziaria, salvaguardati ad es. dall’obbligo di programmazione del fabbisogno, o delle norme del procedimento preordinate alla protezione dell’interesse del singolo a essere sottoposto a una valu-

vuto al tenore spesso generico delle disposizioni che ne definiscono le competenze. Ritene si tratti di un argomento eccessivamente formalista: S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit., 113. Per dubbi sulla concreta capacità del giudice di sostituirsi alle *authorities* in ragione del limitato bagaglio di conoscenze tecnico-scientifiche di cui dispone: F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e “preferenza di amministrazione”*, in *Il processo*, 2020, 749 ss.

<sup>90</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 318-319.

<sup>91</sup> In tal senso con riferimento alle gare: M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, cit., 15.

<sup>92</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993, 219 ss.

<sup>93</sup> *Contra*, evidenzia il carattere decrescente della discrezionalità nei procedimenti di valutazione: S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit., 194 ss.

tazione proporzionata e non discriminatoria delle proprie attitudini e capacità professionali.

Del pari è altrettanto ampio il potere di autotutela<sup>94</sup> o di emanazione di provvedimenti c.d. di secondo grado<sup>95</sup> aventi ad oggetto la procedura concorsuale e gli atti del concorso, ove l'espresso riconoscimento legislativo (l. n. 241 del 1990, n. 241, art. 21 *quinquies* e art. 21 *nonies*) ha almeno in parte privato di rilevanza il dibattito sul fondamento del potere in tal modo esercitato, se da considerarsi espressione della stessa funzione di reclutamento esercitata in origine (e non di un mero potere "negativo")<sup>96</sup>, ovvero di una autonoma potestà di "ritiro" degli atti.

Si caratterizzano per una lata discrezionalità sia la revoca che l'annullamento d'ufficio, la cui disciplina d'altra parte non è priva di punti di contatto, ove una ricostruzione unitaria è favorita, tra le altre cose, dall'influenza dell'unico potere di "ritiro" individuato dall'ordinamento dell'Unione europea<sup>97</sup>. Non è infatti scevra di discrezionalità neppure la decisione di annullamento, non essendo, come noto, a tal fine *ex se* sufficiente rilevare la sussistenza di un'illegittimità<sup>98</sup>, ma

<sup>94</sup> F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 537 ss. Per una critica alla nozione di autotutela: R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 621 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 91 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, 49 ss.; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, 750. Per una ricostruzione recente del dibattito sui fondamenti del potere di revoca: G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi dei privati*, Giuffrè, Milano, 2013, 59 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Cedam, Padova, 2004, 54 ss.

<sup>95</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 379 ss.

<sup>96</sup> R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, II ed., Giuffrè, Milano, 1956, 15. Sulla revoca come "potere negativo": R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Bulzoni, Roma, 1972, 120 ss.

<sup>97</sup> Da ultimo: C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, 17.

<sup>98</sup> In entrambi i casi si richiede la dimostrazione di puntuali ragioni di interesse pubblico a fondamento della decisione. Non mancano ricostruzioni intese a evidenziare l'opportunità di costruire una «nuova categoria unitaria»: A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2016, 159 ss. Sull'annullamento d'ufficio, da ultimo afferma come la discrezionalità non escluda la doverosità dell'avvio del relativo procedimento: M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 33 ss.

dovendo l'amministrazione motivare sulle ragioni d'interesse pubblico che danno fondamento al provvedimento. Nel contenzioso sui concorsi non mancano d'altra parte ipotesi di concreta sovrapposizione tra l'una e l'altro, come avviene, ad es., quando il superamento dell'interesse pubblico originario posto a fondamento della revoca del bando sia motivato evidenziando in via preminente i molti contenziosi pendenti o la violazione di norme sopravvenute (dunque profili che sono essenzialmente di illegittimità)<sup>99</sup>.

Si afferma, tradizionalmente, che non sussiste «in maniera assoluta, la facoltà nell'amministrazione, la quale un concorso indicava, di decretarne la revoca», poiché è noto come «col bandire un concorso la Pubblica Amministrazione induca i privati che ad esso adiscano a lo esplicitamento più meno ampio di attività, e possa esser causa per essi di conseguenze economiche in vario senso»<sup>100</sup>. Sennonché, sino al momento in cui il concorso sia *in itinere*, il potere di revoca del procedimento – e più precisamente del bando, cui si deve la produzione di effetti giuridici all'esterno dell'amministrazione – non sembra incontrare particolari limiti<sup>101</sup>: ad esso non si contrappone infatti alcun affidamento meritevole di tutela, perché solo l'atto conclusivo

<sup>99</sup> Così, è da riqualficarsi come annullamento d'ufficio «seppur anomalo», la decisione di revocare un bando di concorso in ragione dell'illegittima composizione della commissione giudicatrice, ove l'anomalia è da rinvenirsi nel travolgimento dell'intera procedura (oggetto del provvedimento è il bando) e non solo del provvedimento viziato e di quelli ad esso conseguenti: Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2015, n. 73; per un caso di revoca – considerata dal giudice “doverosa” – di una procedura di progressione in carriera riservata agli interni in ragione dell'incompatibilità con le norme sopravvenute di cui al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, artt. 24 e 62: Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 136; per la riqualficazione come revoca di un provvedimento che il giudice di primo grado aveva riclassificato come annullamento d'ufficio in quanto adottato a seguito dell'impugnazione degli atti di concorso: Cons. St., sez. V, 5 giugno 2018, n. 3387. Per un esempio di “revoca” determinata dalla violazione dell'obbligo di mobilità previa: Corte conti Campania, sez. giur., 27 luglio 2017, n. 311.

<sup>100</sup> Cons. St., 6 febbraio 1925, n. 75, che annulla per illogicità la revoca del bando di concorso motivata dai dissidi insorti in seno alla commissione giudicatrice, in quanto, al più, questi avrebbero potuto legittimare la sostituzione di uno o più componenti, mentre «in niun caso si giustificava la revoca del concorso».

<sup>101</sup> Sino all'approvazione della graduatoria all'interesse pubblico si contrappone un interesse individuale «meramente strumentale, sia pure giuridicamente tutelato, al corretto esercizio dell'agire amministrativo», che non vale nemmeno a legittimare il risarcimento del danno da ritardo, purché lo stesso sia incolpevole (*ex l. n. 241 del 1990, cit., art. 2 bis*): Cons. St., sez. III, 20 giugno 2022, n. 5077; Cons. St., sez. III, 29 gennaio 2013, n. 554 (*obiter dictum*); per l'ammissibilità della revoca dopo lo svolgimento delle prove scritte: Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2002, n. 1246.

del concorso (l'approvazione della graduatoria o la stipulazione del contratto ad essa conseguente) produce un effetto giuridico nella cui stabilità il singolo ripone una fiducia alla quale l'ordinamento attribuisce rilevanza<sup>102</sup>.

Lo stesso decorso del tempo non rileva a fini di consolidamento dell'aspettativa individuale alla conclusione del concorso, o meglio rileva in senso inverso: è vero, infatti, che il protrarsi della procedura concorsuale per anni senz'altro diluisce – anziché consolidare – l'aspettativa del singolo ad una sua conclusione (favorevole o sfavorevole che sia). Anzi, il decorso del tempo, specie se incolpevole e dunque non determinato da un'inerzia amministrativa (come quando sia provocato da complesse vicende processuali che abbiano investito la procedura concorsuale provocandone l'arresto), radica di per sé l'interesse pubblico alla rimozione di un procedimento non più attuale, non importa ora se con revoca o annullamento d'ufficio. E tale interesse pubblico non è limitato da un'aspettativa privata ad una "conclusione purchessia" del concorso, che l'ordinamento confina al rango di mero interesse di fatto, non riconoscendo concretamente tutela alcuna, come meglio si vedrà, al sacrificio individuale di tempo ed energie impiegate per partecipare alla procedura. Potrebbe così ritenersi, in fondo, che tale sacrificio sia da ricondursi alle "regole del gioco", secondo un rischio la cui accettazione ha come contropartita l'eventuale assunzione.

A ben vedere, tuttavia, nemmeno la conclusione del concorso, con approvazione della graduatoria finale, sembra capace di porre un limite insuperabile all'esercizio del potere di revoca (né tanto meno a quello di annullamento)<sup>103</sup>. Lasciando per ora in disparte la questione se l'approvazione della graduatoria sia di per sé idonea a fondare nel vincitore un diritto soggettivo all'assunzione, o se questo piuttosto si perfezioni con la sola stipulazione del contratto, è proprio il c.d.

<sup>102</sup> Trovano fondamento nel principio di buona fede sia l'obbligo di ponderazione degli interessi in caso di annullamento d'ufficio (espressione dell'obbligo di correttezza), sia la tutela immediata dell'affidamento, che si correla all'obbligo di non *venire contra factum proprium*, cioè di comportarsi in modo coerente al proprio precedente comportamento: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 100; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 271.

<sup>103</sup> In senso almeno in parte contrario si veda ad es. P. SORDI, *Il giudice ordinario e le procedure selettive e concorsuali nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 289 ss., ove si esclude l'esercizio di poteri pubblicistici sulla base di circostanze verificatesi successivamente alla conclusione del concorso, perché in quest'ultima fase l'amministrazione «agisce come un privato datore di lavoro».

“limite dei diritti soggettivi”<sup>104</sup>, o quello dei diritti quesiti, che, come si è dimostrato da tempo, non è capace di escludere in radice la revoca<sup>105</sup>, che anzi è idonea a travolgerli (purché legittima).

Certo, d'accordo con la “tecnica di differenziazione” a carattere quantitativo che è usuale in tema di tutela dell'affidamento<sup>106</sup>, l'aspettativa del singolo è in queste ipotesi meritevole di maggiore considerazione, e dunque la scelta di rimozione dovrà essere più attentamente soppesata<sup>107</sup>.

La stipulazione del contratto indubitabilmente segna una cesura tra la fase pubblicistica e quella retta dal diritto privato, attribuendo senz'altro al contraente una posizione di diritto soggettivo; neanche essa, tuttavia, sembra frapporre un ostacolo insuperabile al potere di revoca. Sennonché, in questo caso, la decisione di revocare il bando (con conseguente travolgimento del contratto) può facilmente rivelarsi sproporzionata, comportando un eccessivo sacrificio dell'affidamento riposto dal singolo nella stabilità del rapporto<sup>108</sup>; in tal modo si conferma quel carattere di principio generale dell'affida-

<sup>104</sup> La tesi della irrevocabilità dei provvedimenti costitutivi di diritti è ricondotta a F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vallardi, Milano, 1910-1935, 454. Già F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 151, osserva come il limite del diritto soggettivo «finisce per ridursi alla necessaria ponderazione di interessi consolidati e all'accertamento, se del caso, della loro prevalenza nei confronti dei motivi di opportunità sopravvenuti che spingono la pubblica amministrazione a ritirare il proprio atto»; vedi anche M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999, 64, 74, che evidenzia come la permanenza in capo all'amministrazione del potere di revoca è compatibile con situazioni di diritto soggettivo, che «all'interno della relazione con un potere amministrativo si atteggi(a) sempre come interesse legittimo»; da ultimo G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 212, secondo cui l'esistenza di posizioni di diritto soggettivo, pur non escludendo l'esercizio del potere di revoca, può «fortemente limitarlo in concreto».

<sup>105</sup> In tal senso già R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., 102 ss. Per la tesi secondo cui il diritto soggettivo dell'interessato non deriva dall'atto amministrativo discrezionale, ma da un negozio giuridico ad esso accessorio e di cui è presupposto, sicché la revoca del primo si ripercuote direttamente sul secondo perché lo priva di un presupposto di validità: R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., 88 ss.

<sup>106</sup> A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 128.

<sup>107</sup> Così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 567, con rinvio a A.C. JEMOLO, *Osservazioni in tema di annullamento di nomina*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Vita e pensiero, Milano, 1938, 271 ss., 281.

<sup>108</sup> Sull'obbligo di comparazione degli interessi in sede di revoca del provvedimento: A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., 160.

mento, valido *tout court* nell'ordinamento, che anzitutto incide sui presupposti dei poteri di autotutela e sul relativo regime di validità<sup>109</sup>.

Non stupisce, pertanto, come sia più facile individuare precedenti in cui l'amministrazione revoca gli atti di una procedura di progressione in carriera, travolgendo il nuovo contratto di assunzione (riportandosi per l'effetto l'interessato nella situazione d'impiego preesistente)<sup>110</sup>, mentre più difficile è ammettere la revoca del bando in presenza di un contratto stipulato per la prima volta, ove magari il singolo abbia irrimediabilmente rinunciato a un altro impiego, o abbia superato una situazione di disoccupazione. In questo caso il decorso del tempo gioca un ruolo essenziale, arrivando ad escludere la possibilità di travolgere un rapporto costituito in un passato non prossimo<sup>111</sup>. In entrambe le ipotesi, l'affidamento deve essere comunque considerato al fine del riconoscimento di un ristoro economico, seppur a titolo di indennizzo<sup>112</sup>.

Quale che sia il momento in cui interviene il provvedimento di autotutela, il relativo sindacato va attribuito del giudice amministrativo<sup>113</sup>, d'accordo con la tesi tradizionale che individua il fondamento della revoca o dell'autoannullamento nell'attribuzione dello stesso

<sup>109</sup> M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 904. Da ultimo per la capacità della tutela dell'affidamento di integrare le regole pubblicistiche senza sostituirlle, e dunque senza che si debba necessariamente arrivare a ricondurre interamente le figure sintomatiche dell'eccesso di potere a violazione delle clausole generali codicistiche intese come «fonti di obblighi di comportamento cui corrispondono diritti soggettivi»: L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, 2020, 263-264. Sul rapporto tra tutela dell'affidamento e vizio di eccesso di potere, vedi già F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., e più di recente A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nel diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 84 ss.

<sup>110</sup> Es. Cons. St., sez. V, n. 73 del 2015, cit.

<sup>111</sup> Così ad es. Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2018, n. 2432, n. 2434, n. 2436, n. 2437, n. 2438, n. 2443, n. 2441, n. 2442, n. 2444, ove è dichiarato illegittimo l'annullamento d'ufficio dell'inquadramento in una categoria superiore deciso dall'amministrazione in ragione della violazione del principio di apertura al pubblico per almeno il 50% delle posizioni e di concomitanti interessi finanziari, perché disposto dopo un lungo periodo di tempo (9 anni). Per osservazioni critiche sull'apparente irrilevanza del fattore tempo nella disciplina della revoca: A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, cit., 60-62.

<sup>112</sup> Per il necessario riconoscimento di una tutela indennitaria: A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 134 ss.

<sup>113</sup> Per dubbi: F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, cit., 900.

potere di reclutamento<sup>114</sup>; né vale a imporre una differente conclusione il riconoscimento dell'idoneità della graduatoria ad attribuire ai vincitori una posizione di diritto soggettivo. A fronte del potere di autotutela, la posizione soggettiva del singolo si atteggia, infatti, necessariamente a interesse legittimo<sup>115</sup>.

Diversamente, invece, nel caso di inerzia dell'amministrazione in presenza di una graduatoria valida ed efficace, ove effettivamente la controversia "sull'assunzione" eventualmente instaurata dal vincitore (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 65, comma 1)<sup>116</sup>, si radica innanzi al giudice ordinario, poiché questi fa valere il proprio diritto soggettivo contro a un mero comportamento (omissivo) dell'amministrazione<sup>117</sup>.

Qualche perplessità suscita la dimensione scarsamente collaborativa talora attribuita (anche) ai procedimenti di autotutela. Si è visto, infatti, come non trovano applicazione nel procedimento amministrativo concorsuale alcuni degli istituti partecipativi delineati dalla disciplina generale del procedimento amministrativo: vuoi per pre-

<sup>114</sup> R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., 15. La stessa tesi si afferma a metà del secolo scorso in materia di disimpegno dai contratti pubblici; in merito si veda la recente ricostruzione di M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 697.

<sup>115</sup> Cons. giust. amm. reg. sic., 18 febbraio 2022, n. 220; Cons. giust. amm. reg. sic., n. 231 del 2020, cit. Vedi C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 564 ss.: «non si vede come sia possibile sostenere che a fronte di una pretesa del cittadino avente consistenza di interesse legittimo a che il provvedimento favorevole sia adottato, non sussista più una posizione di interesse legittimo allorché l'Amministrazione utilizzi legittimamente lo stesso potere per eliminare il provvedimento illegittimo. Il *contrarius actus*, nel quale consiste l'esercizio dell'autotutela, per definizione significa esercizio dello stesso potere, tanto che richiede la presenza del medesimo presupposto, e cioè la valutazione dell'interesse pubblico da conseguire, che è la caratteristica dell'Amministrazione attiva». In senso contrario si vedano Cass. civ., sez. lav., 1° ottobre 2015, n. 19626, secondo cui la "revoca" dell'assunzione con contratto sul presupposto dell'annullamento in autotutela della graduatoria, è considerata un atto di diritto privato che «equivale alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato ritenendolo inefficace perché affetto da nullità»; *idem* Cass. civ., sez. lav., 7 maggio 2019, n. 11951; Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2017, n. 7496; Cass. civ., sez. lav., 8 aprile 2010, n. 8328.

<sup>116</sup> Non così nel caso dell'idoneo in graduatoria, che, fatta salva l'eccezionale previsione di un obbligo di scorrimento, vanta una mera aspettativa allo scorrimento, di per sé inidonea a condizionare l'autonomia organizzativa dell'amministrazione: cfr. *infra*, giurisprudenza in nt. 170.

<sup>117</sup> Ad es. nel caso di un candidato che, pur avendo superato il concorso, sia stato escluso per inidoneità psicofisica, con una decisione successivamente annullata dal giudice amministrativo in ragione dell'erronea applicazione di una norma regolamentare, ma l'amministrazione non abbia comunque dato corso all'assunzione: Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2010, n. 8020; Cass. civ., sez. un., n. 8951 del 2007, cit.

servare l'equidistanza dei candidati dalla commissione di concorso – da cui la rigida predeterminazione di tempi e modi della partecipazione –, vuoi per l'indeterminatezza dei destinatari del bando, così come sono non determinabili i destinatari della preliminare deliberazione di procede all'assunzione, da cui la non invocabilità dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento<sup>118</sup>.

L'argomento, tuttavia, non sembra potersi validamente riproporre nel procedimento c.d. di secondo grado, ove ormai gli interessati al provvedimento sono precisamente individuati (tutti coloro che hanno presentato domanda), sicché ben può ammettersene la partecipazione, senz'altro in chiave difensiva e dunque con finalità (anche) deflattive del contenzioso, forse anche secondo una *ratio* latamente collaborativa e di "partecipazione-controllo" dell'operato dell'amministrazione<sup>119</sup>. Le riforme che da ultimo hanno disposto la digitalizzazione del procedimento concorsuale favoriscono la semplificazione anche di questa fase, a partire dall'invio della comunicazione di avvio del procedimento di autotutela<sup>120</sup>, che, come le altre comunicazioni rivolte ai candidati, può essere inoltrata attraverso la stessa piattaforma<sup>121</sup>.

Altro è dire che la motivazione del provvedimento di revoca o auto-

<sup>118</sup> Cfr. *supra*, capitolo IV, par. 2.

<sup>119</sup> Da ultimo A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte dell'amministrazione pubblica*, cit., 186 ss. In generale sugli istituti d'attuazione del principio di trasparenza in funzione di controllo delle istituzioni: F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, Giuffrè, Milano, 2008, 12; G. BARONE, *La trasparenza amministrativa tra esigenze di tutela e controllo democratico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi, Modena, 1996, 222.; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella legge n. 241/1990)*, in *Dir. amm.*, 1995, 321. Sul diritto d'accesso civico come controllo generalizzato sull'attività amministrativa: Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2020, n. 5861; Cons. St., sez. III, 9 luglio 2021, n. 5213; Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2496.

<sup>120</sup> Per il riconoscimento del diritto a ricevere la comunicazione di avvio del procedimento di revoca del bando di concorso: Cons. St., sez. V, 29 novembre 2018, n. 6779. In senso contrario: Cons. St., sez. V, n. 3108 del 2015, cit. In materia di appalti l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento è escluso nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria: Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2022, n. 202; Cons. St., sez. V, 11 marzo 2020, n. 1744. In tema A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, cit., 98, che riconduce l'esclusione dell'obbligo di comunicazione di avvio al carattere endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto tale ritenuta non suscettibile di ingenerare un affidamento. Per dubbi sulla legittimità dell'interpretazione giurisprudenziale: G.C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Giappichelli, Torino, 2014, 247.

<sup>121</sup> Vedi *supra*, capitolo V, nt. 26.

annullamento debba dar conto degli interessi privati contrapposti: più precisamente, come si è anticipato, l'affidamento del singolo diviene meritevole di considerazione a partire dal momento in cui sia emanato un provvedimento capace di produrre effetti giuridici (es. l'approvazione della graduatoria), non nelle fasi preliminari. Sino a che, dunque, il concorso è in *itinere*, il provvedimento in autotutela richiede di dar conto pienamente degli interessi pubblici che lo sorreggono, ma di questi soltanto, tenendo in considerazione anche le eventuali osservazioni degli interessati che dello stesso interesse pubblico abbiano contribuito a delineare la rilevanza (e dunque possano essere ritenute pertinenti). La partecipazione va perciò intesa non come volta a consentire al singolo di rappresentare il suo interesse al c.d. "bene alla vita", che non è (direttamente) tutelato nel procedimento concorsuale, ma quello al corretto svolgimento della selezione<sup>122</sup>. Né persuade il principio del *contrarius actus* pur talora invocato a escludere l'obbligo di motivare la revoca del bando (in quanto atto generale)<sup>123</sup>: l'argomento infatti pare eccessivamente connotato di formalismo, poiché non tiene adeguatamente conto della capacità della domanda presentata di differenziare la posizione dell'interessato rispetto a quella di chi alla procedura sia estraneo (come peraltro avviene ai fini della tutela processuale).

Così, possono essere invocate a legittimare i provvedimenti di revoca – come spesso accade – esigenze di tutela della finanza pubblica<sup>124</sup>, oppure l'interesse a ritirare procedimenti "superati" perché indetti ormai molti anni orsono e volti alla selezione di profili

<sup>122</sup> Affermano l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di revoca, per consentire all'interessato di «manifestare e rappresentare» l'interesse di cui è portatore, che l'amministrazione è chiamata a ponderare con quello pubblico: M. IMMORDINO, A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm. - Tar*, 2006, 2783 ss.

<sup>123</sup> Cons. St., sez. VII, 29 dicembre 2022, n. 11541 e n. 11542; Cons. St., sez. VII, 28 dicembre 2022, n. 11526; Cons. giust. amm. reg. sic., n. 231 del 2020, cit.; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., n. 178 del 2020, cit. Correttamente si esclude un obbligo di motivazione analitica per la rettifica di una graduatoria concorsuale disposta in esecuzione di un giudicato amministrativo, atteso che si tratta di un provvedimento vincolato, non costitutivo di autotutela amministrativa: Cons. St., sez. VII, 9 dicembre 2022, n. 10802; Cons. St., sez. VII, 4 febbraio 2022, n. 804. Per cenni a prima lettura della riforma di cui alla l. 11 febbraio 2005, n. 15: P.M. VIPIANA, *Invaldità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della legge n. 15 del 2005*, Cedam, Padova, 2007, 106 ss.

<sup>124</sup> Ad es. Cons. St., sez. V, 18 giugno 2015, n. 3108; Cons. St., sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1098. Per la rilevanza dei principi di pareggio del bilancio e di sostenibilità finanziaria (artt. 81 e 97, comma 1, Cost.) con riferimento all'esercizio del potere di revoca: G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 158-160.

professionali non più adeguati ai bisogni dell'amministrazione per l'affermarsi di nuove conoscenze, o perché sono nel frattempo intervenuti più ampi processi riorganizzativi<sup>125</sup>, o semplicemente perché, per il sol fatto del passare del tempo, escludono candidati più giovani. In ogni caso, la revoca è per lo più sorretta da un mutamento delle circostanze di fatto, ove il decorso del tempo che l'ha favorito spesso si correla ad alterne vicende giurisdizionali che hanno interessato il procedimento, o al sopravvenire di norme di legge che hanno limitato le facoltà assunzionali dell'amministrazione.

Tale lata estensione dei poteri di revoca e autoannullamento trova fondamento costituzionale anzitutto nel principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, comma 2, Cost.)<sup>126</sup> – cui si correla quello di adeguatezza dell'organizzazione amministrativa quale criterio informatore dell'attribuzione delle competenze (art. 118, comma 1, Cost.) –, più in generale nella protezione di interessi di rilievo costituzionale tra i quali la tutela della finanza pubblica non è altro che quello più di frequente richiamato. Altri si possono aggiungere che appaiono del pari meritevoli di tutela: quello ad un'adeguata e attuale professionalità del profilo di bando, quello ad una massima affermazione del principio di pubblicità del concorso, non ultima la tutela delle minoranze. La revoca (o annullamento d'ufficio) del procedimento concorsuale è legittima infatti quando la provvista di personale come definita dal bando non corrisponda più all'originaria valutazione delle esigenze organizzative<sup>127</sup>, imponendosi dunque il conseguente «adeguamento della realtà giuridica e materiale» (principio di continuità dell'esercizio del potere pubblico)<sup>128</sup>.

#### 4. *Legittimo affidamento e responsabilità dell'amministrazione nei concorsi pubblici*

L'affermazione della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione nel contenzioso sui concorsi non ha conosciuto le

<sup>125</sup> Ad es. in seguito a processi di fusione di aziende (Cons. St., sez. II, 13 marzo 2015, n. 1343), o per l'affidamento del servizio a un'unione di comuni (Cons. St., sez. II, 4 agosto 2022, n. 6924).

<sup>126</sup> M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., 156.

<sup>127</sup> R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., 100: a giustificazione dell'uso concreto della potestà di revoca occorre «un interesse dello stesso *ordine e natura* di quello richiesto per l'emanazione del provvedimento da revocare» (corsivo dell'A.).

<sup>128</sup> A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., 1991, 11.

evoluzioni che si sono registrate, in particolare, nel settore dei contratti pubblici. Per questi ultimi, come noto, gli approdi più recenti hanno condotto al riconoscimento di una responsabilità precontrattuale della parte pubblica per violazione degli obblighi di buona fede nelle trattative (art. 1337 c.c.) che è ormai capace di investire qualsiasi scorrettezza commessa, in qualunque fase del procedimento essa si collochi e dunque anche prima dell'aggiudicazione<sup>129</sup>, secondo un ragionamento da tempo anticipato in dottrina<sup>130</sup>, che individua nel procedimento di affidamento una serie di trattative multiple e parallele<sup>131</sup>. Più precisamente, si è inteso in tal modo offrire tutela a un interesse dell'operatore economico variamente qualificato, vuoi come libertà di autodeterminazione negoziale, vuoi come diritto all'integrità patrimoniale<sup>132</sup>, interesse che risulta pregiudicato dal comportamento scorretto dell'amministrazione, ove la ricostruzione che pare più convincente riconduce la situazione giuridica tutelata alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41, Cost.).

L'orientamento si è affermato concretamente per garantire la funzione d'indirizzo economico e di realizzazione di politiche industriali dell'aggiudicazione dei contratti pubblici, favorendo «la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziati-

<sup>129</sup> Come da ultimo espressamente affermato dal d.lgs. n. 36 del 2023, cit., art. 5, comma 2: «nell'ambito del procedimento di gara, *anche prima dell'aggiudicazione*, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede». Un temperamento dell'assunto si deve a Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, ove si prescrive che la valutazione sul «ragionevole affidamento nella stipula del contratto», sia parametrata «in relazione al grado di sviluppo della procedura».

<sup>130</sup> G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 178 ss.

<sup>131</sup> Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, con nt. di S. FOÀ, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1594; di L. GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2018, 10, 639; di G.D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1983; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza Plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. Giur.*, 2018, 12, 1547; in tema si veda inoltre L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, cit., 235 ss. Vedi anche Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, con nt. di G.M. RACCA e S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 2015, 1965 ss.; Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

<sup>132</sup> In tal senso Cass. civ., sez. un., 13 maggio 2019, n. 12635 e altre citate *infra*, in nt. 145.

ve private»<sup>133</sup>, con un'attenzione che ha ispirato altresì le più recenti riforme in tema di autotutela amministrativa<sup>134</sup>.

A un tale riconoscimento della responsabilità precontrattuale ha, come noto, contribuito la disciplina europea sugli appalti, che sin dal 1989 prevede il risarcimento delle violazioni commesse in occasione della selezione dei contraenti<sup>135</sup>, a prescindere dalla prova di un diritto all'aggiudicazione, e fin dalla presentazione delle offerte. Queste ultime, d'altra parte, negli appalti sono configurate come proposte irrevocabili<sup>136</sup>, secondo un carattere che segna un primo elemento di differenziazione netta rispetto al procedimento concorsuale, viceversa caratterizzato dalla naturale possibilità per il candidato di ritirare la domanda in qualunque momento.

La conclusione in tal senso è favorita dalla giurisdizione esclusiva attribuita in materia al giudice amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. a), che consente un sindacato coevo sulla violazione dell'interesse legittimo che derivi dalle illegittimità commesse nel procedimento competitivo, e su quella delle regole di correttezza che l'amministrazione deve osservare nelle trattative, ove la valutazione complessiva del comportamento è capace di prescindere da eventuali illegittimità<sup>137</sup>. È dunque possibile che, ad es., il giudice

<sup>133</sup> Cons. St., sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, relativa alla revoca di un'autorizzazione archeologica funzionale alla realizzazione di un progetto di insediamento commerciale.

<sup>134</sup> Per l'affermazione secondo cui le norme in tema di autotutela di cui alla c.d. "riforma Madia" (l. 7 agosto 2015, n. 124) hanno inteso essenzialmente garantire la stabilità dei provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici, nel perseguimento del fine concreto di aumentare l'attrattività del sistema economico nazionale nel mercato globale: C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, cit. 27.

<sup>135</sup> Direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (c.d. direttiva ricorsi), art. 2, § 1, lett. c. L'evoluzione è da ultimo analizzata da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 282 ss.; vedi anche A. BARTOLINI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori per violazione del diritto comunitario degli appalti*, cit., 139.

<sup>136</sup> D.lgs. n. 36 del 2023, cit., art. 92, comma 3.

<sup>137</sup> Si veda G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, 626: i reciproci obblighi di protezione delle parti nell'ambito del procedimento di aggiudicazione fondano un «rapporto amministrativo qualificato caratterizzato ed espressione della funzione pubblica», sicché «la responsabilità da scorrettezza resta, senza dubbio, per queste sue peculiarità entro la giurisdizione amministrativa, perché comunque connessa anche solo mediatamente all'esercizio di un potere o

rigetti il ricorso per l'annullamento di un provvedimento adottato in via di autotutela (es. revoca del bando), e per l'affermazione della correlata responsabilità civile da provvedimento illegittimo, ma riconosca la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per scorrettezza nelle trattative<sup>138</sup>.

Viceversa, nel settore dei concorsi pubblici il riconoscimento della responsabilità risarcitoria si assesta su un'impostazione assai più tradizionale. Alle pretese del singolo è infatti riconosciuta rilevanza nell'ipotesi di illegittimità del provvedimento; in difetto di questa, e purché la situazione giuridica invocata sia sufficientemente differenziata – cioè nell'ipotesi in cui l'esercizio del potere dell'amministrazione in autotutela travolga il contratto di assunzione o la graduatoria approvata – la tutela ha carattere esclusivamente indennitario<sup>139</sup>.

È la particolare rilevanza del principio del pubblico concorso e del diritto all'accesso agli impieghi pubblici in condizione di eguaglianza a dare una speciale rilevanza giuridica alla legittimità della procedura di assunzione, consentendo, come si è detto, che anche la stipulazione del contratto di assunzione non sia di per sé un impedimento all'esercizio del potere di autotutela amministrativa, purché ovviamente l'amministrazione abbia proceduto alla ponderazione necessaria tra l'interesse pubblico cui il concorso è preordinato e il contrapposto interesse individuale che è in tal modo sacrificato. Essa, tuttavia, non è priva di conseguenze in ragione della lesione dell'affidamento individuale che si determina in tal modo. Il principio di tutela dell'affidamento, come si è da tempo evidenziato, va

ad un'attività funzionalizzata di interesse pubblico». Diversamente secondo C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, cit., 564 ss., secondo cui la concentrazione delle tutele è possibile anche ove la giurisdizione sia di legittimità perché la tutela risarcitoria per violazione dell'affidamento è da intendersi consequenziale alla lesione dell'interesse legittimo, ivi inteso come interesse a un provvedimento favorevole (emanato legittimamente).

<sup>138</sup> In tal senso da ultimo Cons. St., sez. III, 23 giugno 2023, n. 6208: la revoca legittima della gara esclude la tutela (anche risarcitoria) dell'interesse giuridico pretenso al conseguimento dell'aggiudicazione, dalle cui ceneri sorge l'interesse al rispetto da parte della pubblica amministrazione delle regole di correttezza che essa deve osservare in *contrahendo*. Sulla differenziazione e possibile coesistenza delle due responsabilità, da lesione dell'interesse legittimo e da scorrettezza nelle trattative, da ultimo: M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 699 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 823 ss.

<sup>139</sup> In tal senso si veda, ad es., F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, cit., 892.

infatti inteso come fiducia nella stabilità del provvedimento amministrativo, ovvero come aspettativa alla conservazione di un vantaggio conseguito, che deve essere “certo, chiaro e possibile”<sup>140</sup>. Di tale affidamento l’amministrazione deve tener conto ove voglia tornare sulle proprie decisioni, pena l’irragionevolezza del provvedimento di autotutela, con conseguente illegittimità per vizio di eccesso di potere. La ponderazione dei due interessi legittima la decisione di revoca o autoannullamento, senza trovare un limite insuperabile nel diritto soggettivo del singolo derivante dall’approvazione della graduatoria o, sinanco, dal contratto di assunzione.

L’interesse dell’individuo in questo caso non è dunque privo di rilevanza: non solo è oggetto di una necessaria ponderazione (c.d. tutela ponderativa), ma l’ordinamento gli riconosce altresì una tutela patrimoniale<sup>141</sup>, potendo dar adito al riconoscimento di un indennizzo, seppur parametrato al solo danno emergente, come in tutti i casi

<sup>140</sup> Sull’affidamento inteso come «situazione giuridica soggettiva caratterizzata da un’aspettativa generata dall’altrui comportamento (...) e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell’affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l’altrui fiducia»: F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, cit., 128; secondo F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 467, l’affidamento è «un (elemento di) fatto, consistente nel convincimento sulla stabilità del risultato, ottenuto al termine del procedimento amministrativo, mediante provvedimento favorevole». Da ultimo: A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nel diritto amministrativo*, cit., 51 ss., 167-169: l’affidamento è tutelato quando ingenerato da un provvedimento che attribuisca «inequivocamente e concretamente un vantaggio», deve trattarsi di un atto definitivo e non precario, non meramente endoprocedimentale; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell’annullamento d’ufficio*, cit., 129. Contra M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 713-714, secondo cui coesisterebbero il «mero affidamento nella correttezza del comportamento dell’amministrazione» e l’«affidamento nella stipula del contratto». Sulla tutela dell’affidamento, inoltre: F. GAFFURI, *L’acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell’affidamento*, Giuffrè, Milano, 2006, 136 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento: tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2008, 103 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 50 ss.

<sup>141</sup> Distingue tutela ponderativa e tutela patrimoniale da ultimo: A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nel diritto amministrativo*, cit., 84 ss., 182 ss. Per una critica della tutela ponderativa della buona fede: F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995, 160 ss.; da ultimo: M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *PA Persona e mercato*, 2022/2, 68 ss. (in <https://journals.uniurb.it/>) (consultato a giugno 2023); M.C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, *ivi*, 131 ss.

in cui la revoca di un atto amministrativo incida su rapporti negoziali (l. n. 241 del 1990, art. 21 *quinquies*, comma 2).

Proprio perché l'indennizzo si configura come un'indennità a compensazione della lesione dell'affidamento, esso è escluso quando il provvedimento di revoca (legittimo) intervenga a concorso non concluso, poiché non si configura ancora un affidamento tutelabile, non essendo rimosso un atto produttivo di effetti giuridici<sup>142</sup>. Sicché in tal caso non è possibile né una tutela risarcitoria, che presupporrebbe l'illegittimità della revoca<sup>143</sup>, né quella indennitaria.

Si esclude dunque una responsabilità precontrattuale sul modello affermatosi per i contratti pubblici – e cioè capace di sanzionare qualsiasi scorrettezza commessa anche prima dell'approvazione della graduatoria – perché la posizione soggettiva invocata dal singolo nei concorsi nulla ha a che vedere con quella di cui sono titolari le imprese nelle procedure d'appalto.

Da tempo, infatti, si è evidenziato come, su impulso dell'ordinamento dell'Unione europea, l'interesse delle imprese sia, nelle procedure ad evidenza pubblica, tutelato prioritariamente, posto cioè «come limite alla stessa possibilità dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico, anche se per essa istituzionale»<sup>144</sup>. Come si è già ricordato, d'altra parte, lo stesso giudice amministrativo riconduce la tutela dell'affidamento alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica privata (art. 41, Cost.) esercitato dall'operatore economico con la partecipazione alla procedura d'appalto<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> Nel caso di revoca prima della conclusione del concorso manca per il singolo un «vantaggio di carattere finale a carattere durevole», la cui perdita imporrebbe la tutela indennitaria: Cons. St., sez. VII, n. 11526, n. 11541 e n. 11542 del 2022, cit.; Cons. giust. amm. reg. sic., 1° aprile 2020, n. 231; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 582. Non vi è tutela dell'affidamento neppure quando il bando di concorso sia revocato dopo oltre dieci anni e sia già stata approvata la graduatoria provvisoria: Cons. giust. amm. reg. sic., 3 ottobre 2022, n. 981.

<sup>143</sup> Cons. giust. amm. reg. sic., 18 febbraio 2022, n. 220; Cons. giust. amm. reg. sic., n. 231 del 2020, cit.

<sup>144</sup> A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 13.

<sup>145</sup> Per la Cassazione il fondamento è il diritto alla conservazione del patrimonio (Cass. civ., sez. un., n. 12635 del 2019, cit.; Cass. civ., sez. un., 19 febbraio 2019, n. 4889; Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2018 n. 32365; Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22435; Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2018, 4996; Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1654; Cass. civ., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19171; Cass. civ., sez. un., 22 giugno 2017, n. 15640; Cass. civ., sez. un., 22 maggio 2017, n. 12799; Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586); da ultimo si veda inoltre Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236 (con nt. di G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Comportamento procedi-*

La ricostruzione in tal senso si correla alla configurazione di tali procedimenti in chiave di tutela della concorrenza, ricostruzione che favorisce l'identificazione in essi di trattative multiple o parallele, in cui il contraente vanta un diritto soggettivo al comportamento corretto della parte pubblica assumendo a propria volta la posizione di "parte" nella trattativa (art. 1337 c.c.)<sup>146</sup>. Più precisamente, la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica è considerata una trattativa, seppur formalizzata, in quanto gli operatori economici contrattano quantomeno il prezzo della prestazione<sup>147</sup>, secondo un carattere che è ovviamente assente nelle procedure concorsuali, che portano alla stipulazione di contratti in cui non si negozia proprio nulla.

Trattasi di un'interpretazione che non pare potersi trasporre al settore dei concorsi pubblici, ove il predominare della lettura tradizionale che si registra nel contenzioso trova ragione nel carattere di funzione amministrativa del reclutamento<sup>148</sup>, che si sostanzia perciò nell'esercizio di un pubblico potere il quale si confronta sempre e solo con un interesse legittimo del destinatario (perciò devoluto a

*mentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche*, in *Giustizia insieme*, [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 15 maggio 2020, consultato a maggio 2023), ove la tutela dell'affidamento è considerata «una situazione autonoma, tutelata in sé, (...) come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia (...) nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta (...) in sostanza, di (un')aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede». Nello stesso senso: N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 112 ss. (in <https://journals.uniurb.it/>, consultato a giugno 2023). Sono in ogni caso «"diritti" a contenuto generico e vago, dalla incerta configurabilità» secondo F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 1 ss., che ne propone la configurazione piuttosto nei termini di «una aspettativa tutelata, l'aspettativa del cittadino a che il comportamento dell'amministrazione, con la quale egli entra in contatto fin dall'apertura del procedimento, sia coerente e non contraddittorio», secondo una posizione che «coincide, o si armonizza (o non contrasta), con la nozione teorica di interesse legittimo, o meglio con una delle sue manifestazioni o modi di essere». Similmente M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, cit., 904.

<sup>146</sup> G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 325-326.

<sup>147</sup> G.M. RACCA, *op. ult. cit.*, 201-209.

<sup>148</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3: «la responsabilità precontrattuale si configura quando la violazione riguarda le regole che valgono nei rapporti di diritto comune, non quando vengono violate regole pubblicistiche».

una giurisdizione che è di legittimità)<sup>149</sup>. Ciò in quanto, come si è già evidenziato, il reclutamento concorsuale assolve ad una funzione di costituzione dell'organizzazione amministrativa, irrimediabilmente distinguendosi dalle procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla selezione di un operatore economico: benché in entrambi i casi il provvedimento conclusivo sia preordinato alla stipulazione di un contratto, solo il primo è utile a costituire l'organizzazione pubblica, mentre il secondo è destinato all'individuazione di un'impresa che resta in ogni caso esterna alla pubblica amministrazione, oltre ad essere a questa vincolata per un periodo di tempo che sono le stesse esigenze di tutela della concorrenza a imporre sia limitato (c.d. concorrenza per il mercato).

L'argomento non può condurre a escludere un obbligo di correttezza nel procedimento concorsuale capace di riflettersi nella stessa tutela dell'interesse legittimo: la previsione del principio nella legge generale sul procedimento (l. n. 241 del 1990, cit., art. 1, comma 2 *bis*)<sup>150</sup> esclude possa ritenersene l'esclusiva pertinenza all'attività negoziale, sembrando piuttosto che si sia posto in tal modo un principio generale del diritto, perciò idoneo a riflettersi anche sull'esercizio delle funzioni amministrative. Non si vuole cioè riproporre l'argomento dell'interesse pubblico come criterio capace di "soverchiare" la buona fede<sup>151</sup>. Come si è già detto, tuttavia non manca nella giurisprudenza un riconoscimento di buona fede e correttezza nella qualità di fonti integrative dei principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento, così come evidenzia proprio il regime della tutela sui provvedimenti di revoca e autoannullamento<sup>152</sup>.

La lesione dell'affidamento che deriva da una revoca o autoannullamento pur legittimo, ma eventualmente costitutivo di una scorrettezza per violazione dell'obbligo di *non venire contra factum proprium*, si produce esclusivamente quando il provvedimento in autotutela travolga il contratto già stipulato, e purché il compor-

<sup>149</sup> Ciò salvo a ritenere, forse, che l'interesse legittimo tuteli l'aspettativa di un provvedimento favorevole, come fa ad es. C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, cit., 564 ss.

<sup>150</sup> Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.

<sup>151</sup> Secondo la tesi di E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935), in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 556 ss. Per un'analisi critica si veda F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 39 ss., secondo cui la critica deriva dalla sovrapposizione tra interesse pubblico e interesse soggettivo della pubblica amministrazione.

<sup>152</sup> Cfr. riferimenti citati *supra*, in nt. 111.

tamento complessivo sia qualificabile come scorretto (ad es. per concomitanti comunicazioni contraddittorie); ciò sempre che i presupposti dell'autoannullamento non siano stati conosciuti o conoscibili dall'interessato, ad es. perché abbia partecipato al procedimento nell'ambito del quale l'illegittimità si è prodotta<sup>153</sup>. Solo ove si pervenisse al riconoscimento in via interpretativa (argomentando *ex art.* 6 CEDU, art. 111 Cost.) di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concorsi, si potrebbe riunire in tali ipotesi la tutela giurisdizionale in ossequio al principio di concentrazione delle tutele, poiché diversamente è difficile non riconoscere una "controversia concernente l'assunzione" attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 1)<sup>154</sup>.

<sup>153</sup> Fra le ultime: Cons. St., sez. II, n. 6924 del 2022, cit.; Cass. civ., sez. lav., 3 giugno 2022, n. 17999; Cass. civ., sez. lav., 17 gennaio 2022, n. 1307; Cass. civ., sez. lav., 16 febbraio 2021, n. 4057; Cass. civ., sez. lav., 27 novembre 2019, n. 30992; Cass. civ., sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21528; Cass. civ., sez. lav., 29 luglio 2019, n. 20416; Cass. civ., sez. lav., 7 maggio 2019, n. 11951; Cass. civ., sez. lav., 8 gennaio 2019, n. 194. Non così se l'illegittimità è correlata a circostanze di fatto, cui la legge ricollega l'invalidità, che non siano conosciute o conoscibili da un individuo "mediamente avveduto", ove si dà adito a una responsabilità dell'amministrazione di tipo precontrattuale per aver ingenerato un incolpevole affidamento nella validità del procedimento e del contratto che ne è seguito: Cass. civ., sez. lav., n. 2316 del 2020, cit. Per una critica E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, in *www.giustamm.it*, 2022, 6 (consultato a giugno 2023). Sulla sorte del contratto d'impiego a seguito dell'annullamento della procedura concorsuale si veda da ultimo F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, cit., 925, secondo cui il contratto è inefficace e il relativo accertamento compete al giudice ordinario (da cui il frazionamento delle tutele); cfr. anche E.N. FRAGALE, *Concorsi pubblici, (in)validità del contratto e concentrazione delle tutele*, cit., 155 ss., che critica la tesi della nullità c.d. virtuale in quanto il contratto nullo verrebbe ad essere esposto all'accertamento della nullità senza limiti di tempo (art 1422 c.c.), e su iniziativa di chiunque vi abbia interesse (articolo 1421 c.c.), «con conseguente pregiudizio in danno delle esigenze di certezza e dei rapporti giuridici»; per l'annullabilità del contratto: E.M. MASTINU, *Annullamento della graduatoria concorsuale e assunzione alle dipendenze della pubblica amministrazione. Ancora sul lato oscuro di un rapporto controverso*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 539; ID., *Le ripercussioni dell'annullamento degli atti del concorso per assunzione sul contratto di lavoro del dipendente pubblico. Una svolta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione?*, *ivi*, 2015, 237 ss.; M. MARI, *Diritto al lavoro e concorso pubblico*, in S. COGLIANI (a cura di), *L'impiegato pubblico. Giurisdizione ordinaria e amministrativa*, Carocci, Bari, 2008, 78 ss.

<sup>154</sup> Per la risarcibilità della lesione dell'affidamento nel caso di nullità del contratto di assunzione per annullamento d'ufficio del concorso: Cass. civ., sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21528; Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, secondo cui la tutela risarcitoria compete al giudice amministrativo solo quando il danno sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo,

### 5. Il risarcimento da procedura concorsuale illegittima

Le incertezze e oscillazioni nel configurare il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in tema di reclutamento nell'amministrazione pubblica si riflettono altresì nella definizione della responsabilità per omessa o ritardata assunzione tutte le volte in cui essa derivi dall'illegittimità del procedimento amministrativo concorsuale.

Come si è già ricordato, infatti, il testo unico del pubblico impiego prevede, accanto alla giurisdizione amministrativa sui concorsi (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 4), quella del giudice ordinario sulle controversie concernenti l'assunzione all'impiego (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 1), con un'ambiguità che ha consentito sinanco di radicare innanzi a quest'ultimo questioni relative al procedimento concorsuale, come ad es. ove il diniego di stipulazione del contratto – e dunque la violazione del diritto all'assunzione prevalentemente ricondotto all'approvazione della graduatoria – derivi dal preteso difetto dei requisiti di ammissione al concorso<sup>155</sup>.

Nel caso di procedimento concorsuale illegittimo, il sistema de-

ove il risarcimento è perciò volto «a contribuire ad elidere le conseguenze di quell'esercizio del potere che si è risolto in sacrificio illegittimo dell'interesse sostanziale del destinatario dell'atto». Nello stesso senso G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 241 ss.: «dato che in casi di questo tipo la responsabilità non si collega ad una (inesistente) illegittimità del provvedimento, ma (nonostante la presenza del provvedimento) ad uno schema puramente comportamentale, si pone la questione della giurisdizione, nel senso che in assenza di un conferimento specifico da parte del legislatore dovrebbe ritenersi preferibile affermare la giurisdizione del giudice ordinario». *Contra* si veda F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 467, secondo cui l'interesse legittimo comprende altresì l'interesse alla stabilità del provvedimento, che ha un'autonoma rilevanza rispetto alla sua legittimità; sicché anche nel caso di lesione dell'affidamento la giurisdizione sul risarcimento va attribuita al giudice amministrativo.

<sup>155</sup> L'affermazione del pieno potere del giudice ordinario di «controllare, senza limiti di sorta, l'esercizio dell'attività amministrativa strumentale ai diritti fatti valere nel processo civile» conduce ad ammettere una duplice giurisdizione sugli stessi fatti e giudicati potenzialmente contrastanti; questi è infatti ritenuto libero di «valutare tutti gli elementi della fattispecie costitutiva, ancorché essi coincidano con gli atti di una procedura concorsuale di selezione», sicché «il soggetto legittimamente escluso secondo i criteri adottati nel giudizio amministrativo, potrebbe risultare vincitore all'esito del giudizio civile»: B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, cit., 413 ss. Per l'analisi del contenzioso: F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, cit., 900 ss.

lineato dal codice del processo amministrativo – che peraltro è successivo al testo unico – offre rimedio al dualismo (e al potenziale conflitto tra le giurisdizioni), consentendo di concentrare la tutela innanzi al giudice amministrativo, anche ove l’interessato lamenti una mancata o ritardata assunzione non più, o non sufficientemente, rimediabile con la tutela costitutiva.

Resta ferma, infatti, l’ovvia considerazione che porta a riconoscere primaria rilevanza anzitutto al rimedio costitutivo dell’annullamento, che – dal punto di vista dell’interessato – funge nel contenzioso da risarcimento in forma specifica<sup>156</sup>, oltre a consentire la contemporanea soddisfazione dell’interesse pubblico cui il concorso è in via prioritaria rivolto.

Come noto, il codice supera tendenzialmente il modello dei “diritti patrimoniali consequenziali” che costringeva l’interessato ad adire il giudice ordinario per il risarcimento dei propri diritti una volta ottenuto l’annullamento del provvedimento illegittimo. Così, il giudice amministrativo, quale che sia la sua giurisdizione, e dunque anche ove intervenga in sede di giurisdizione generale di legittimità (come nel caso dei concorsi), decide tutte le «controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali», di cui è ammessa altresì l’introduzione in via autonoma (d.lgs. n. 104 del 2010, cit., art. 7, comma 4)<sup>157</sup>.

Può accadere che l’annullamento dell’atto illegittimo sia di per sé solo sufficiente ad accertare il perfezionamento del diritto all’assunzione, che – come si è già ricordato – la prevalente ricostruzione fa derivare direttamente dall’approvazione della graduatoria finale: così, ad esempio, nel caso di annullamento del provvedimento di esclusione dal concorso del candidato risultato altrimenti vincitore, o di annullamento del provvedimento adottato in autotutela che abbia a propria volte rimosso la graduatoria approvata. In tali ipotesi, dunque, l’ordinamento consente all’interessato di ottenere dal medesimo

<sup>156</sup> G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 363 ss.; da ultimo M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 713.

<sup>157</sup> In tal senso si veda da ultimo Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2022, n. 1275, n. 1277 e n. 1278, secondo cui nel caso di nomina tardiva per effetto di una sentenza che abbia inciso sulla graduatoria (annullamento giurisdizionale della revoca), a essere leso è l’interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura concorsuale, con conseguente responsabilità risarcitoria per il danno da mancata assunzione, e giurisdizione del g.a. (in questo caso in sede di ottemperanza al giudicato). Nello stesso senso: Cons. St., sez. IV, 8 ottobre 2018, n. 5762.

giudice amministrativo non solo l'annullamento del provvedimento illegittimo, ma anche il risarcimento derivante dalla mancata o ritardata assunzione<sup>158</sup>. La soluzione – che la ricostruzione prevalente riconduce direttamente alla lesione dell'interesse legittimo vantato nel procedimento – pare in ogni caso particolarmente apprezzabile in quanto coerente con il principio di concentrazione delle tutele. È d'altra parte pacifico che, in ipotesi come quella descritta, il danno sia riconducibile all'illegittimità commessa nell'ambito del concorso, che la stessa abbia determinato una lesione dell'interesse legittimo o del diritto all'assunzione che l'annullamento ha fatto “rivivere”. Ciò a prescindere dal fatto che l'illegittimità in parola sia o meno ritenuta indice della colpa dell'amministrazione<sup>159</sup>, salvo prova contraria dell'errore scusabile dalla stessa fornita, oppure si richieda una specifica dimostrazione dell'elemento psicologico<sup>160</sup>.

La ricostruzione prevalente individua, dunque, in tal caso una responsabilità di tipo extracontrattuale, sicché all'interessato compete la prova del danno subito (che non coincide con le retribuzioni non percepite, atteso che il sinallagma contrattuale non si è formato)<sup>161</sup>.

L'individuazione di una responsabilità “da provvedimento” libera dall'ambiguità di riconoscere un diritto all'assunzione fondato *ex se* sul superamento del concorso (i.e. sull'approvazione della gradua-

<sup>158</sup> Es. Cons. St., sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 1095, per l'annullamento della graduatoria *in parte qua*, in ragione della mancata attribuzione di un punteggio ai titoli del candidato che ne avrebbe determinato la collocazione tra i vincitori.

<sup>159</sup> Cons. St., sez. IV, n. 5762 del 2018, cit.: l'illegittimità è indice presuntivo della colpa che può essere esclusa solo ove sia dimostrato l'errore scusabile (c.d. colpa dell'apparato). La colpa sussiste tutte le volte che l'adozione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di correttezza, imparzialità e buona amministrazione (es. amministrazione che prevede a bando un titolo di studio non più esistente e in applicazione della clausola esclude una candidata, né adotta provvedimenti in autotutela per annullare la clausola illegittima e riammetterla in graduatoria). In tema per tutti S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2008, 299 ss.

<sup>160</sup> In tal senso ad es. Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2018, n. 5350; Cons. St., sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5566.

<sup>161</sup> Il danno da omessa o ritardata assunzione non coincide con le retribuzioni non percepite, ma occorre viceversa dimostrare «l'entità dei pregiudizi di tipo patrimoniale o non patrimoniale che trovino causa nella condotta del datore di lavoro che si qualifica come illecita»: Cons. St., sez. III, 4 giugno 2013, n. 3049; Cass. civ., sez. un., 14 dicembre 2007, n. 62282. Non spetta alcun risarcimento se nel periodo considerato l'interessato ha percepito un reddito superiore a quello che gli sarebbe spettato in forza dell'assunzione: Cons. St., sez. V, 30 gennaio 2017, n. 370. Vedi anche: Cass. civ., sez. lav., 5 giugno 2017, n. 13940; Cons. St., sez. III, 28 dicembre 2016, n. 5514; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1773.

toria) e distinto dal diritto di credito derivante dalla stipulazione del contratto d'impiego<sup>162</sup>, diritto affermato talora invocando una supposta duplice natura degli atti di concorso, secondo cui il bando sarebbe contemporaneamente atto (amministrativo) del procedimento ad evidenza pubblica e proposta al pubblico (condizionata all'espletamento della procedura concorsuale e all'individuazione del vincitore), così come l'approvazione della graduatoria sarebbe al contempo provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto di individuazione del futuro contraente<sup>163</sup>.

Del pari si supera la ricostruzione che individuava in tali casi una responsabilità precontrattuale, secondo la lettura originariamente affermata nei negli appalti pubblici che – prima che si individuassero trattative multiple o parallele instaurate con tutti i candidati nell'ambito della stessa procedura di aggiudicazione – riconosceva la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nei rapporti con il (solo) vincitore della procedura, tutte le volte che all'aggiudicazione non facesse seguito la stipulazione del contratto.

Il sistema definito dal codice del processo libera così il singolo dall'onere di un ulteriore ricorso al giudice ordinario per la tutela risarcitoria del “diritto all'assunzione”<sup>164</sup>, fatto salvo il caso in cui

<sup>162</sup> Sull'originaria difficoltà di riconoscere un diritto soggettivo dell'impresa aggiudicataria nella fase che precede la stipulazione del contratto: R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 2004, 176 ss.

<sup>163</sup> In tal senso ad es. Cass. civ., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 9807; Cass. civ., sez. lav., 20 gennaio 2009, n. 1399. Sulla natura del bando di concorso di offerta al pubblico (condizionata) o di invito a offrire si vedano: A. CICU, *L'offerta al pubblico*, Gallizzi, Sassari, 1902; G. BAVIERA, *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Milano, 1907; ID., *Offerta al pubblico*, in *Enc. giur. ital.*, Milano, 1915, 167 ss.; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. II, Società editrice libraria, Milano, 1917, 170; R. VUOLI, *Una necessaria riforma*, in *Riv. int. sc. soc.*, 1921, 89, 340, 313 ss., continuato in *Riv. int. sc. soc.*, 1921, 90, 341, 28 ss. Da ultimo: B. BALDINI, *Effettività della tutela nelle controversie in materia di lavoro pubblico: un confronto tra giudice amministrativo e giudice ordinario*, in *Istit. fed.*, 2022, 525-526. Sulla pluriquificazione giuridica degli atti della procedura ad evidenza pubblica per la stipulazione dei contratti pubblici: F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 339 ss. Per la qualificazione del bando di gara come invito a offrire (che vincola all'accettazione della proposta migliore entro certi limiti e condizioni): G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 197.

<sup>164</sup> Lo stesso avviene pacificamente nel contenzioso sugli appalti, in ragione dello stretto collegamento della questione risarcitoria a quella sulla legittimità del provvedimento causativo del danno: da ultimo M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 729. Nel contenzioso sui con-

lo stesso si perfezioni per effetto dell'esecuzione della sentenza di annullamento. In tale ipotesi, pur non escludendosi l'autonoma proposizione dell'azione risarcitoria innanzi al giudice amministrativo (ex d.lgs. n. 104 del 2010, cit., art. 7, comma 4), pare da ammettersi altresì la possibilità di far valere il danno per la ritardata assunzione innanzi al giudice ordinario.

Viceversa, nel caso in cui non sia dimostrabile il danno da ritardata od omessa assunzione perché il concorso non si è concluso<sup>165</sup>, l'illegittimità degli atti della serie procedimentale assume rilevanza ai fini risarcitori solo ove il candidato riesca a fornire la prova del danno da perdita di *chances* e in genere del c.d. "interesse contrattuale negativo"<sup>166</sup>. A tal fine si richiede per lo più la dimostrazione della «elevata probabilità, prossima alla certezza» del conseguimento del risultato positivo<sup>167</sup>, secondo la logica che è stata definita della "spettanza *ex post*"<sup>168</sup>. La prova, nella maggior parte dei casi, risulta diffici-

corsi ritiene che non sia l'interesse legittimo a essere risarcito, ma il diritto soggettivo all'assunzione violato in ragione del provvedimento illegittimo che ha travolto il contratto già stipulato o ha impedito di dar corso alla stipulazione del contratto altrimenti certa: Cass. civ., sez. un., 14 luglio 2015, n. 14690. Vedi anche Cons. St., sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059, che afferma la giurisdizione ordinaria nel caso di ricorso avverso la caducazione del contratto per annullamento della graduatoria, con contestuale azione risarcitoria, atteso che la controversia riguarda un «atto paritetico di gestione del rapporto di lavoro adottato nell'esercizio dei poteri privatistici di datore di lavoro» e non è messo in discussione l'esercizio di attività autoritativa.

<sup>165</sup> Non vanta un diritto all'assunzione il candidato illegittimamente inserito in una posizione non utile nella graduatoria per l'avviamento al lavoro ove non sia stato sottoposto alla prova di idoneità, potendo in tal caso lamentare solo la responsabilità per danno da perdita di *chances*: Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 2021, n. 31407.

<sup>166</sup> Parametrato alle spese sostenute per partecipare alla procedura (danno emergente) e alle occasioni di guadagno perdute (lucro cessante), da ultimo: Cass. civ., sez. lav., n. 2316 del 2020, cit. Per una critica alla ricostruzione del danno da perdita di *chances* nelle procedure d'appalto: F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, cit., 12 ss. Da ultimo in tema si veda inoltre G. VERCILLO, *La tutela della "chance". Profili di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, spec. 116 ss.

<sup>167</sup> In tal senso, ad es., Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2018, n. 11165; Cass. civ., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21678. Diversamente Cons. St., sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452, che, riconoscendo al candidato illegittimamente escluso «una qualche probabilità di risultare vincitore del concorso», anche in considerazione dell'alea della valutazione per esami, liquida il danno nella misura del 10% della retribuzione spettante in caso di assunzione.

<sup>168</sup> G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, cit., 241 ss.; ID., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.

le se non impossibile da fornire, proprio per la lata discrezionalità di cui dispone la commissione nella valutazione delle candidature. Ciò ferma restando la critica di fondo nei confronti di una responsabilità che presuma un giudizio prognostico in cui il giudice sovrappone la propria valutazione all'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione<sup>169</sup>.

Non può invece lamentare alcuna pretesa risarcitoria il mero idoneo ove l'amministrazione abbia deciso di procedere all'indizione di una nuova procedura in luogo del pur possibile scorrimento della graduatoria: come si è già ricordato, la scelta in tal senso è espressione di un potere discrezionale dell'amministrazione, dunque, di per sé non è illegittima (non c'è obbligo di scorrimento). Al suo cospetto, la situazione soggettiva vantata dal singolo si atteggia a interesse legittimo<sup>170</sup>, dando accesso a una tutela risarcitoria solo nell'ipotesi in cui sia dimostrata in giudizio l'irragionevolezza del mancato scorrimento (e dunque nuovamente il danno da ritardata od omessa assunzione).

<sup>169</sup> F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, 306-307; *contra* F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 888. Per una critica vedi anche L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 643 ss.

<sup>170</sup> Salvo la legge espressamente preveda l'esaurimento delle graduatorie quale condizione per l'indizione di un nuovo concorso, come ad es. era previsto dal d.l. n. 101 del 2013, cit., art. 4, comma 3. Per l'esclusione di un diritto soggettivo in capo all'idoneo in graduatoria: Cons. St., sez. II, 28 dicembre 2020, n. 8371; Cons. St., sez. II, 21 ottobre 2019, n. 7104; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2017, n. 2376; Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 509; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 53. La sussistenza di un diritto degli idonei allo scorrimento è esclusa anche quando non si tratti di attribuire nuovi posti resisi vacanti successivamente all'indizione della procedura, ma di attribuire quello per cui lo stesso concorso era stato indetto, a seguito di rinuncia o esclusione del vincitore: Cass. civ., sez. VI, 5 agosto 2022, n. 24361; Cass. civ., sez. un., 20 ottobre 2017, n. 24878. Si vedano inoltre: Cons. St., sez. III, 3 luglio 2018, n. 4078; Cons. St., sez. III, 6 marzo 2018, n. 1413.

## Cenni conclusivi

Il pubblico concorso si è affermato a partire dall'epoca moderna come modello di selezione di funzionari pubblici fedeli e capaci, a garanzia del perpetuarsi dello stato-apparato, prima come servizio personale del Re, poi dello Stato e della Nazione, infine come espressione della sovranità popolare (art. 1, 98 Cost.). Sin dall'*ancien régime*, è istituto funzionale ad assicurare l'adeguatezza dell'organizzazione pubblica all'esercizio dei compiti attribuiti dall'ordinamento (art. 118, comma 1, Cost.), cui il riconoscimento dell'eguaglianza giuridica dei cittadini e dei diritti di partecipazione politica ad essa connessi non fa che offrire una legittimazione ulteriore (art. 51, comma 1, Cost.)<sup>1</sup>.

Ciò non vuole comportare una diminuzione d'importanza del reclutamento quale diritto politico dei cittadini, poiché anzi nella proclamazione dell'eguale diritto di accesso agli impieghi pubblici – che segna l'affermarsi dello stato di diritto e il superamento degli odiosi privilegi della società dei ceti – si deve cogliere una delle più profonde ragioni della procedimentalizzazione che caratterizza il modello concorsuale negli ordinamenti democratici.

La definizione dei requisiti di accesso, come si è visto, è funzionale anzitutto all'assolvimento delle esigenze d'interesse pubblico affidate alle organizzazioni, ove le evoluzioni recenti evidenziano la capacità dell'intelligenza artificiale di favorire una più efficiente individuazione delle professionalità necessarie all'espletamento delle missioni di interesse generale che segnano il fondamento istituzionale degli enti pubblici.

Le stesse ragioni d'interesse pubblico valgono a introdurre temperamenti al prevalente modello meritocratico in favore di requisiti intesi ad assicurare la maggior inclusività degli apparati, a superare diseguaglianze o discriminazioni che minano la stessa effettività dell'azione pubblica, o per la valorizzazione di elementi che possano

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, capitolo I.

comunque ritenersi maggiormente utili al pieno espletamento delle funzioni, perché danno preminente rilevanza alla dimensione fiduciaria (e dunque all'appartenenza politica), o perché privilegiano altre appartenenze – o non-appartenenze –, religiose o ideologiche, rivelatesi compatibili – o non incompatibili – con gli interessi pubblici<sup>2</sup>.

La correlazione con l'interesse pubblico che è propria della funzione definisce la discrezionalità amministrativa rispetto all'autonomia datoriale, e da tempo è indicata quale preminente *ratio* del regime giuridico degli atti amministrativi<sup>3</sup>, senza che ciò valga, ovviamente, a escludere la generale capacità delle pubbliche amministrazioni di impiegare strumenti di diritto privato, e che questi all'occasione possano palesarsi ugualmente idonei al fine ricercato.

La contrattualizzazione ha sottratto all'area del diritto pubblico la quasi totalità degli atti adottati dall'amministrazione per la gestione del personale, dando preminenza alla dimensione patrimoniale del rapporto, nella ricerca di una maggiore efficienza che non di rado si è tradotta in un depotenziamento della tutela del lavoratore pubblico offerta dalle garanzie di imparzialità e trasparenza proprie della funzione amministrativa. Al contempo, ne è risultato lo "stemperamento", se non l'offuscamento, della causa giuridica del rapporto coincidente con il servizio della Nazione (art. 98, Cost.), che ne rende la posizione non assimilabile a quella del lavoratore dell'impresa. Alla perdita di specificità del modello culturale di riferimento solo in parte si è posto rimedio con i codici di comportamento e le norme anticorruzione, che hanno inteso riaffermare la centralità della "cultura della legalità" e dell'etica pubblica quale cifra caratterizzante lo *status* dei funzionari.

L'evoluzione verso l'adozione di strumenti giuridici di diritto privato non ha coinvolto, e non per caso, il concorso. Ciò, nonostante si sia almeno inizialmente ipotizzata l'opportunità di assunzioni meno "rigidamente" disciplinate, ma che si immaginavano comunque capaci di assicurare "nel complesso" risultati migliori<sup>4</sup>, forse anche postulandosi una capacità delle organizzazioni di valutare le "*performances*" e la realizzazione degli obiettivi prefissati con la configurazione di una responsabilità da risultato che, alla prova dei fatti, non ha soddisfatto le attese.

<sup>2</sup> Cfr. *supra*, capitolo II.

<sup>3</sup> Per tutti B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 426.

<sup>4</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, cit., 471.

Al contrario, come si è cercato con questo lavoro di dimostrare, il concorso resta un insuperabile principio di organizzazione che si afferma ogni qual volta siano affidati a un apparato compiti d'interesse pubblico, a prescindere dalla natura giuridica di diritto privato a esso "accidentalmente" attribuita<sup>5</sup>, recando con sé una disciplina procedimentale che scandisce la scelta di coloro cui dare accesso agli impieghi pubblici.

Il reclutamento pubblico non è libero poiché a esso si contrappone un diritto politico dei cittadini che è garanzia della democraticità dell'ordinamento e che reca con sé l'esigenza di procedimentalizzazione, di una disciplina, cioè, capace di dar evidenza alla concatenazione logico-giuridica delle scelte, per garantirne la controllabilità e il sindacato secondo i vizi di violazione di legge, incompetenza e, soprattutto, di eccesso di potere. Il concorso dunque è un procedimento amministrativo, disciplinato da norme di azione che – seppur in quanto tali prioritariamente preordinate alla tutela dell'interesse pubblico<sup>6</sup> – sono tutt'altro che neutre rispetto agli interessi dei singoli, cui anzi offrono la più efficace garanzia, poiché delle scelte effettuate – e del rispetto dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza per esse prescritti dall'ordinamento – assicurano la controllabilità secondo un carattere che non trova equivalenti nella disciplina del lavoro nell'impresa.

Manca, nel caso dei "poteri privati", la sanzionabilità *ex se* della violazione dei principi, anche quando non siano posti a diretta garanzia di interessi individuali, come invece prevalentemente assicura il contenzioso sugli atti amministrativi<sup>7</sup>. Nel caso dei concorsi, come si è visto, il sindacato non sembra aver affatto perso molti degli elementi tipici di quella dimensione di diritto oggettivo che ha storicamente caratterizzato l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato<sup>8</sup>, come dimostra ad es. il contenzioso sulla violazione della regola dell'anonimato, che s'impone a prescindere dalla concreta attitudine della violazione a tradursi in una diminuzione d'imparzialità a danno dei singoli<sup>9</sup>, e dunque a prescindere dall'idoneità del ricorso

<sup>5</sup> Cfr. *supra*, capitolo III.

<sup>6</sup> E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1943, 30; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1975, 141.

<sup>7</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 66 ss.

<sup>8</sup> F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 601; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, *ivi*, 243.

<sup>9</sup> Cons. St., ad. plen., nn. 26, 27, 28 del 2013, cit.

a sfociare in concreto nell'ottenimento del bene della vita ricercato. O come del pari si evince dalla limitata rilevanza attribuita alle più innovative forme di responsabilità risarcitoria viceversa affermatesi nel settore dei contratti pubblici (responsabilità precontrattuale)<sup>10</sup>.

È stato evidenziato come taluni diritti dell'uomo abbiano nell'ordinamento una particolare rilevanza, perché, nel proteggere l'interesse dei singoli, tutelano allo stesso tempo e con pari forza un interesse riferibile a terzi, che si tratti di altri individui o della collettività<sup>11</sup>. È il caso del diritto alla salute (art. 32, comma 1, Cost.), la cui tutela rileva nell'ordinamento come "giano bifronte"<sup>12</sup> – diritto individuale e interesse collettivo – ma anche di altri diritti per i quali tale carattere non è altrettanto esplicito, pur restando evidente, come accade per la libertà di scienza, di religione, di pensiero e altri ancora. Ed è da tale capacità di proteggere gli interessi del singolo e quelli dei terzi che deriva la necessità di una tutela costitutiva quale quella offerta dalla giurisdizione amministrativa di legittimità.

È questo senz'altro il caso del diritto di accesso agli impieghi pubblici, che si pone come diritto pubblico soggettivo perché, nel garantire l'interesse del singolo alla partecipazione politica prima ancora che al lavoro (art. 4 Cost.), svolge una "funzione sociale" che si affianca a quella di affermazione della personalità individuale propria di ogni diritto di libertà<sup>13</sup>. Esso, infatti, si correla alla democraticità dell'ordinamento, ma anche all'adeguatezza delle organizzazioni amministrative alla realizzazione dei compiti d'interesse pubblico (art. 118, comma 1, Cost.) e alla protezione dei diritti individuali cui tali funzioni sono preordinate, per l'effetto ponendosi rispetto

<sup>10</sup> Cfr. capitolo VI, par. 3-4.

<sup>11</sup> Così R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, cit., 999. Da ultimo sul diritto alla scienza come "diritto individuale pubblico di libertà": ID., *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, cit., 611, con rinvio in particolare a A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Treccani, Roma, 1991, 10, 11; E. CASSETTA, *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, 792; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; P. HABERLE, *Die Wesensgehalt Garantie des art. 19 ABS 2 Grundgesetz* (1983), trad. it. a cura di P. Ridola, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci, Roma, 1993; M. LA TORRE, *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 79; F. PIERANDREI, *I diritti subiettivi nell'evoluzione della dottrina germanica*, Giappichelli, Torino, 1940.

<sup>12</sup> R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, 24.

<sup>13</sup> P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, cit.

all'organizzazione pubblica e statale come "limitazione necessaria e congenita"<sup>14</sup>.

Il diritto all'eguale accesso si traduce nel diritto a "essere presi in considerazione"<sup>15</sup>, a beneficiare di un reclutamento imparziale e capace di prestare la dovuta attenzione alla professionalità dimostrata, ove la "giusta" misura della valutazione è quella proporzionata alla definizione di adeguatezza ritenutasi necessaria per l'esercizio dei compiti d'interesse pubblico. Diritto cui l'ordinamento offre tutela con la disciplina del procedimento amministrativo concorsuale, senza che sinora sia stato possibile trovare garanzie più efficaci.

Le critiche più frequentemente ad esso opposte, che ne rilevano l'incapacità di selezionare *effettivamente* i migliori candidati, investono in realtà i contenuti delle prove o la selezione dei commissari, piuttosto che il carattere di diritto pubblico del modello.

Si è talora detto che la Costituzione non imporrebbe l'impiego di modelli d'organizzazione di diritto pubblico per la realizzazione dei principi d'imparzialità e buon andamento<sup>16</sup>: altro è ritenere che l'adozione di tali modelli importi di necessità un'assorbente attenzione verso l'attuazione del principio d'imparzialità, con conseguente e ineludibile sacrificio dell'interesse al buon andamento delle organizzazioni, che in tale lettura viene ad essere al primo quasi forzatamente contrapposto. Altro è affermare che la funzione amministrativa sia incompatibile con una professionalizzazione del suo esercizio che, specialmente attraverso l'impiego di strumenti digitali, sappia assicurarne il risultato ricercato di reclutamento dei migliori<sup>17</sup>.

L'intelligenza artificiale consente il monitoraggio e la verifica della capacità amministrativa degli enti, offrendo uno strumento utile a misurare o predire – in base a valutazioni probabilistiche – l'adeguatezza all'attribuzione di funzioni e servizi (art. 118, comma 1, Cost.). Ove l'analisi predittiva evidenzia il difetto delle professionalità ritenute necessarie, si autorizza il commissariamento dell'amministrazione o altri

<sup>14</sup> F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo* (1924) poi il Mulino, Bologna, 1992, 248. Vedi anche L.B. NAMIER, *La rivoluzione degli intellettuali*, Einaudi, Torino, 1957, 173, ove, a proposito dell'incompiuta realizzazione del binomio "libertà per l'individuo" e "libertà per le nazioni" nel 1848, si evidenzia come la libertà individuale e civica esiga una «struttura politica stabile e incontestata».

<sup>15</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., 142

<sup>16</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, cit., 462 ss. Da ultimo l'argomento è ripreso da A. RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, cit., 311-312.

<sup>17</sup> Cfr. *supra*, capitolo V.

interventi sussidiari. Di converso, gli stessi strumenti possono suggerire la specializzazione degli enti, secondo rilevazioni capaci di dare evidenza eventualmente alle “vocazioni” dei territori, per il consolidamento di “filiere” di formazione e lavoro rispondenti alle specificità di modelli e tradizioni di sviluppo economico localmente insediati.

Il reclutamento vale a “costituire” l’organizzazione, definendo le capacità e professionalità delle persone giuridiche in modo permanente, dato il carattere normalmente stabile (a tempo indeterminato) delle carriere. A segnare la differenza rispetto all’analoga funzione svolta dai procedimenti di assunzione nelle imprese è la rilevanza giuridica nei confronti dei terzi dei rapporti in tal modo costituiti, che sono gli stessi principi costituzionali a porre al servizio della collettività più che a quello dell’interesse egoistico dell’impresa. Quest’ultima, infatti, nell’utilità sociale trova nulla più che un limite esterno, di cui, con il superamento delle teorie d’ispirazione corporativa (art. 41, comma 2, Cost.), si è evidenziata l’incapacità di assurgere a causa giuridica dei rapporti e a vincolo interno della funzione<sup>18</sup>.

La correlazione tra interesse pubblico, procedimento amministrativo e atto amministrativo s’impone dunque di tutta evidenza, recando con sé la giurisdizione amministrativa che come noto è la più “sensibile” alle ragioni dell’interesse pubblico, cui è capace di offrire una tutela penetrante grazie al sindacato di eccesso di potere e, ancora più, grazie a una tutela costitutiva che ha stentato ad affermarsi innanzi al giudice ordinario incaricato del contenzioso sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni<sup>19</sup>.

Da tale correlazione con l’interesse pubblico – che si è cercato di evidenziare sia come condizione di imparzialità e buon andamento delle organizzazioni, sia come presupposto dell’imparzialità soggettiva e della legittimazione professionale del funzionario – deriva per il reclutamento la rilevanza nei confronti dei terzi tipica degli atti amministrativi. L’atto di approvazione della graduatoria supera la dimensione bilaterale del rapporto d’impiego e dei diritti e obblighi anzitutto patrimoniali evidenziati dalla privatizzazione. Da qui il riconoscimento di un potere di reazione a tutti gli interessati, cui è offerta la possibilità di ottenere una sentenza opponibile agli stessi terzi, innescando un sistema di controlli che è anzitutto attento al corretto perseguimento di tale pubblico interesse.

<sup>18</sup> Per l’analisi dell’evoluzione, da ultimo: A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell’amministrazione datore di lavoro*, cit., 249.

<sup>19</sup> Cfr. *supra*, capitolo VI, par. 1.

## Bibliografia essenziale in tema di pubblico concorso e accesso agli impieghi pubblici

- AA.VV., *Il reclutamento: le buone pratiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 4, 1231-1254.
- AA.VV., *Pandemia e assunzioni nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 1, 34-70.
- V. ABU AWWAD, N. VETTORI, *Servizi di interruzione volontaria della gravidanza e obiezione di coscienza: obblighi dell'amministrazione sanitaria e possibili profili di responsabilità penale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 1, 9-33.
- I. AJUNWA, *The Quantified Worker, Law and Technology in the Modern Workplace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.
- M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017.
- A. ALBANESE, *Impiego pubblico e impiego privato presso la pubblica amministrazione in Germania e in Spagna*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1993, 57, 1, 163-212.
- G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2003, 6, 1194-1213.
- G. ALBERTON, *Recrutement des Européens dans la fonction publique française. Le décret du 22 mars 2010 est-il vraiment "accueillant"?*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2010, 35, 1984-1991.
- G. ALBERTON, *De la prise en compte des activités professionnelles antérieures lors d'un recrutement dans la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2011, 19, 1091-1093.
- V. ALBOUY, T. WANECQ, *Les inégalités sociales d'accès aux grandes écoles*, in *Economie et statistique*, 2003, 361, 27-52.
- F.G. ALBISINNI, *I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 4, 508-518.
- E. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2007.
- A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006.
- F. ALLAIRE, *L'accès à la fonction publique territoriale: entre le droit ad-*

- ministratif et le droit du travail*, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2005, 2, 67-71.
- O. ALLAL-CHÉRIF, A. YELA ARÁNEGA, R. CASTAÑO SÁNCHEZ, *Intelligent recruitment: How to identify, select and retain talents from around the world using artificial intelligence*, in *Technological Forecasting & Social Change*, 2021, 169, 120822, 1-11.
- U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965.
- U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Cedam, Padova, 1996.
- U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro italiano*, 1984, V, 205-220.
- U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1993, 131-139.
- M. ALLENA, M. TRIMARCHI, *La Costituzione dimenticata. Il principio del concorso pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 1, 379-406.
- M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 613-660.
- A. AMORTH, *Lineamenti della organizzazione amministrativa italiana*, Giuffrè, Milano, 1950.
- A. AMORTH, *L'approvazione della graduatoria dei pubblici concorsi*, in *Giur. it.*, 1954, III, 121-129 e poi in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1999, 1475-1489.
- E.A. APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 602-655.
- E.A. APICELLA, *Concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni, posizioni soggettive del dipendente pubblico e riparto della giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 4, 1157-1191.
- G. ARDAU, *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.
- M. ARGENTATI, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in una prospettiva di diritto comparato*, in *Diritto pubblico*, 2009, 3, 929-964.
- N. ARONEY, *Faith in Public Office: the Meaning, Persistence and Importance of Oaths*, in *ABC's Religion and Ethics*, 2015 (<https://www.abc.net.au/>).
- N. ASSINI, M. SOLINAS, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. VII, Treccani, Roma, 1988, 1-9.
- E. AUBIN, *La transformation des modes de recrutement des agents publics. Quid novi en 2023?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2023, 24, 1272-1277.
- J.B. AUBY, *Réflexions sur la réforme de l'encadrement supérieur de l'Etat*, in *Droit Administratif (DA)*, 2021, 12, 13-17.

- A. AURILIO, *Presidenza delle commissioni di concorso, principio di distinzione tra politica e amministrazione nei piccoli enti locali e riforma del titolo quinto della Costituzione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, 1, 239-245.
- V. AZIMI (sous la direction de), *Les élites administratives en France et en Italie*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2006.
- V. AZIMI, *Considérations inactuelles et actuelles sur l'élitisme républicain et l'administration française*, in *Les élites administratives en France et en Italie*, sous la direction de V. Azimi, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2006, 19-104.
- G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Diritto pubblico*, 2011, 2, 425-450.
- E. BALAZS, *La bureaucratie céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle* (1968), trad. it. a cura di R. Corsini Pisu, *La burocrazia celeste: ricerche sull'economia e la società della Cina nel passato*, Il Saggiatore, Milano, 1971.
- B. BALDINI, *Effettività della tutela nelle controversie in materia di lavoro pubblico: un confronto tra giudice amministrativo e giudice ordinario*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2022, 2, 497-529.
- R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007.
- E. BALLETTI, *La classificazione delle riviste e le altre sedi editoriali in relazione alle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, 3-4, 399-422.
- C. BAN, *La réforme du processus de dotation en personnel dans les institutions de l'Union européenne: comment se débarrasser de la vache sacrée*, in *Revue Internationale de Sciences Administrative*, 2010, 1, 76, 5-26.
- A. BANFI, *La valutazione fra scienza e feticismo dei numeri*, in *il Mulino*, 2013, 1, 88-95.
- A. BANFI, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 2, 361-384.
- L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. II, Società editrice libraria, Milano, 1917.
- BARBAGALLO, *La trasformazione del modello convittuale e i suoi riflessi sul reclutamento del personale tra parità di genere e pluralismo educativo. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2022*, in *Federalismi.it*, 2023, 4, 1-18.
- C. BARBATI, *L'«altro» reclutamento universitario: la chiamata diretta*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 12, 1232-1239.

- C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Giappichelli, Torino, 2019.
- M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007.
- A. BARBERO, *Carlo Magno*, Laterza, Bari-Roma, III ed., 2006.
- P. BARILE, *Il soggetto privato in Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953.
- P. BARILE, *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 1243-1253.
- D. BARRACO e S. IACOBUCCI, *Gamification: il gioco che seleziona*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2018, 36, 2101-2104.
- A. BARTOLINI, *Appunti sul valore legale del titolo di studio*, in *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive, proposte*, a cura di G. della Cananea e C. Franchini, Giappichelli, Torino, 2009, 47-55.
- G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther, Giappichelli, Torino, 2007, 86-139.
- S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 2000.
- S. BATTINI, *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, t. I, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, 373-585.
- S. BATTINI, *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni: da una regolamentazione unilaterale all'altra?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, 627-640.
- S. BATTINI, B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 4, 1001-1034.
- S. BATTINI, B. CIMINO, *Il personale*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, il Mulino, Bologna, 2009, 279-328.
- S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1, 39-44.
- S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 1, 39-44.
- S. BATTINI e L. FIORENTINO (coord.), *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, IRPA Working Paper - Policy Papers Series No. 1/2014.
- S. BATTINI, *Il personale*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2015, 143-214.

- S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, in *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 2017, 641-674.
- S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 3, 269-281.
- S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *SINAPPSI - Connessioni tra ricerca e politiche pubbliche*, 2020, 1, 3-30.
- S. BATTINI, *Premessa*, in *Formare la PA Rapporto SNA 2017-2020*, Mili-graf Edizioni, Roma, 2021, 11-19.
- S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2021, 2, 291-336.
- S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, 2, 735-785.
- S. BATTINI, *Fenomenologia dello spoils system: un nuovo stato patrimoniale?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, 3, 997-1052.
- G. BAVIERA, *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Milano, 1907.
- G. BAVIERA, *Offerta al pubblico*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XII, pt. II, Società editrice libraria, Milano, 1915, 117-170.
- O. BEAUD, *Le rapport Thiriez sur la haute fonction publique. Entre propositions iconoclastes et banalités managériales*, in *La Semaine Juridique - Édition Générale (JCP G)*, 2020, 13, 652-659.
- O. BEAUD, *Le savoir en danger. Menaces sur la liberté académique*, Puf, Paris, 2021.
- J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, Europa Law Publishing, Groningen, 2001.
- B. BEIGNIER, *L'honneur*, in *Droits: revue française de théorie juridique*, 1994, 19, 97-103.
- B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, L.G.D.J., Paris, 1995.
- A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto... e ritorno?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2023, 1, 11-40.
- I. BELLIER, *Les élèves entre eux: une tribu, un corps, un esprit?*, in *Pouvoirs*, 1997, 80, 43-54.
- N. BELLOUBET-FRIER, *Le principe d'égalité*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1998, HS, 152-164.
- F. BENIGNO, G. GIARRIZZO, *Storia della Sicilia*, vol. II, *Dal Seicento a oggi*, Laterza, Bari-Roma, 2003.

- J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, collected by John Bowring, vol. V, *Official Aptitude Maximized, expense minimized*, William Tait, Edinburgh, 1843.
- P. BENVENISTE, *Ius et le serment à Rome*, in *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, vol. 2, *Pouvoir, Droit, Religion*, Editions de Minuit, Paris, 1969, 111-122.
- F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 1, 118-145.
- F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale (1964 [1957])*, in *Atti del Convivium regionale di studi giuridici*, Trento, 28 giugno 1957, Trento, 1958, 49-72, poi ripubblicato in *Amministrazione pubblica. Autonomie locali, Scritti degli anni dell'Isap*, a cura di E. Rotelli, Isap, Milano, 2010, 291-306.
- F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, pt. generale, Cedam, Padova, 1959.
- F. BENVENUTI, *Prefazione*, in *La procedura amministrativa (1964)*, in *Pubblicazioni dell'Isap*, Contributi 4, *La procedura amministrativa*, a cura di G. Pastori, Neri Pozza, Vicenza, 1964, IX-XV, poi ripubblicato in *Amministrazione pubblica. Autonomie locali, Scritti degli anni dell'Isap*, a cura di E. Rotelli, Isap, Milano, 2010, 287-290.
- P. BERGER, *On the Obsolescence of the Concept of Honor*, in *European Journal of Sociology/Archives Européennes de Sociologie/Europäisches Archiv für Soziologie*, 1970, 11, 2, *La foi et les moeurs or Faith and Morals*, 339-347.
- B. BERNABÉ, *Le serment et les Horaces. Actualité d'une vieille hypothèse sur la fonction créatrice de la parole judiciaire*, in *Le serment. Perspectives juridiques contemporaines*, sous la direction de J. Boudon, Editions de la SLC, Paris, 2023, 15-47.
- P. BERNARD, *Storia della Prussia dai primi tempi insino all'anno 1847*, Tipografia Elvetica, Capolago, 1847.
- G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968.
- G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986.
- R. BERTOLINO, *Assistenza religiosa, obiezione di coscienza e problemi morali e psicologici nel prisma della struttura ospedaliera*, in *Iustitia*, 1988, 3-44; in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 1989, 81-138; in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, vol. I, Mucchi Ed. (s.d.), 93-150; in *Lo spirito del diritto ecclesiale, Scritti scelti di Rinaldo Bertolino*, a cura di R. Mazzola, I. Zuanazzi, M.C. Ruscazio, Università degli Studi di Torino - Edizioni Scientifiche Italiane, Torino-Napoli, 2022, 315-358.
- G. BERTUCCIOLI, *Come l'Europa vide la Cina nel secolo XVIII*, in *Mondo cinese*, 1986, 54, 21-30.

- M. BEVILACQUA, *L'Osservatorio nazionale sulla capacità amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 4, 454-662.
- E. BILAND, *Les concours territoriaux: à l'ombre de l'État, entre les mains des élus ou aux avant-postes de la modernisation*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 2, 142, 431-442.
- P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti e doveri dei cittadini*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, III ed., 1987, 725-728.
- P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti politici*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, III ed., 1987, 733-735.
- S. BISSARO, *Discipline anacronistiche e questioni di genere all'esame della Corte costituzionale. Alcune riflessioni a margine della sentenza n. 1 del 2022, in materia di selezione del personale per convitti ed educandati*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2022, 2, 277-296.
- C. BLUMANN, *Le droit de la fonction publique*, in *Droit nationaux, droit communautaire, influences croisées: en hommage à Louis Dubuis*, La documentation française, Paris, 2000, 123-142.
- E. BLUNT, *The I.C.S., The Indian Civil Service*, Faber and Faber, London, 1938.
- M. BOARELLI, *Contro l'ideologia del merito*, Laterza, Bari-Roma, 2019.
- M. BOGDANOW and Hon. T. LANPHEAR, *History of the Merit System Protection Board*, in *Journal of the Federal Circuit Historical Society*, 2010, 4, 109-124.
- O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *Il nuovo diritto anti-discriminatorio*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, 2007, 125-170.
- A. BONAITI, S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 1, 183-212.
- A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 2, 373-405.
- T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna University Press, Bologna, 2022.
- M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, RomaTrE-Press, Roma, 2020.
- G. BORRÈ, *Il 3° comma dell'art. 98*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, 443-476.
- U. BORSI, *Per una disciplina legislativa dei concorsi ad impieghi comunali*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1916, I, 1-29.

- A. BOSCATI, *Dalle esigenze dell'organizzazione alle modalità di reclutamento: punti critici della disciplina vigente e possibili interventi di riforma*, in *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, a cura di U. Carabelli e L. Zoppoli, Quaderno 6/2021 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Futura, Roma, 2021, 49-66.
- A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, A. Boscati, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021.
- A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, Cedam, Padova, 2022.
- A. BOSCATI, *Il reclutamento riformato*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, a cura di A. Boscati - A. Zilli, vol. I, Cedam, Padova, 2022, 43-70.
- G. BOTTINO, *Il reclutamento riformato? Riformare non è soltanto semplificare*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, a cura di A. Boscati - A. Zilli, vol. I, Cedam, Padova, 2022, 71-91.
- J. BOULOUIS, *Fonction publique et nationalité. Quelques réflexions à propos de l'ouverture des emplois publics aux ressortissants des Etats membres des Communautés Européenne*, in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, 81-89.
- P. BOURDIEU, J.-C. PASSERON, *Les Héritiers. Les étudiants et la culture*, Minuit, Paris, 1964.
- P. BOURDIEU, J.-C. PASSERON, *La reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Minuit, Paris, 1970.
- J. BOURDON, *Vers une banalisation du droit de la fonction publique ?* in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2005, 6, 284-288.
- P. BOURDON, *L'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 relative à la haute fonction publique: vers de nouveaux parcours professionnels pour les cadres supérieurs de l'État*, in *Droit Administratif (DA)*, 2021, 12, 18-22.
- O. BUI-XUAN, *L'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions publiques à responsabilités ou les occasions ratées du quinquennat*, in *La Semaine Juridique - Administration et Collectivités territoriales (JCP A)*, 2022, 9-10, 1-5.
- J. BURNHAM and R. PYPER, *Britain's Modernised Civil Service*, Bloomsbury, New York, 2008.
- M.D. BRADBURY, J.E. KELLOUGH, *Representative bureaucracy: exploring the potential for active representation in local government*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2008, 18, 4, 697-714.
- J. BREUILLY, *The formation of the first German nation-state, 1800-1871*, trad. it. a cura di M. Santoro, *La formazione dello Stato nazionale tedesco*, il Mulino, Bologna, 2004.

- R. BRIGATI, *Il giusto a chi va. Filosofia del merito e della meritocrazia*, il Mulino, Bologna, 2015.
- M. BROCCA, *Concorsi universitari: il potere di valutazione tecnica tra modalità di esercizio della Commissione e sindacato del giudice*, in *Foro amministrativo-T.a.r.*, 2002, 12, 4028-4115.
- A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 2, 357-359.
- L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2017, 3, 1-24.
- S. CAFFIO, *Riserve, precedenza e dimensione di genere nel pubblico impiego*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, a cura di A. Boscati, A. Zilli, vol. I, Cedam, Padova, 2022, 229-251.
- S. CAFFIO, A. RICCARDI, *Questioni vecchie e nuove in tema di assunzioni dei disabili nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2023, 1, 41-70.
- M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008.
- M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 1, 187-227.
- L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it.*, 2021, 7, 39-79.
- M. CALLEGARI, E.R. DESANA e M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2021.
- A. CALORE, *Cittadinanze nell'antica Roma*, vol. I, *L'età regia*, Giappichelli, Torino, 2018.
- Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, il Mulino, Bologna, 2013.
- M. CAMELLI, *Direttori dei musei: grandi riforme, piccole virtù e un passato che non passa*, in *Aedon*, 2018, 1, 1-3.
- F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. III, Società editrice libraria, Milano, 1901, 3-219.
- D. CANALE, *Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell'Allgemeine Landrecht prussiano del 1774*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1998, XXVIII, 1, 139-194.
- R. CANTONE e F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Diritto pubblico*, 2019, 3, 879-904.

- Y. CANNAC, *Faut-il maintenir le monopole de l'ENA?*, in *Pouvoirs*, 1997, 80, 67-72.
- E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, II ed., Giuffrè, Milano, 1964.
- E. CANNADA BARTOLI, *In tema di atti generali e disapplicazione amministrativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 2187-2190.
- F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 4, 499-511.
- U. CARABELLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, Quaderno 6/2021 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Futura, Roma, 2021.
- R. CARANTA, *La corte di cassazione ed i lettori di lingua straniera, ovvero, tutto è bene quello che finisce bene*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 4-5, 1088-1098.
- R. CARANTA, *La libertà di circolazione e i lavoratori nel settore pubblico*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1999, 4, 1, 21-52.
- R. CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, a cura di V. Molaschi, C. Videtta, Jovene, Napoli, 2001, 1009-1064.
- A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991.
- A. CARIOLA, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici davanti alla corte costituzionale: un'applicazione zoppa del principio di imparzialità?*, in *Foro italiano*, 1991, I, 396-402.
- L. CARLASSARE, *La parità dei sessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica e vita quotidiana*, a cura di A. Del Re, V. Longo, L. Perini, Franco Angeli, Milano, 2010, 11-23.
- E. CARLONI, F. MERLONI, A. PIOGGIA, *Sul valore legale del titolo di studio*, in *www.astrid-online.it*, 2012.
- E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2019, 2, 363-392.
- E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole e modelli*, il Mulino, Bologna, 2023.
- A. CARNAROLI, *La libera circolazione dei dipendenti pubblici in Italia e in Francia*, in *Diritti lavori mercati*, 2006, 2, 259-283.
- H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Giuffrè, Milano, 2004.
- B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, 2, I, 215-249.
- A. CASSATELLA e C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La selezione del personale*

- amministrativo: un raffronto fra Italia e Germania*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, 3, 765-802.
- S. CASSESE, *Questione amministrativa e questione meridionale. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall'unità ad oggi*, Giuffrè, Milano, 1977.
- S. CASSESE e J. PELLEW (edited by - sous la direction de), *Le système de mérite - The merit system*, IISA, Bruxelles, 1987.
- S. CASSESE, *The introduction of merit system in various bureaucracies: a comparative account*, in *Le système du mérite - The merit system*, IISA, Bruxelles, 1987, 9-23.
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Einaudi, Torino, 1991.
- S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1993, 3, I, 287-318.
- S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, 10, 915-923.
- S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Cassese, M. D'Antona, G. Cecora, S. Battini, G. D'Auria, Giuffrè, Milano, 1997, 77-82.
- S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, 11, 1156-1167.
- S. CASSESE, *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 2002, 6, 9-15.
- S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, il Mulino, Bologna, 2014.
- S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2023.
- M.C. CAVALLARO, *Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute*, in *PA Persona e amministrazione*, 2020, 1, 197-217.
- B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Giuffrè, Milano, 2005.
- R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, nt. a C. cost. 16 maggio 2002, n. 194, in *Foro amministrativo-C.d.S.*, 2002, 9, 1994-2004.
- R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo*, 2003, 1, 119-132.
- R. CAVALLO PERIN, *Il riformismo e le privatizzazioni in Italia*, in *Meridiana*, 2004, 50-51, 161-179.
- R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto fonda-*

- mentale degli amministrati alla correttezza dei funzionari, in *Al servizio della Nazione*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Milano, 2009, 147-161.
- R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La liberté de circulation des travailleurs dans l'Union européenne: les modèles italien et français de recrutement dans l'administration publique*, in *Droits du travail & des fonctions publiques: Unités(s) du Droit*, sous la dir. de M. Touzeil-Divina & de M. Sweeney, L'épitoge - Lextenso, Le Mans, 2012, 169-189.
- R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Le recrutement dans les administrations publiques et le principe du concours dans le système juridique italien*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 2, 142, 443-454.
- R. CAVALLO PERIN et B. GAGLIARDI, *L'exemple italien: l'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation*, in Ch. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après ?*, Dalloz, Paris, 2014, 177-188.
- R. CAVALLO PERIN e B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 2, 309-336.
- R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. I, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta, Firenze University Press, Firenze, 2016, 3-36.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, C. BARBATI (a cura di), *Il reclutamento universitario in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- R. CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, a cura di A. Corpaci, R. Del Punta, M.P. Monaco, Franco Angeli, Milano, 2018, 143-153.
- R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, in E. MALARET GARCIA (directora), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 395-415.
- R. CAVALLO PERIN, *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio di adeguatezza e differenziazione*, in *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Torricelli, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2020, 265-270.
- R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.
- R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto pubblico*, 2021, 1, 73-82.

- R. CAVALLO PERIN, *L'Università come istituzione di libera scienza*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 3, 549-590.
- S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.
- S. CECCHINI, *Un inciampo nel cammino dell'eguaglianza: la sentenza n. 1/2022 della Corte costituzionale sul reclutamento del personale educativo*, in *Federalismi.it*, 2022, 18, 98-118.
- C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2007.
- A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973.
- A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Roma, 1989, 1-6.
- V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021.
- P. CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des Lumières*, Arthaud, Paris, 1971.
- J. CHEVALLIER, *L'élite politico-administrative: une interpénétration discutée*, in *Pouvoirs*, 1997, 80, 89-100.
- M.F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, *Fonction publique et droit communautaire*, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2001, 1, 4-10.
- A. CICU, *L'offerta al pubblico*, Gallizzi, Sassari, 1902.
- B. CIMINO, *Diritti umani, civil servants e right to a fair trial: la Corte di Strasburgo procede per prova ed errore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 9, 935-944.
- B. CIMINO, *Il valore legale dei titoli di studio: errori di prospettiva*, in *Munus*, 2015, 3, 649-666.
- B. CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 1, 17-26.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Valore legale dei titoli, Statuto speciale dei docenti e altri "idola" dell'Università italiana*, in *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive, proposte*, a cura di G. della Cananea e C. Franchini, Giappichelli, Torino, 2009, 29-45.
- A. CODACCI PISANELLI, *Appunti di diritto amministrativo: compilati da alcuni studenti sulle lezioni*, Tipografia Agostiniana, Roma, 1899.
- S. COLEMAN SELDEN, *The Promise of Representative Bureaucracy: Diversity and Responsiveness in a Government Agency*, Sharpe, Armonk (New York) - London (England), 1997.
- S. COLEMAN, J.L. BRUDNEY, J.E. KELLOUGH, *Bureaucracy as a Representative Institution: Toward a Reconciliation of Bureaucratic Government and Democratic Theory*, in *American Journal of Political Science*, 1998, 42, 3, 717-744.

- F. COLIN, *Le serment professionnel dans la fonction publique*, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2021, 3, 127-132.
- M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale, Verso un mercato unico dei servizi professionali*, Jovene, Napoli, 2012.
- M. CONSITO, *La cittadinanza e le sue forme*, Jovene, Napoli, 2021.
- G. CORNI, *La nascita dello stato prussiano*, in *La storia: L'Età Moderna, Stati e società*, diretto da N. Tranfaglia e M. Firpo, Giappichelli, Torino, 1986, 453-479.
- A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1985.
- A. CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni in carriera*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, 2, 375-394.
- A. CORPACI, *Assunzioni e progressioni in carriera del personale delle pubbliche amministrazioni alla luce delle innovazioni apportate dal d.lgs. n. 150 del 2009*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bononia University Press, Bologna, 2012, 287-308.
- G. CORSO, *Il merito nella Costituzione italiana*, intervento al Convegno "Merito e crescita", Università Luiss Guido Carli, Roma 9 giugno 2016, in [www.ilmerito.org](http://www.ilmerito.org).
- G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, X ed., 2022.
- F. COSTANTINI, *Profilazione e "automated decision making" in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2019, 11, 984-995.
- S. CRESTA, S. RUSCICA, *La tutela dello straniero extracomunitario sul mercato del lavoro: accesso agli impieghi presso le amministrazioni pubbliche e possibili forme di discriminazione*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, a cura di F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, 139-162.
- V. CRISAFULLI, *Una manifesta infondatezza che non sussiste (a proposito dell'ammissione delle donne alla carriera giudiziaria)*, in *Foro italiano*, 1957, III-4, 41-47.
- V. CRISAFULLI, nota a Corte cost., 3 ottobre 1958, n. 56, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 862-869.
- V. CROMWELL, *Tendenze nella ricerca sulla storia amministrativa britannica a partire dal 1840*, in *Il lavoro pubblico in Europa*, a cura di A. Varni e G. Melis, Rosenberg & Sellier Torino, 2001, 41-52.
- C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Giuffrè, Milano, 2008.
- C. CUDIA, *L'efficacia «dimensionale» dell'atto amministrativo: il caso*

- dei destinatari degli atti amministrativi generali, in *Diritto amministrativo*, 2016, 4, 719-756.
- L. CUPIDO, *Assunzioni, tipologie, disciplina del rapporto di lavoro*, in *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di P. Alleva, G. D'Alessio, M. D'Antona, Ediesse, Roma, 1995, 238-289.
- G. D'ALESSIO, *Offerta formativa universitaria e reclutamento del personale pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2005, 6, 1067-1087.
- G. D'ALESSIO, *Convergenze e divergenze nell'evoluzione dei sistemi amministrativi europei*, in *Istituzioni, politica e amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, a cura di M. De Benedetto, Giappichelli, Torino, 2005, 175-198.
- G. D'ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, 2, 349-374.
- G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione, I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, il Mulino, Bologna, 2008.
- G. D'ALESSIO, B. NERI, *Criteri e sistemi di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni. Aspetti problematici e prospettive di riforma*, in *Poteri pubblici e mercati*, 2009, 2, 1-29 ([www.istituzioni-pubbliche.it](http://www.istituzioni-pubbliche.it)).
- A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002.
- E. D'ALTERIO, *Pubblica amministrazione e parità di genere: stato dell'arte e prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, 2, 787-808.
- M. D'AMICO, *Rappresentanza politica e genere*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, 2007, 347-378.
- M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 2, 350-352.
- M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.
- M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Cassese, M. D'Antona, G. Cecora, S. Battini, G. D'Auria, Giuffrè, Milano, 1997, 1-21.
- P.H. D'ARGENSON, *Réformer l'Ena, réformer l'élite*, L'Harmattan, Paris, 2008.
- G. D'AURIA, *Fedeltà e merito nella scelta dei dirigenti pubblici*, in *Il*

- diritto amministrativo oltre i confini*, a cura di S. Battini, G. D'Auria, G. della Cananea, C. Franchini, A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Turchia, G. Vesperini, Giuffrè, Milano, 2008, 85-112.
- C. D'ORTA, *Il pubblico impiego*, La nuova Italia Scientifica, Roma, 1989.
- L. DANIELE, *I limiti alla libera circolazione: gli impieghi nella pubblica amministrazione e l'ordine pubblico*, in *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, a cura di B. Nascimbene, Giuffrè, Milano, 1998, 67-80.
- M. DE BENEDETTO (a cura di), *Istituzioni, politica e amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, Giappichelli, Torino, 2005.
- P.O. DE BROUX, *De Camu à Copernic: l'évolution de la fonction publique en Belgique*, in *Administration Publique Trimestrielle*, 2005, 3-4, 158-177.
- S. DE GOTZEN, *Accesso alla dirigenza e a posizioni organizzative*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 6, 456-470.
- D. DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiaire*, chez Cl. Jean-Baptiste Bauche, Paris, 1761.
- D. DE MASI, *Lo Stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell'Italia postindustriale*, Rizzoli, Milano, 2020.
- C. DE MARCO, *Il bando di concorso*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, a cura di A. Boscato, A. Zilli, vol. I, Cedam, Padova, 2022, 151-177.
- A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, Quaderno n. 2, 2011, 69-101.
- M. DE SAINT MARTIN, *Les recherches sociologiques sur les grandes écoles: de la reproduction à la recherche de justice*, in *Education et sociétés*, 2008, 1, 21, 95-103.
- Y.T. DE SILGUY, *Moderniser l'Etat: le cas de l'ENA*, Ministère de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de l'aménagement du territoire, Paris, 2003.
- A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique (1835 e 1849)*, trad. it. a cura di G. Candeloro, *La democrazia in America*, RCS Rizzoli, Milano, 2007.
- A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. I, *Lo stato - gli uffici*, Cedam, Padova, 1931.
- A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. II, *Gli agenti*, Cedam, Padova, 1936.
- M.H. DEBART, F. LANGLOIS, R. FOURNALES, *Rapport relatif à la situation des lauréats «reçus - collés» aux concours de la Fonction publique territoriale - Analyse et propositions*, Inspection général de l'administration, Paris, mars 2012.

- G. DELLA CANANEA, *Pubblico impiego e diritto comunitario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1996, 3-4, 224-232.
- G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000.
- F. DELPÉRÈE, *L'équilibre des recrutements dans la fonction publique Belge*, in *Revue Française d'administration publique (RFAP)*, 2006, 118, 2, 307-319.
- C. DEMMKE, U. LINKE, *Who's a National and Who's a European? Exercising Public Power and the Legitimacy of Art. 39 4 EC in the 21st Century*, in *Eipascope*, 2003, 2, 2-10 ([www.eipa.nl](http://www.eipa.nl)).
- L. DELLO IACOVO, *Il ruolo dei ricercatori universitari tra compiti didattici e di ricerca*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC)*, 2022, 6, 454-473.
- C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2004.
- L. DERBOULLES, *Fonction publique d'Etat et fonction publique territoriale: comparabilité et recrutements*, L'Harmattan, Paris, 2004.
- J. DERRIDA, *What Is a "Relevant" Translation* (transl. by L. Venuti), in *Critical Inquiry*, 2001, 27, 2, 174-200.
- C. DESFORGES, J.G. de CHALVRON, *Rapport de la Mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique de l'État*, Paris, Janvier 2008.
- C. DESFORGES, *L'évolution des recrutements dans la fonction publique d'État*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 2, 142, 419-429.
- B. DI GIACOMO RUSSO, *Accesso al pubblico impiego e stranieri*, in *Foro amministrativo - T.a.r.*, 2006, 5, 1653-1670.
- F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, *La capacità amministrativa e il PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 4, 436-444.
- O. DI SIMPLICIO, *Istituzioni e classi sociali: l'egemonia nobiliare*, in *La storia: L'Età Moderna, I quadri generali*, diretto da N. Tranfaglia e M. Firpo, Giappichelli, Torino, 1987, 527-551.
- F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Jovene, Napoli, 2011.
- J. DOLAN, *The Senior Executive Service: Gender, Attitudes, and Representative Bureaucracy*, in *Journal of Public Administration Research and Theory - JPART*, 2000, 10, 3, 513-529.
- J. DOLAN and D.H. ROSENBLUM (ed.), *Representative bureaucracy: classic readings and continuing controversies*, Sharpe, Armonk (New York) - London (England), 2003.
- L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

- M. DORNE- CORRAZE et a., *L'organisation et le pilotage des recrutements au sein de la fonction publique*, Rapport au Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, Paris, 2008.
- F. DREYFUS-J.M. EYMERI-DOUZANS, *Introduction*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 2, 142, 305-306.
- F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 2, 142, 327-337.
- F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Ed. La Découverte, Paris, 2000.
- J.B. DU HALDE, *Description géographique, historique, chronologique, politique et physique de l'Empire de la Chine et de la Tartarie chinoise*, t. II, G. Le Mercier, Paris, 1735.
- O. DUBOS, *L'exorbitance du droit de la fonction publique*, in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, Paris, 2004, 243-276.
- L. DUBOIS, *L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres États membres de la Communauté européenne*, in *Revue Française de droit administratif (RFDA)*, 1991, 6, 903-920.
- L. DUBOIS, *L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'ouverture de la fonction publique française en cours de carrière*, in *Revue Française de droit administratif (RFDA)*, 1998, 1, 106-119.
- R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it. a cura di N. Muffato, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010.
- M. EBERHARD, D. MEURS, P. SIMON, *Construction d'une méthodologie d'observation de l'accès et du déroulement de carrière des générations issues de l'immigration dans la fonction publique*, Institut national d'études démographiques, Paris, 2008.
- G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR, D. RITLENG (sous la direction de), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2007.
- F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 2, 142, 339-367.
- L. EINAUDI, *Vanità dei titoli di studio*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Zanichelli, Bologna, 1953, 115-124.
- L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Einaudi, Torino, 1967.
- L. EINAUDI, *Per l'abolizione del valore legale del titolo di studio*, in L. EINAUDI, S. VALITUTTI, *La libertà della scuola*, a cura di G. Desiderio, Macerata, liberilibri, 2009, 23.
- B.A. ELMAN, *Political, Social and Cultural Reproduction via Civil Ser-*

- vice Examination in Late Imperial China*, in *The Journal of Asian Studies*, 1991, 50, 1, 7-28.
- B.A. ELMAN, *Civil Examinations and Meritocracy in Late Imperial China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) - London (England), 2013.
- ENA, *Ouverture sociale et diversité dans la fonction publique et les grandes écoles*, novembre 2020, in *www.ena.fr*.
- G. ENDRICI, *Tra Corte e legislatore, un decalogo per le commissioni di concorso*, in *Le Regioni*, 1994, 3, 891-912.
- G. ENDRICI, *Il potere di scelta: le nomine tra politica e amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2000.
- D. ESPAGNO, *Le droit français des concours entre permanence et évolution*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 2, 142, 369-381.
- C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana - saggi*, Cedam, Padova, 1954, 245-262.
- C. ESPOSITO, nota a Corte cost., 3 ottobre 1958, n. 56, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 869-873.
- J.M. EYMERI-DOUZANS, *Les concours à l'épreuve*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 2, 142, 307-325.
- E. FAGUET, *Le culte de l'incompétence*, Bernard Grasset Editeur, Paris, 1910.
- E. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Giappichelli, Torino, 2022.
- L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari-Roma, 2018.
- V. FERRANTE, *Il riparto di giurisdizione in tema di concorso e progressione di carriera nei più recenti orientamenti della giurisprudenza*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2007, 30, 233-252.
- M.D. FERRARA, *Il sistema di reclutamento tramite concorso e le modalità alternative al concorso*, in *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, a cura di A. Boscato, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021, 201-229.
- P. FERRARA, *Le donne negli uffici (1863-2002)* in *Impiegati*, a cura di G. Melis, Rosenberg & Sellier, Torino, 2004, 125-162.
- R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari, IX ed., 2014.
- G. FERRARI, *Giuramento, I) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Treccani, Roma, 1989, 1-21.
- G. FERRARI, *Il rapporto dei lettori di lingue straniere nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2008, 1, 239-268.

- C. FERRARI-BREEUR, *La loi du 26 juillet 2005 ou le droit communautaire cause réelle et prétexte à une modification du droit français de la fonction publique*, in *La Semaine Juridique - Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, 2005, 35, 1305.
- C. FERRARI-BREEUR, *Recrutement et accueil des ressortissants de l'Union européenne dans la fonction publique française: des modalités améliorées mais encore perfectibles*, in *La Semaine Juridique - Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, 2010, 19, 2166.
- V. FERRONE, *I meccanismi di formazione delle élites sabaude. Reclutamento e selezione nelle scuole militari del Piemonte nel Settecento*, in *L'Europa tra Illuminismo e Restaurazione, Scritti in onore di Furio Diaz*, a cura di P. Alatri, Bulzoni, Roma, 1993, 157-200.
- V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo, L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- N. FIERING, *Jonathan Edwards's Moral Thought and Its British Context*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1981.
- V. FILÌ, *Concorsi pubblici e riserve per i lavoratori precari*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, 2, 415-442.
- L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di F. Carinci e M. D'Antona, Giuffrè, Milano, 2000, 1029-1088.
- L. FIORILLO, *Funzionamento delle amministrazioni e reclutamento del personale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 2, 185-191.
- W. FISCHER and P. LUNDGREEN, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, in *The Formation of National States in Western Europe*, edited by C. Tilly, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1975, 456-561.
- P. FLORA, *State Formation, Nation-building, and Mass Politics in Europe. The Theory of Stein Rokkan (1999)*, trad. it. S. ROKKAN, *Stato, nazione e democrazia in Europa*, a cura di P. Flora, il Mulino, Bologna, 2002.
- J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008.
- G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Problemi applicativi e riforme legislative*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, 5, 707-740.
- G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, in *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, a cura di M. Della Morte, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 11-56.
- M. FONTANA, *Matteo Ricci, Un Gesuita alla corte dei Ming*, Mondadori, Milano, 2008.

- U. FORTI, "Atto" e "procedimento" amministrativo (Note critiche), in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, 1, 349-369, poi negli *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, vol. I, Cedam, Padova, 1931, 439-466.
- Ch. FORTIER, *Le cas de la France: du statut général des fonctionnaires à un code général des relations professionnelles?*, in J.-P. DUNAND, P. MAHON, S. PERRENOUD (éds.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2016, 391-412.
- M. FORTINO, *Parità dei sessi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 696-723.
- E.N. FRAGALE, *Scorrimento di graduatorie: si preannuncia un nuovo revirement giurisprudenziale in ordine alla giurisdizione sulle controversie di pubblico impiego?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, 6, 1189-1204.
- E.N. FRAGALE, *Concorsi pubblici, (in)validità del contratto e concentrazione delle tutele*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, 1, 155-201.
- E.N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come nuovo punto logico di partenza*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2020.
- F. FRANCIANO, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, in *Giustizia Insieme*, 22 giugno 2023, in [www.giustizia.insieme.it](http://www.giustizia.insieme.it).
- C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, t. I, Giuffrè, Milano, 2000, 231-334.
- E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 3, 623-675.
- J.A. FUENTETAJA PASTOR, *La libre circulación des empleados públicos*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, 5, 37-56.
- B. GAGLIARDI, *Le prescrizioni di bando sui requisiti psicofisici di ammissione a posti di pubblico impiego*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2003, 2, 628-633.
- B. GAGLIARDI, *La giurisdizione in materia di concorsi interni: un nuovo revirement della Corte di Cassazione?*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2004, 3, 721-726.
- B. GAGLIARDI, *La giurisdizione sui concorsi interni e la distinzione tra progressioni verticali e orizzontali*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2004, 5, 1326-1330.

- B. GAGLIARDI, *Art. 89, c. III e IV (sez. III)*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di A. Romano, R. Cavallo Perin, Cedam, Padova, 2006, 491-496.
- B. GAGLIARDI, *Art. 91*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di A. Romano, R. Cavallo Perin, Cedam, Padova, 2006, 502-507.
- B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso negli ordinamenti autonomi*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2007, 1, 41-52.
- B. GAGLIARDI, *Estensione della nozione di pubblico concorso e tutela giurisdizionale*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2007, 6, 1761-1770.
- B. GAGLIARDI, *L'obbligo di motivazione nelle procedure concorsuali e di abilitazione professionale*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2008, 6, 1736-1744.
- B. GAGLIARDI, *Principio del pubblico concorso e professionalità dei pubblici funzionari*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2009, 12, 2799-2817.
- B. GAGLIARDI, *Libertà di circolazione dei lavoratori, concorsi pubblici e mutuo riconoscimento dei diplomi*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2010, 4, 735-749.
- B. GAGLIARDI, *L'autonomia delle Commissioni di concorso e la tutela avverso l'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2010, 12, 2628-2635.
- B. GAGLIARDI, *Il sindacato del giudice amministrativo sui concorsi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 1, 66-72.
- B. GAGLIARDI, *Giurisdizione del giudice amministrativo e scorrimento delle graduatorie concorsuali*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2012, 2, 454-459.
- B. GAGLIARDI, *Dipendenti pubblici, libera circolazione e cittadinanza in Europa. Bibliografia ragionata*, in *Ius Publicum Network Review*, Reports e documentazione, sez. Enti pubblici - Funzionari e dipendenti, ottobre 2012, [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com).
- B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jovene, Napoli, 2012.
- B. GAGLIARDI, *La conversione del «decreto D'Alia» e la riforma del reclutamento dei pubblici dipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 4, 347-356.
- B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, Cedam, Padova, 2018.
- B. GAGLIARDI, *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 1, 163-191.
- B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2021, 2, 417-448.
- B. GAGLIARDI, *Lavoro agile e pubblica amministrazione: "nel mezzo delle*

- difficoltà nascono le opportunità”? Cenni all’esperienza piemontese*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2021, 1, in [www.piemonteaonomie.it](http://www.piemonteaautonomie.it).
- A.G. GAGNON, L. TURGEON, O. CHAMPLAIN, *La bureaucratie représentative au sein des états multinationaux*, in *Revue française d’administration publique (RFAP)*, 2006, 2, 118, 291-306.
- G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, vol. III, Giappichelli, Torino, 2006, 1131.
- G. GALANTE, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico tra morale, politica e diritto*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, 4, 1-26.
- C.E. GALLO, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa a proposito di procedimenti concorsuali: al giudice ordinario lo scorrimento della graduatoria, al giudice amministrativo i concorsi interni*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2003, 11, 3282-3289.
- J. GARAGNON, *L’origine du principe de l’égalité admissibilité aux fonctions publiques*, Bosc Frères, Lyon, 1956.
- M. GARCÍA PELAYO, *Mitos y símbolos políticos* (1964), trad. it. a cura di L. D’Arcangelo, *Miti e simboli politici*, Borla editore, Torino, 1970.
- G. GARDINI, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2003.
- G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna University Press, Bologna, 2012.
- G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bologna University Press, Bologna, 2012, 193-205.
- G. GARDINI, *Impartiality, independence of managers and the reforms of civil service in Europe*, in *Preventing corruption through administrative measures*, edited by E. Carloni, in collaboration with D. Paoletti, Morlacchi Editore, Perugia, 2019, 199-210.
- M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 2, 133-147.
- D. GAROFALO, *L’accesso al pubblico impiego dei disabili tra normativa generale e normativa speciale*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall’emergenza alla nuova normalità*, a cura di A. Boscati, A. Zilli, vol. I, Cedam, Padova, 2022, 201-228.
- M.G. GAROFALO, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1999, 3-4, 499-526.

- S. GASPARRINI, *Programmazione delle assunzioni: amministrazioni pubbliche a metà del guado tra vecchie prassi e nuove prospettive*, in *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, a cura di U. Carabelli e L. Zoppoli, Quaderno 6/2021 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Futura, Roma, 2021, 41-48.
- G. GENTILE, L. FIORILLO, *Il reclutamento e le procedure selettive per l'accesso all'impiego*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2007, 30, 69-96.
- D. GEORGAKAKIS, *Au service de l'Europe. Crises et transformations sociopolitiques de la fonction publique européenne*, Éditions de la Sorbonne, Paris, 2019, OpenEdition Books, in <https://books.openedition.org/>.
- J. GERNET, *Le monde chinois* (1972), trad. it. a cura di V. Pegna, *Il mondo cinese. Dalle prime civiltà alla Repubblica popolare*, Einaudi, Torino, 1978.
- G. GIACOBBE, *Lavoro autonomo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 418-440.
- M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953, III, 3, 9-23 e ora in *Scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, 769-800.
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo 1959-60*, Jandi Sapi editori, Roma, 1961.
- M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979.
- M. GIOIA, *Dissertazione sul problema dell'amministrazione generale della Lombardia*, nella Stamperia altre volte di S. Ambrogio, Milano, I° anno I. della Repubblica Cisalpina.
- C. GIORGI, G. MELIS, A. VARNI (a cura di), *L'altra metà dell'impiego. La storia delle donne nell'amministrazione*, Bologna University Press, Bologna, 2005.
- L. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1897, 221-445.
- P. GIROLAMI, *Mario Carrara e il giuramento rifiutato. La lezione di un medico legale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2001, 6, 943-951.
- W. GIULIETTI, *Le determinazioni unilaterali dell'amministrazione nell'affidamento delle funzioni ai dirigenti. Profili di tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 2, 325-362.
- A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, 2, 335-368.
- E.N. GLADDEN, *Foreign Government and Politics: The British Civil Ser-*

- vice in Transition*, in *The American Political Science Review*, 1949, 43, 2, 333-344.
- M. GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, 2, 7-60.
- M. GNES, *L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 4, 493-499.
- M. GNES, *La dirigenza pubblica e il requisito della cittadinanza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 2, 143-153.
- M. GNES, *Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 5, 609-615.
- M. GNES, *Al servizio della nazione: l'accesso degli stranieri agli impieghi pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2019.
- B. GODBILLON, *L'ouverture européenne de la fonction publique française: la prégnance du droit communautaire*, in *Actualité juridique Fonctions publiques (AJFP)*, 2001, 3, 10-15.
- B. GODBILLON, *L'ouverture européenne de la fonction publique française: bilan et perspectives*, in *Actualité juridique Fonctions publiques (AJFP)*, 2001, 4, 13-19.
- J.H. GOLDTHORPE, *I problemi della meritocrazia*, in *Stato e mercato*, 1994, 40, 7-39.
- S. GOYARD-FABRE, *La nature et le sens du serment selon les jusnaturalistes du XVIIe siècle*, in R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. II, *Théories et devenir*, Éditions du CNRS, Paris, 1992, 91-104.
- J.M. GÓMEZ MUÑOZ, *Libertad de circulación de trabajadores en el empleo público en España: análisis crítico del régimen jurídico vigente*, in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1995, 2, 471-496.
- J.M. GÓMEZ MUÑOZ, *El acceso de nacionalidades comunitarios al empleo público en España: insuficiencias del régimen jurídico vigente*, in *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, 1995, 24, 91-117.
- E. GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 332/2017.
- E. GRANAGLIA, *Uguaglianza di opportunità. Sì, ma quale?*, Laterza, Bari-Roma, 2022.
- M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX-VIII, Giuffrè, Milano, 1987, 313-365.
- L.S. GREENE, *The Civil Service in the United States / La burocrazia negli Stati Uniti*, in *Il Politico*, 1959, 24, 3, 429-448.
- B. GRESY, *Temps, famille, discriminations professionnelles*, in *Pouvoirs*, 2020, 173, 75-87.
- M. GRIFFO, *L'India coloniale dalla «autocrazia costituzionale» alla pro-*

- todemocrazia, *Il dibattito sulle riforme e l'Indian Civil Service (1909-1919)*, Franco Angeli, Milano, 1999.
- M.C. GRISOLIA, *Il limite del "requisito attitudinale" nella parità tra i sessi: una questione dimenticata e di nuovo attuale?*, in *Federalismi.it*, Paper 5 ottobre 2022, 1-13.
- S. GROENEVELD ET S. VAN DE WALLE, *Une théorie contingente en matière de bureaucratie représentative: pouvoir, égalité des chances et diversité*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2010, 76, 2, 257-278.
- E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova, 1997.
- G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 1977.
- A. GUARISO, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in *Lavoro e diritto*, 2009, 4, 563-586.
- R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIII, Roma, 1990, 1-7.
- E. GUSTAPANE, *L'introduzione nell'ordinamento amministrativo italiano del principio del merito per l'accesso agli impieghi pubblici: il caso del Ministero dell'interno*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1987, 2, 449-466.
- E. GUSTAPANE, *La preparazione dei funzionari: un'inchiesta sui concorsi alla fine dell'800*, in *Storia, Amministrazione, Costituzione*, Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica, il Mulino, Bologna, 1994, 2, 235-247.
- E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, in *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, a cura di A. Varni e G. Melis, Rosenberg & Sellier, Torino, 1997, 21-44.
- Z. HASAN, *Politics of inclusion, Castes, Minorities and Affirmative Actions*, Oxford University Press, New Delhi, 2009.
- M. HAURIOU, *Refus du ministre d'admettre un prêtre catholique sur la liste des candidats à un concours d'agrégation de l'enseignement secondaire*, Note sous Conseil d'Etat, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, S. 1912.3.145, in *Revue générale du droit on line*, 2013, n. 12859 ([www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu)).
- P. HERD, D. MOYNIHAN, *Administrative Burden: Policymaking by Other Means*, Russell Sage Foundation, New York, 2019.
- J.J. HINDERER, *Representative Bureaucracy: Further Evidence of Active Representation in the EEOC District Offices*, in *Journal of Public Administration Research and Theory-JPART*, 1993, 3, 4, 415-429.
- J.E. HODGETTS, *Unifying the British Civil Service: Some Trends and Problems*, in *The Canadian Journal of Economics and Political Science / Revue canadienne d'Economie et de Science politique*, 1948, 14, 1, 1-19.

- R. HOLCMAN, *Secteur public, secteur privé: similarités et différences dans la gestion des ressources humaines*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2007, 3, 123, 409-421.
- A. HOOGENBOOM, *The Pendleton Act and the Civil Service*, in *The American Historical Review*, 1959, 64, 2, 301-318.
- P. HORWITZ, *The Constitutional Marriage of Personality and Impersonality: Office, Honor, and the Oath*, in *Constitutional Commentary*, 2018, 33, 3, 343-353.
- M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2018, 1, 1-60.
- D. IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1999, 2, 283-310.
- D. IARIA, *Concorso pubblico*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, vol. III, Il Sole 24 ore, Milano, 2007, 564-572.
- L. IEVA, *Costituzione italiana e meritocrazia*, in *Persona & danno*, 9.11.2015, 1-10, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).
- L. IEVA, *Sulla obbligatorietà della motivazione delle valutazioni tecniche espresse dalle commissioni giudicatrici sulle prove di esame nei concorsi pubblici*, in *Foro amministrativo, C.d.S.*, 2003, 5, 1682-1702.
- J. IMBERT, *L'élaboration d'une administration au XVIe siècle. La naissance de l'Etat*, in *Histoire de la Fonction publique en France*, sous la direction de M. Pinet, Nouvelle librairie de France, Paris, 1993, 20.
- R. JANNOTTA, *Concorso ad un pubblico impiego*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Utet, Torino, 1989, 329-343.
- D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, L.G.D.J., Paris, 1999.
- D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, LGDJ, Paris, 2007, 367-376.
- D. JEAN-PIERRE, *La professionnalisation des concours de la fonction publique*, in *La Semaine Juridique - Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, 2008, 42-43, 2236.
- D. JEAN-PIERRE, *Les fonctionnaires ont-ils le droit de refuser de prêter serment?*, in *La Semaine Juridique - Édition Générale (JCP G)*, 2009, 5, II, 10019, 34-36.
- G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), trad. it. a cura di G. Bongiovanni, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Bari-Roma, 2002.
- A.C. JEMOLO, *Osservazioni in tema di annullamento di nomina*, in *Rac-*

- colta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli, Vita e pensiero, Milano, 1938, 271-282.
- C. KAFTANI, *La formation du concept de fonction publique en France*, L.G.D.J., Paris, 1998.
- E.H. KANTOROWICZ, *The Fundamental Issue: Documents and Marginal Notes on the University of California Loyalty Oath*, Parker Printing Co., San Francisco, 1950, in *www.lib.berkeley.edu*.
- S.N. KATZ, *Republicanism and the Law of Inheritance in the American Revolutionary Era*, in *Michigan Law Review*, 1977, 76, 1, 1-29.
- F. KAUFF-GAZIN, *L'influence des concepts de droit communautaire sur le droit de la fonction publique ou comment le droit communautaire opère la réduction du champ du droit public...*, in *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, sous la direction de G. Eckert, Y. Gautier, R. Kovar, D. Ritleng, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2007, 203-227.
- L.R. KEISER, V.M. WILKINS, K.J. MEIER, C.A. HOLLAND, *Lipstick and Logarithms: Gender, Institutional Context and Representative Bureaucracy*, in *The American Political Science Review*, 2002, 96, 3, 553-564.
- A. KELLY-LITH, *Challenging Biased Hiring Algorithms*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2021, 41, 4, 899-928.
- J.E. KELLOUGH, *Understanding affirmative action: politics, discrimination and the search for justice*, Georgetown University Press, Washington, 2007.
- J.F. KESLER, *L'E.N.A., la société, l'Etat*, Berger-Levrault, Paris, 1985.
- J.F. KESLER, *L'énarchie n'existe pas*, in *Pouvoirs*, 1997, 80, 23-42.
- J.F. KESLER, *Le pire des systèmes... à l'exception de tous les autres: de l'énarchie, de la noblesse d'État et de la reproduction sociale*, Albin Michel, Paris, 2007.
- D.J. KINGSLEY, *Representative Bureaucracy*, Yellow Springs, Ohio, 1944.
- H. KRANZ *The Participatory Bureaucracy: Women and Minorities in a More Representative Public Service*, Lexington Books, Lexington (Mass.), 1976.
- S. KRISLOV, *Representative Bureaucracy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1974.
- P. LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, t. II, V. Giard & E. Brière, Paris, 1901.
- E. LABOULAYE, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, Bureau de la Revue de la législation et de la jurisprudence, Paris, 1843, 513-612.
- S. LAPORTA, *La formazione della burocrazia - Scuola superiore della pubblica amministrazione ed école nationale d'administration: due modelli a confronto*, in *Diritto dell'economia*, 2000, 1, 125-156.

- T. LARZUL, *Droit communautaire et fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1996, HS, 28-34.
- P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Jovene, Napoli, 2008.
- P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Giapichelli, Torino, 2016, 382-397.
- L. LAZZERONI, *L'accesso temporaneo senza concorso alle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2023, 1, 71-101.
- J.M. LEMOYNE DE FORGES, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, Rapport au ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de l'Aménagement du territoire, Dalloz, Paris, 2003.
- J.M. LEMOYNE DE FORGES, *Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles?*, in *Actualité juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2003, 2, 1917-1923.
- J.M. LEMOYNE DE FORGES, *La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, in *Actualité juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2005, 3, 2285-2290.
- J.M. LEMOYNE DE FORGES, *Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique?*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2009, 4, 132, 701-710.
- J. LEGENDRE, Y. BODIN, *Diversité sociale dans les classes préparatoires aux grandes écoles: mettre fin à une forme de délit d'initié*, Paris, Sénat, 2007.
- P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, Fayard, Paris, 1992.
- P. LEGENDRE, *Miroir d'une Nation. L'École Nationale d'Administration*, Arte Editions, Paris, 1999.
- D. LEONARDO, *Il reclutamento e la selezione della dirigenza nelle amministrazioni centrali: limiti attuali e soluzioni possibili*, in *Formare la PA Rapporto SNA 2017-2020*, Miligraf Edizioni, Roma, 2021, 173-182.
- H. LÉVY-BRUHL, *Reflexions sur le Serment*, in *Études d'histoire du droit offertes à Pierre Petot*, LGDJ, Paris, 1959, 385-396.
- P. LIGNIÈRES, *Le droit communautaire et la distinction des activités régaliennes et non-régaliennes*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 983-996.
- H.H. LIM, *Representative Bureaucracy: Rethinking Substantive Effects and Active Representation*, in *Public Administration Review*, 2006, 66, 2, 193-204.
- G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967.

- G. LOMBARDI, *Fedeltà (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, 1968, Giuffrè, Milano, 165-177.
- G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 357-363.
- M. LONG, *Discriminations positives et accès à Sciences-Po Paris*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2004, 13, 688-693.
- A. LONGO, *La sentenza n. 1/2022 della Corte costituzionale. Note su un mancato anacronismo legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, 1, 7-17.
- R. LOWE, *The Official History of the British Civil Service, Reforming the Civil Service, Volume 1: The Fulton years, 1966-81*, Routledge, London and New York, 2011.
- V. LUCIANI, *Le assunzioni nel pubblico impiego*, in *Il lavoro pubblico*, a cura di M. Rusciano e L. Zoppoli, il Mulino, Bologna, 1993, 35-92.
- V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, Jovene, 2002.
- V. LUCIANI, *Il reclutamento del personale e l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura F. Carinci e L. Zoppoli, Utet, Torino, 2004, 501-517.
- V. LUCIANI, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di V. Zoppoli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 317-333.
- V. LUCIANI, *I concorsi pubblici tra merito e imparzialità: quali modelli per soddisfare realmente i bisogni delle amministrazioni*, in *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, a cura di U. Carabelli e L. Zoppoli, Quaderno 6/2021 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Futura, Roma, 2021, 67-76.
- G. LUDOVICO, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, 2, 400-411.
- M. MACCHIA e L. SALTARI, *La Scuola Nazionale dell'Amministrazione tra modello francese e prospettive di riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3, 312-324.
- G. MAESTRI, *Genere*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. VIII, Utet, Torino, 2021, 185-206.
- A. MAGLIARI, *La riforma della haute fonction publique in Francia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 1, 26-39.
- P. MAGNETTE, *La citoyenneté: une histoire de l'idée de participation civique*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- E. MALARET Y GARCIA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

- S. MANGIAMELI, *Giuramento (formula del)*, in *Novissimo Digesto Italiano - Appendice*, vol. III, Utet, Torino, 1982, 1034-1041.
- L. MANNELLI, *Parità tra i sessi: oltre all'eguaglianza un «ritorno alla diversità»?*, in *Foro italiano*, 1990, 113, I, 2726-2735.
- L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- J.A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli, P. Schiera, Vol. I, *Dal Medioevo all'età moderna*, il Mulino, Bologna, 1972, 69-90.
- J.A. MARAVALL, *Poder, honor y élites en el siglo XVII* (1979) trad. it. a cura di M.L. Nasalli-Rocca di Corneliano, *Potere, onore, élites nella Spagna del Secolo d'oro*, il Mulino, Bologna, 2000.
- M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002.
- B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, 2021, 2, 367-385.
- V. MARCENÒ, F. PARUZZO, "Non c'è lavoro per tutti". *Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego*, in *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, a cura di A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana, Franco Angeli, Milano, 2017, 211-243.
- V. MARCENÒ, *Lo straniero e il pubblico impiego tra "privilegio" del cittadino e dignità del lavoro*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, Università degli Studi di Torino, Torino, 2019, 234-252.
- A. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, in *Federalismi.it*, 2018, 17, 1-30.
- A. MARI, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, 11, 1099-1103.
- A. MARI, *La scuola superiore della pubblica amministrazione e il sistema unitario di formazione dei pubblici dipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 5, 487-492.
- M. MARI, *Diritto al lavoro e concorso pubblico*, in S. COGLIANI (a cura di), *L'impiegato pubblico. Giurisdizione ordinaria e amministrativa*, Carocci, Bari, 2008, 63-82.
- A. MARRA, *I pubblici impiegati tra vecchi e nuovi concorsi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, 233-248.
- J. MARTÍNEZ MOYA, *La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público. La exclusión de los empleos en la administración pública contemplada en el art. 39.4 del tratado de la Comunidad Europea. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 2002, 7, 185-248.
- I. MASSA PINTO, *Doveri e formazioni sociali. il dovere di fedeltà alla repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori*

- di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther, Giappichelli, Torino, 2007, 52-85.
- G. MASSARI, *La selezione dei dirigenti nei "super-musei": nuove riflessioni sugli atti interni contrari al diritto UE*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 5, 616-628.
- E.M. MASTINU, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Cedam, Padova, 2010.
- E.M. MASTINU, *Annullamento della graduatoria concorsuale e assunzione alle dipendenze della pubblica amministrazione. Ancora sul lato oscuro di un rapporto controverso*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2013, 3-4, 539-573.
- E.M. MASTINU, *Le ripercussioni dell'annullamento degli atti del concorso per assunzione sul contratto di lavoro del dipendente pubblico. Una svolta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015, 2, 237-265.
- E.M. MASTINU, *Ricorso abusivo al contratto di lavoro a termine nel pubblico impiego e danno. Il fuoco della corte di giustizia sotto la cenere della corte di Cassazione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, 2, 101-116.
- B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2000.
- B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2007.
- B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, 641-650.
- B.G. MATTARELLA, *Il diritto dell'onestà. Etica pubblica e pubblici funzionari*, in *il Mulino*, 2007, 1, 35-44.
- B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, in *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Giuffrè, Milano, 2012, 149-158.
- B.G. MATTARELLA, *Doveri di comportamento*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, Firenze, 2010, 225-244.
- B.G. MATTARELLA, *Qualche domanda sulla c.d. abolizione del valore legale dei titoli di studio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 2, 215-219.
- B.G. MATTARELLA, *I dirigenti esterni e lo sguardo corto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 4, 425-428.
- B.G. MATTARELLA, *Per un migliore coordinamento del reclutamento dei pubblici dipendenti con i percorsi universitari*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 5, 578-584.

- N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, il Mulino, Bologna, 2016.
- M. MATTONE, *Gli ex-lettori di lingua straniera nella giurisprudenza della corte di giustizia della comunità europea e la posizione dell'Italia*, in *Diritto dell'economia*, 2008, 3-4, 691-708.
- F. MAURI, *La Corte costituzionale tra questione di genere, discrezionalità del legislatore ed esigenza di preservare l'armonia del sistema*, in *Consulta on line*, 2022, II, 484-490.
- O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Edition française par l'auteur, avec une préface de H. Berthélemy, tome IV, partie spéciale, Giard & Brière, Paris, 1906.
- R. MAYNTZ, *Soziologie der öffentlichen Verwaltung* (1978), trad. it. a cura di A. Buoncompagni, *Sociologia dell'amministrazione pubblica*, il Mulino, Bologna, 1982.
- M. MAZZAMUTO, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 5, 1123-1130.
- M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, 143-183.
- G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1969.
- R. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 3, 727-767.
- K.J. MEIER, *Representative Bureaucracy: An Empirical Analysis*, in *The American Political Science Review*, 1975, 69, 2, 526-542.
- K.J. MEIER, *Latinos and Representative Bureaucracy, Testing the Thompson and Henderson Hypotheses*, in *Journal of Public Administration Research and Theory - JPART*, 1993, 3, 4, 393-414.
- K.J. MEIER, R.A. WRINKLE, J.L. POLINARD, *Representative Bureaucracy and Distributional Equity: Addressing the Hard Question*, in *The Journal of Politics*, 61, 4, 1999, 1025-1039.
- K.J. MEIER, J. BOHTE, *Structure and Discretion: Missing Links in Representative Bureaucracy*, in *Journal of Public Administration Research and Theory - JPART*, 2001, 11, 4, 455-470.
- K.J. MEIER, D.P. HAWES, *Le lien entre représentativité passive et active de l'administration*, in *Revue Française d'administration publique (RFAP)*, 2006, 2, 118, 265-279.
- G. MELIS, *Il sistema del merito nel Ministero degli affari esteri (1861-1887)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1987, 2, 429-448.
- G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, il Mulino, Bologna, 1996.
- G. MELIS (a cura di), *Impiegati*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2004.
- G. MELIS, *Gli impiegati pubblici*, in *Impiegati*, a cura di G. Melis, Rosenberg & Sellier, Torino, 2004, 15-76.

- G. MELIS, *Introduzione*, in *L'altra metà dell'impiego. La storia delle donne nell'amministrazione*, a cura di C. Giorgi, G. Melis, A. Varni, Bologna University Press, Bologna, 2005, 7-16.
- G. MELIS, *La giurisdizione sui rapporti di impiego negli enti pubblici. Nuovi documenti e quattro lettere inedite di Santi Romano (1933-1934)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 2, 511-538.
- G. MELIS, *L'amministrazione pubblica non è una palla al piede*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 1-2, 25-33.
- G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 2, 469-478.
- G. MELIS, *Fare lo Stato per fare gli Italiani*, il Mulino, Bologna, 2015.
- G. MELIS, *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli "economisti"*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, 13-26.
- F. MELLERAY, *L'arrêt Burbaud implique-t-il une discrimination à rebours ?*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2003, 36, 1911-1915.
- F. MELLERAY, *Vers une extension de l'ouverture de la fonction publique française aux Européens?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2004, 40, 2203-2207.
- F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, Paris, 2005.
- F. MELLERAY, *Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946?*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2006, 1, 185-200.
- F. MELLERAY, *La réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'Etat*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2021, 25, 1443-1449.
- L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Vita e pensiero, Milano, 2004.
- S. MENTO, *Bandi di concorso a punteggio vincolato, discrezionalità della commissione d'esame e sindacato del giudice*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006, 6, 1193-1210.
- C. MEOLI, *Il riordino della scuola superiore della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 6, 585-590.
- M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell'Unità*, il Mulino, Bologna, 2002.
- F. MERLONI, *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale. A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1997, 2, 319-367.
- F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, il Mulino, Bologna, 2006.
- F. MERLONI, *Gli incarichi fiduciari*, in *L'amministrazione come profes-*

- sione, *I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, a cura di G. D'Alessio, il Mulino, Bologna, 2008, 117-124.
- F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2009, 1, 57-100.
- F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Franco Angeli, Milano, 2009.
- F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bononia University Press, Bologna, 2012, 129-150.
- F. MERLONI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici - il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 8-9, 806-815.
- F. MERLONI e A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. un lessico*, Donzelli, Roma, 2021.
- F. MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2022, 2, 366-393.
- F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 4, 739-756.
- L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Fratelli Bocca, Torino, 1909.
- V. MICHEL, *Fonction publique nationale et droit de l'Union européenne*, in *La Semaine Juridique - Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, 2013, 29, 2217, 1-4.
- F. MIDIRI e P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto allo studio e il merito*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 1, 167-209.
- G. MIELE, *L'esclusione dai pubblici concorsi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 831-848, e poi in *Scritti giuridici*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1987, 551-568.
- G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Cedam, Padova, 1953.
- J.S. MILL, *Reform of the Civil Service (1854)*, in *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII - Essays on Politics and Society Part I*, ed. by J.M. Robson, Toronto/London, 1977, 207-211.
- J.S. MILL, *Considerations on representative government (1861)*, Cambridge University Press, 2010.
- P. MINDERHOUD e B. FRIDRIKSDOTTIR, *Report on Posts in the Public Sector Reserved for Nationals Developments in the 27 Member States in 2009-2012*, Prepared for the European Commission by the Network on Free Movement of Workers, July 2013.

- A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2021.
- A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 1, 393-493.
- H. MÖLLER, *Fürstenstaat oder Bürgernation: Deutschland 1763 – 1815* (1989), trad. it. a cura di S. Cavazza, *Stato assoluto e Stato nazionale. La Germania dal 1763 al 1815*, il Mulino, Bologna, 2000.
- M.P. MONACO, *L'annullamento della nomina dei direttori dei musei: la vicenda processuale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 4, 500-507.
- J.L. MONEREO PÉREZ, J. VIDA SORIA, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.
- Charles de Secondat, baron de MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, XXIV, Chez Pierre Marteau, Cologne, 1721.
- L. MONTEVECCHI, *La battaglia per le carriere precluse*, in *L'altra metà dell'impiego. La storia delle donne nell'amministrazione*, a cura di C. Giorgi, G. Melis, A. Varni, Bologna University Press, Bologna, 2005, 143-156.
- S. MONZANI, *La ultrattività della graduatoria non comporta in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di assunzione per «scorrimento»*, in *Foro amministrativo-C.d.S.*, 2007, 2, 557-567.
- G. MORANGE, *Le déclin du principe d'égalité dans les concours*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, IV, *Droit public général*, LG.D.J., Paris, 1974, 621-633.
- A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther, Giappichelli, Torino, 2007, 140-205.
- A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013.
- D. MORNET, *Les origines intellectuelles de la Révolution française*, Armand Colin, Paris, 1934.
- G. MORO, *La giurisdizione sui concorsi interni dei dipendenti pubblici*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2005, 3-4, 679-698.
- A.A. MORRIS, *Academic Freedom and Loyalty Oaths*, in *Law and Contemporary Problems*, 1963, 28, 3, 487-514.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Cedam, Padova, 1958.
- C. MORTATI, *L'accesso delle donne ai pubblici uffici*, in *Democrazia e diritto*, 1960, 1, 142-148.
- G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, Fratelli Bocca, Torino, 1896.

- F. MOSHER, *Democracy and the Public Service*, Oxford University Press, New York, 1968.
- D. NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1955.
- M. NAVILLI, *Giurisdizione e procedure concorsuali per interni: tra progressione professionale e novazione oggettiva dei rapporti*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 5, 848-858.
- A. NICODEMO, *Il pubblico concorso e il momento costitutivo del rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Regole e privilegi*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 2, 437-492.
- G. NICOSIA, *Professionalità e managerialità: percorsi e strumenti per rendere attrattivo il lavoro nelle amministrazioni italiane*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2023, 2, 281-300.
- L.B. NIELSEN, P.J. WOLF, *Representative Bureaucracy and Harder Questions: A Response to Meier, Wrinkle and Polinard*, in *The Journal of Politics*, 2001, 63, 2, 598-615.
- M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.
- A.O. NORTON, *Readings in the History of Education: Mediaeval Universities*, Harvard University, Cambridge, 1909.
- C. O'NEIL, *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, New York, Crown, 2016.
- H. OBERDOFF, *L'influence du droit communautaire sur la fonction publique française*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1041-1061.
- H. OBERDOFF, *La fonction publique de l'Union Européenne*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 2213-231.
- A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1993, 59-60, 3-4, 461-484.
- D. OSBORNE e T. GAEBLER, *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*, Addison-Wesley, New York, 1992.
- G. PAGÈS, *La venalità degli uffici nell'antica Francia*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli, P. Schiera, vol. II, *Principi e ceti*, il Mulino, Bologna, 1973, 227-244.
- L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965.
- D. PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 4, 753-798.
- E. PALICI DI SUNI, *Parità di genere*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. III, vol. 2, Utet, Torino, 2008, 593-609.
- P. PAMPOUKSI, S. AVDIMIOTIS, M. MARAGOUDAKIS, M. AVLONITIS, *Ap-*

- plied Machine Learning Techniques on Selection and Positioning of Human Resources in the Public Sector*, in *Open Journal of Business and Management*, 2021, 9, 536-556.
- D. PAPPANO, *L'emersione di un diritto amministrativo in Cina*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 3, 709-760.
- D. PARIS, *L'obiezione di coscienza Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Bagno a Ripoli, 2011.
- D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 2, 353-356.
- E. PASQUALETTO, *Le pari opportunità di genere nell'accesso e nelle carriere nel pubblico impiego: dati, normativa, criticità e soluzioni*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, 3, 1-22 ([www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it)).
- G. PASTORI, *La burocrazia*, Cedam, Padova, 1967.
- S.E. PATTERSON, *Political Parties in Revolutionary Massachusetts*, Madison, Wisconsin (USA), 1973.
- H. PAULIAT, *L'égalité des critères sociaux pour intégrer un cycle de formation préparant aux concours de la fonction publique*, in *La Semaine Juridique - Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, 2021, 47, 2357, 1-5.
- S. PEDRABISSI, *Il sistema di reclutamento tramite concorso pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2022, 4, 763-788.
- G. PEKASSA NDAM, *La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2012, 2, 347-377.
- G. PEISER, *Contribution à l'étude de la "fonction publique à la française"*, in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, Dalloz, Paris, 2002, 417-434.
- J. PELLEW, *The Spoils System and the Concept of Merit in the American Civil Service*, in *Le système du mérite - The merit system*, edited by - sous la direction de S. Cassese e J. Pellew, IISA, Bruxelles, 1987, 67-75.
- J. PELLEW, *The concept of merit in the British bureaucracy*, in *Le système du mérite - The merit system*, edited by - sous la direction de S. Cassese e J. Pellew, IISA, Bruylant, Bruxelles, 1987, 173-179.
- G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, L.G.D.J., Paris, 1996.
- C. PERELMAN, *Liberté, égalité et intérêt général*, in *L'égalité*, vol. V, Études publiées sous la direction de R. Dekkers, P. Foriers, Ch. Perelman, L. Ingber, Bruylant, Bruxelles, 1977, 69-75.
- C. PERELMAN, *Egalité et intérêt général*, in *L'égalité*, vol. VIII, Études publiées sous la direction de Ch. Perelman, L. Ingber, Bruylant, Bruxelles, 1982, 615-624.
- M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

- F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, Riccardo Marghieri, Napoli, 1882.
- A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, t. II, *Il rapporto individuale di lavoro*, coord. da A. Perulli, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, vol. XXIV, Giappichelli, Torino, 2007, 3-113.
- J. PERTEK, *Reconnaissance des diplômes et ouverture des emplois publics aux ressortissants communautaires*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1991, 10, 680-689.
- M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Società editrice libraria, Milano, vol. II, pt. III, 1935, I-CCCXCIV.
- B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, 35-118.
- I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2021.
- P. PICONE, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006, 3-4, 579-622.
- N. PIGNATELLI, *Parità di genere e commissioni di concorso pubblico: la dequotazione giurisprudenziale della quota*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 2, 404-408.
- C. PILKINGTON, *The Civil Service in Britain today*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1999.
- C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli - Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, 320-360.
- C. PINELLI, *Il 1° comma dell'art. 98, Il vincolo dei funzionari al «servizio esclusivo della Nazione»*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli - Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, 412-427.
- G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 3-4, 629-659.
- A. PIOGGIA, *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2004, 1, 219-272.
- A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.

- A. PIOGGIA, *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, 255-340.
- A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero del diavolo nei dettagli*, in *Medicina nei secoli*, 2016, 28, 1, 149-172.
- A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2015, 1, 121-139.
- A. PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, in *Diritto amministrativo*, 2022, 2, 327-357.
- S. PIRAINO, *Il contratto di pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1975.
- J. PITT-RIVERS, *Honour and Social Status*, in *Honour and Shame: The Values of Mediterranean Society*, edited by J.G. Péristiany, Chicago, Chicago University Press, 1966, 19, 21-77.
- D.W. PITTS, *Diversity, Representation, and Performance: Evidence about Race and Ethnicity in Public Organizations*, in *Journal of Public Administration Research and Theory -JPART*, 2005, 15, 4, 615-631.
- D.W. PITTS, *Representative Bureaucracy, Ethnicity, and Public School: Examining the Link Between Representation and Performance*, in *Andrew Young School of Policy Studies, Working Paper Series*, Working Paper 06-16, 2005, 1-39.
- A. PIZZORUSSO, *La libertà d'insegnamento*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La tutela del cittadino*, Vol. 2, *La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Neri Pozza, Vicenza, 1967, 395-482.
- M. POCHARD, *Les implications de la libre circulation: plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2003, 36, 1906-1910.
- M. POCHARD, *La diversification des modes de recrutement de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État*, La documentation française, Paris, 2007.
- A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere decisionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997.
- A. POLICE, *Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, Monduzzi, Bologna, 2005, 471-515.
- O. POLLICINO, *Storia (e conseguenze) di 'uno strabismo logico': la Corte costituzionale e la parità dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Quaderni regionali*, 2004, 23, 1, 75-95.

- L. POLVERARI, S. PIATTONI, *The Italian National Recovery and Resilience Plan and Administrative Capacity: A Real Game Changer?*, in *Rivista italiana di Politiche Pubbliche*, 2022, 2, 169-189.
- U. POTOTSCHNIG, *Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli - Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, 361-411.
- A. POZZI, *Principi concorsuali e progressioni verticali dei pubblici dipendenti*, in *Giustizia civile*, 2003, 5, 181-224.
- A. POZZI, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali e effettività di tutela*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, 3-4, 595-634.
- M.I. PRAVITA, *The Access of EU Citizens to the Public Service: A Comparative Analysis*, in *Review of European Studies*, 2010, 2, 2, 18-34.
- A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile «disapplicazione» del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella pubblica amministrazione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, 5, 885-908.
- A. PRETEROTI, *Sulla disciplina applicabile alle promozioni dei dipendenti delle società a controllo pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2023, 2, 259-279.
- P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente*, Il Mulino, Bologna, 1992.
- F. PUERTA SEGUIDO, *El acceso al empleo público*, in L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La ley - El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007, 397-502.
- B. RABAI, *Le modalità di reclutamento del corpo docente universitario dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240 e il ruolo suppletivo del reclutamento*, in *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di A. Marra, Giappichelli, Torino, 2020, 35-68.
- G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000.
- L. RAGGI, *Diritto amministrativo, vol. IV: soggetti, organi, organizzazione dell'amministrazione diretta. Lezioni svolte nell'anno accademico 1931-32*, Cedam, Padova, 1935.
- G. RAIMONDI, *La giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: profili evolutivi*, in *Rivista della Corte dei conti*, Quaderno n. 2/2021, *Atti del convegno Pubblica amministrazione e impiego pubblico. Prospettive di riforma nel quadro delle iniziative di ripresa del paese*, 113-116.

- M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 1-2, 53-115.
- M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 2, 187-192.
- M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 4, 489-498.
- M. RAMAJOLI, *La Scuola Nazionale dell'Amministrazione. Agente interno dell'innovazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 4, 451-456.
- D. RAMSAY, *An oration on the advantages of American independence: delivered before a public assembly of the inhabitants of Charlestown, South-Carolina, on the Fourth of July, 1778, the second anniversary of that glorious aera*, Charleston [S.C.]: Printed by T.C. Cox, no. 137, Tradd Street, one door from the bay., 1800, in <http://name.umdl.umich.edu/N28767.0001.001>.
- O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, I, 123-134.
- O. RANELLETTI, *Relazione della Commissione per lo studio della riforma dell'amministrazione dello Stato*, Roma, 1919.
- R. RESTA, *La competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa nelle più recenti decisioni del Consiglio di Stato*, in *Foro amministrativo*, 1934, I, 2, 4-14.
- S. RIALS (pres.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Paris, 1988.
- A. RICCARDI, *Il collocamento dei lavoratori disabili*, in *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, a cura di A. Boscati, A. Zilli, vol. I, Cedam, Padova, 179-200.
- A. RICCOBONO, *Clausole generali e controllo dei poteri datoriali nella giurisprudenza sui «concorsi privati»: interessi e tecniche di tutela*, in [temilavoro.it](http://temilavoro.it), 2014, 6, 2.
- A. RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2023, 2, 301-320.
- J. RICHARD, *A quoi sert l'ENA pour l'administration?*, in *Pouvoirs*, 1997, 80, 13-22.
- J. RIGAUD, *Mythes et réalités de l'ENA*, in *Pouvoirs*, 1997, 80, 5-12.
- F. RIGOTTI, *L'onore degli onesti*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- N. ROGGE, T. AGASISTI, K. DE WITTE, *Big data and the measurement of public organizations' performance and efficiency: The state-of-the-art*, in *Public Policy and Administration*, 2017, 32, 4, 263-281.
- S. ROKKAN, *Models and Methods in the Comparative Study of Nation-Building*, in *Acta Sociologica*, 1968, 12, 2, 53-73.

- A. ROMANO, *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale contro-riforma*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 2, 265-270.
- Andrea ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 2009, 13, 9-44.
- Santi ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1897, 109-220.
- Santi ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1898 e poi in *Scritti minori*, vol. II, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, 75-121.
- Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, III ed., Cedam, Padova, 1937.
- Santi ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1941.
- Santi ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, rist. 1983, 91-110.
- A. ROMANO TASSONE, *Il Consiglio di Stato muta indirizzo circa la motivazione delle valutazioni concorsuali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 8, 814-818.
- C. ROMEO, *La privatizzazione dell'impiego pubblico e le regole sull'accesso*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, 655-717.
- B.S. ROMZEK, J.S. HENDRICKS, *Organizational Involvement and Representative Bureaucracy: Can We Have It Both Ways?*, in *The American Political Science Review*, 1982, 76, 1, 75-82.
- S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Conflicts of Interest*, in *Corruption and Conflicts of Interest. A Comparative Law Approach*, edited by J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2014, 3-14.
- D.H. ROSENBLUM, J. DOLAN, *La bureaucratie représentative*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2006, 2, 118, 251-263.
- G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 3, 685-702.
- E. ROTELLI e P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. I, *Dal Medioevo all'Età moderna*, il Mulino, Bologna, 1972.
- E. ROTELLI e P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. II, *Principi e ceti*, il Mulino, Bologna, 1973.
- J.J. ROUSSEAU, *Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes et si elle est autorisée par la loi naturelle*, in *Contrat social ou Principes de droit politique*, (précédé de) *Discours*, Librairie Garnier Frères, Paris, 1755, 25-122.
- J.J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en avril 1772*, s.n., Londres, 1782.

- M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, Bologna, 1978.
- M. RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: «imparzialità» o «buon andamento»?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1999, 2, 215-224.
- M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Diritto pubblico*, 2008, 1, 59-84.
- M. RUSCIANO, D. SIMEOLI, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, agg. VII, Utet, Torino, 2017, 397-484.
- P. SADLAN, *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, Thèse pour le doctorat en droit, mars 1972.
- N. SAITTA, *Esame di Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, 330-357.
- F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, 3, 886-933.
- F. SAITTA, *Dalla filippica di Einaudi alla riforma Gelmini: il punto dopo mezzo secolo di discussioni sul valore legale dei titoli di studio*, in *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive, proposte*, a cura di G. della Cananea e C. Franchini, Giappichelli, Torino, 2009, 11-28.
- F. SAITTA, *Del divieto di aggravamento ventitrè anni dopo (ovvero dell'intramontabile discrezionalità istruttoria dell'amministrazione precedente)*, in *Diritto e società*, 2013, 3, 465-482.
- G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2005, 511-530.
- M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Giappichelli, Torino, 2020.
- L. SALTARI, *Profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, coord. da S. Battini e L. Fiorentino, IRPA Working Paper - Policy Papers Series No. 1/2014, 75-162.
- L. SALTARI, *I giudici amministratori*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, 1, 293-333.
- M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- M. SÁNCHEZ MÓRON, *Igualdad, mérito y capacidad en el empleo público*, in *El principio de igualdad*, 2000, Dykinson, Madrid, 141-154.
- M. SÁNCHEZ MÓRON, *Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público*, in *Autonomías: Revista catalana de derecho público*, 1999, 24, 11-36.
- M.J. SANDEL, *The Tyranny of Merit: What's Become of the Common*

- Good?* (2020), trad. it. a cura di E. Marchiafava e C. Del Bò, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e di perdenti*, Feltrinelli, Milano, 2021.
- A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940.
- A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Jovene, Napoli, 1954.
- A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando (1957)* e poi in *Scritti giuridici*, vol. I, Jovene, Napoli, 1990, 41-53.
- A. SANDULLI, *La motivazione del provvedimento nei pubblici concorsi ed il sindacato di costituzionalità del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 6, 3662-3670.
- M. SANTAMBROGIO, *Il complotto contro il merito*, Laterza, Bari-Roma, 2021.
- G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, 711-752.
- P. SARPI, *Istoria del Concilio Tridentino*, vol. III, s.d. ma ante 1623, poi ed. Borella, Mendrisio, 1835.
- B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, 2, 413-433.
- S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, Giuffrè, Milano, 2007.
- A. SAU, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 3, 384-394.
- F. SAVO AMODIO, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia di valutazioni scolastiche, universitarie e concorsuali*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. Moliterni, Jovene, Napoli, 2021, 169-208.
- S. SCARPONI e E. STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, 2007, 423-466.
- P.A. SCHIERA, *Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco, Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1968.
- G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Giappichelli, Torino, 2013.
- F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Monduzzi, Bologna, vol. I, 2005, 343-401.

- F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo*, 2012, 1-2, 21-103.
- F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.
- S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, Tipi di Lorenzo Citi, Pisa, 1864.
- L. SCUBLA, *Le serment chez Rousseau*, in R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. II, *Théories et devenir*, Éditions du CNRS, Paris, 1991, 105-121.
- R. SÉNAC, *La promotion de la diversité dans la fonction publique: de l'héritage républicain à une méritocratie néolibérale*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2015, 1, 153, 165-182.
- M.A. SENDÍN GARCÍA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión europea*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.
- S. SEPE, *Per una storia della formazione dei funzionari statali in Italia*, in *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, a cura di A. Varni e G. Melis, Roseberg & Sellier, Torino, 1997, 179-188.
- S. SEPE, *La scuola superiore della pubblica amministrazione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, diretto da F. Carinici e M. D'Antona, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, 925-936.
- S. SEPE, *Burocrazia e apparati amministrativi: evoluzione storica e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 1996.
- C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 1, 213-238.
- J. SHJARBACK, S. DECKER, J.J. ROJEK & R.K. BRUNSON, *Minority Representation in Policing and Racial Profiling: A Test of Representative Bureaucracy vs Community Context*, in *Policing*, 2017, 40, 4, 748-767.
- M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1912.
- C. SICCARDI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2022: tra coscienza sociale e uguaglianza*, in *Federalismi.it*, 2022, 7, 259-274.
- F. SIOTTO, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, 2, 360-383.
- E.J. SIEYÈS, *Essai sur les privilèges et autres textes*, s.n., Paris, 1788.
- G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Diritto pubblico*, 2003, 2, 475-532.
- G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012.
- J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* (2008), trad.

- it. a cura di R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, Jovene, Napoli, 2011.
- A. SIMONATI, *La Costituzione "dimenticata". La parità di genere*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 1, 9-28.
- A. SIMONATI, *La giuridificazione della parità di genere in Italia*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. III, *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti, M. Renna, Firenze University Press, Firenze, 2016, 411-422.
- A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 4, 1149-1188.
- A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.-U. Galetta, Giappichelli, Torino, 2020, 1-38.
- G. SIRIANNI, *Il pantouflage pubblico-privato*, in *Diritto pubblico*, 2019, 1, 251-266.
- K.E. SONDERLING, B.J. KELLEY, L. CASIMIR, *The Promise and the Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination*, in *University of Miami Law Review*, 2022, 77, 1, 1-87.
- D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, XIX ed., 2018.
- P. SORDI, *Il giudice ordinario e le procedure selettive e concorsuali nel lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2005, 2, 289-312.
- G. SORRENTI, *Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzione in base al sesso*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 2, 438-492.
- J.E. SOWA, S. COLEMAN SELDEN, *Administrative Discretion and Active Representation: An Expansion of the Theory of Representative Bureaucracy*, in *Public Administration Review*, 2003, 63, 6, 700-710.
- L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967.
- S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo, la sera del 7 maggio 1880, pubblicato in opuscolo estratto dalla *Gazzetta provinciale di Bergamo*, n. 107, 7 maggio, rist. Napoli, 2006.
- E. SPILIOTOPOULOS, *L'article 48 § 4 du Traité de Rome: ambiguïté de la jurisprudence*, in *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 1997, 3, 581-584.
- M.T. SPADAFORA, *Le procedure di stabilizzazione del personale a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 1 comma 519 l. 296/2006 (finanziaria 2007). Natura e giurisdizione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 1, 167-194.

- A. STEVENS, *Representative bureaucracy - what, why and how? Evidence from the European Commission*, in *Public Policy and Administration*, 2009, 24, 2, 119-139.
- E. STUMPO, *L'organizzazione degli stati: accentramento e burocrazia*, in *La storia: L'Età Moderna, I quadri generali*, diretto da N. Tranfaglia, M. Firpo, Utet, Torino, 1987, 431-457.
- V. SUBRANIAM, *Representative Bureaucracy: A Reassessment*, in *The American Political Science Review*, 61, 4, 1967, 1010-1019.
- C.R. SUNSTEIN, *Sludge, What Stops Us from Getting Things Done and What to Do about It*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts - London, England, 2021.
- D. SZYMCAK, *Concepts de fonction publique et d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in *Vers un modèle européen de la fonction publique ? Neuvièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, sous la direction de L. Potvin-Solis, Bruylant, Bruxelles, 2011, 235-252.
- A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Paris, 2019.
- A. TAILLEFAIT, *Dossier: L'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État, Les dispositions générales*, in *Revue française d'administration publique (RFDA)*, 2021, 5, 867-873.
- A. TAILLEFAIT, *Les portes de l'Institut national du service public*, in *Revue française d'administration publique (RFDA)*, 2023, 3, 513-518.
- G. TEBOUL, *Article 6*, in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, sous la direction de G. Conac, M. Debene, G. Teboul, Economica, Paris, 1993, 135-157.
- F. THIRIEZ, *Rapport Mission Haute Fonction Publique. Propositions*, 30 janvier 2020.
- C. TILLY (ed.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1975.
- M. TIMO, *Processo amministrativo – Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 6, 1405-1415.
- E. TOMMASONE, *L'attività dell'amministrazione nel concorso a pubblico impiego*, Libreria Editrice Fiorentina, Firenze, 1926.
- B. TONOLETTI, *Deroghe al principio del pubblico concorso in rapporto al buon andamento dell'amministrazione*, in *Le Regioni*, 1991, 717-728.
- M. TOUZEIL-DIVINA, M. SWEENEY (sous la dir. de), *Droits du travail & des fonctions publiques: Unités(s) du Droit*, L'épitoge-Lextenso, Le Mans, 2012.
- A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2000, 2, 295-321.

- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, XI ed., 2014.
- G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, IV ed., Utet, Torino, 1975.
- C. TRIPODINA, *I gradini di pietra della parità di genere*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 2, 88-135.
- A. TROJSI, *Il reclutamento dei docenti universitari. Riflessioni a partire da un libro recente*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 5, 765-794.
- P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, Giappichelli, 2017.
- R. UGOLINI, *Il criterio del merito nel Ministero della pubblica istruzione (1848-1900)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1987, 2, 417-428.
- A. VACCA, *Il concetto di procedura concorsuale e la competenza giurisdizionale nel pubblico impiego «privatizzato»*, in *Foro amministrativo-T.a.r.*, 2006, 11, 3464-3553.
- G. VACIRCA, *Buona condotta (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. V, Treccani, Roma, 1991, 1-5.
- V. VALENTI, *Come nasce una discriminazione. L'ombra di uno stereotipo di genere nella trappola del "giuridicamente (s)corretto" della Corte costituzionale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2022, 3, II, 248-261.
- A. VARNI e G. MELIS (a cura di), *Le fatiche di Monsù Travet*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1997.
- A. VARNI e G. MELIS (a cura di), *Il lavoro pubblico in Europa*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2001.
- G. VECCHI, *Fabbisogni e change management nella PA: per un reclutamento selettivo basato su progetti di riorganizzazione*, in *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, a cura di U. Carabelli e L. Zoppoli, Quaderno 6/2021 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Futura, Roma, 2021, 21-34.
- L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984.
- L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VII, Utet, Torino, 1991, 303-317.
- G.B. VERBARI, *Giuramento (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 131-144.
- R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. I, *Signes et fonctions*, Éditions du CNRS, Paris, 1991.
- R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. II, *Théories et devenir*, Éditions du CNRS, Paris, 1991.
- R. VERDIER, *Sacramentum... Juramentum, Serment... Jurement*, in R. VERDIER (ed.), *Le serment*, vol. I, *Signes et fonctions*, Éditions du CNRS, Paris, 1991, XV-XIX.

- G. VETRITTO, *Il reclutamento dei pubblici dipendenti dopo il d.lgs. n. 29 del 1993*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1996, 1, 427-438.
- N. VETTORI, *Laicità e servizi pubblici. Il caso della sanità*, in *BioLaw Journal/Rivista di biodiritto*, 2.11.2020, 3, 239-259.
- C. VIDETTA, *Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 3, 539-577.
- J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli, P. Schiera, vol. I, *Dal Medioevo all'età moderna*, il Mulino, Bologna, 1972, 221-246.
- G. VIGGIANI, *Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta*, in *BioLaw Journal/Rivista di biodiritto*, 17.07.2019, 2, 315-327.
- A. VILLA, *Il reclutamento del personale negli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 1, 27-33.
- R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.
- M-B. VINCENT, *Serviteurs de l'État: les élites administratives en Prusse de 1871 à 1933*, Belin, Paris, 2006.
- S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Cedam, Padova, 2002.
- P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990.
- G. VIRGA, *Abolizione del requisito della buona condotta e cause ostative all'instaurazione del rapporto di pubblico impiego*, in *Foro amministrativo*, 1988, I, 1629-1641.
- P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Edizioni universitarie, Palermo, 1957.
- P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffrè, Milano, 2002.
- C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1950.
- A. VIVIEN, *Études administratives*, Guillaumin, Paris, 1859.
- VOLTAIRE, *œuvres complètes, Essai sur les mœurs et l'esprit des nations et sur les principaux faits de l'histoire*, t. VIII, Edition de Ch. Lahure, Paris, 1859.
- VOLTAIRE, *Vénéralité*, in *Dictionnaire philosophique, œuvres complètes*, t. quarante-troisième, Imprimerie de la Société Littéraire-Typographique, Paris, 1784, 395-396.
- F. von HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2: *The Mirage of Social Justice* (1976), trad. it. a cura di A. Petroni e S. Monti Bragadin, *Legge, legislazione e libertà: una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Il saggiatore, Milano, 1986.

- S. VON PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. 2, trad. par J. Barbeyrac, VI éd., dell'Imprimerie de S. Altesse Serenissime, Trevoux, 1741.
- R. VUOLI, *Una necessaria riforma*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, 1921, 89, 340, 313-323.
- R. VUOLI, *Una necessaria riforma (continuazione)*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, 1921, 90, 341, 28-35.
- R. VUOLI, *Il sistema del concorso nella legislazione italiana*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 1921, 90, 344, 305-323.
- M. WALZER, *Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality*, trad. it. a cura di G. Rigamonti, *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987.
- X. WANG, J. READY, G. DAVIES, *Race, Ethnicity, and Perceived Minority Police Presence: Examining Perceptions of Criminal Injustice among Los Angeles Residents*, in *Law & Society Review*, 2019, 53, 3, 706-739.
- M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft (1922-1956)*, trad. it. a cura di P. Rossi, *Economia e società*, vol. IV, Edizioni di Comunità, Milano, 1980.
- M. WEBER, *Politik als Beruf (1995)* trad. it. a cura di E. Coccia, *La politica come professione*, con introd. di L. Cavalli, Armando editore, Roma, 2010.
- L.D. WHITE, *Politics and Civil Service*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1933, 169, *The Crisis of Democracy*, 86-90.
- R.F. WILLIAMS, *A "Row of Shadows": Pennsylvania's Misguided Lock-step Approach to Its State Constitutional Equality Doctrine*, in *Widener Journal of Public Law*, 1993, 3, 1, 343-382.
- V.M. WILLIAMS, B.N. WILLIAMS, *Black or Blue: Racial Profiling and Representative Bureaucracy*, prepared for the 8th Public Management Research Conference, Los Angeles, California, September 29th - October 2nd, 2005, in [www2.ku.edu](http://www2.ku.edu).
- M. WIMMER, *Kantorowicz's Oaths: A Californian Moment in the History of Academic Freedom*, *Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften*, 2014, 25, 3, 116-147.
- G.S. WOOD, *The Radicalism of the American Revolution (1991)*, trad. it. a cura di D. Panzieri, *I figli della libertà. Alle radici della democrazia americana*, Giunti, Firenze, 1996.
- V. WRIGHT, *Démocratiser l'élite administrative française: regard d'un Britannique*, in *Pouvoirs*, 1997, 80, 101-114.
- R. XENIDIS, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, 27, 6, 736-758.

- M. YOUNG, *The rise of the meritocracy* (1958), trad. it. a cura di C. Manuucci, *L'avvento della meritocrazia: 1870-2033*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962.
- A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- A. ZARCA, *Le contrôle juridictionnel des décisions des organes indépendantes composés selon des critères de professionnalisation*, in E. MALARET GARCIA (directora), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 359-387.
- J. ZILLER, *Egalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1988.
- J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Current Issues and State of Play*, Report for the European Commission, Part I and Part 2, European Commission, 2010.
- J. ZILLER, *An Impact of Public Management Concepts on Civil Service Regimes?* (March 20, 2023), in C. FRAENKEL-HAEBERLE, K.P. KRZYWON, A. SOMMERMANN (eds.), *The Civil Service in Europe: A Research Companion*, Routledge, 2023, in corso di pubblicazione, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4404128>.
- A. ZOLA, «Keju»: *il sistema degli esami nella Cina imperiale*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 2, 365-389.
- G. ZILIO GRANDI, *Il concorso pubblico quale strumento ordinario di accesso alle pubbliche amministrazioni, tra regola costituzionale e prassi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, 2, 269-282.
- C. ZOLI, *L'accesso al lavoro pubblico tra procedure di reclutamento e contratto di lavoro*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bononia University Press, Bologna, 2012, 263-285.
- S. ZOPPETTI, *Mobilità e pubblico concorso tra obbligatorietà e preferenza*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2016, 3 in [www.piemonteautonomie.it](http://www.piemonteautonomie.it).
- L. ZOPPOLI, *Il reclutamento nelle pubbliche amministrazioni tra vincoli, parodie, buone pratiche ed emergenze. Come migliorare il sistema*, in *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, a cura di U. Carabelli e L. Zoppoli, Quaderno 6/2021 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Futura, Roma, 2021, 99-112.
- V. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 2009, Editoriale Scientifica, Napoli.





LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di gennaio dell'anno 2024 per  
la Edizioni Scientifiche Italiane S.p.a.  
Stampato in Italia



**Edizioni Scientifiche Italiane**

[www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)    [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)



<https://www.edizioniesi.it>  
<https://www.esidigita.it>



[edizioni\\_scientifiche\\_italiane](https://www.instagram.com/edizioni_scientifiche_italiane)



[Edizioni Scientifiche Italiane](https://www.facebook.com/EdizioniScientificheItaliane)



[Edizioni Scientifiche Italiane](https://www.linkedin.com/company/EdizioniScientificheItaliane)