

Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni

Barbara Gagliardi

La contrattualizzazione d'inizio anni '90 non ha alterato la dimensione di pubblico potere del reclutamento nei pubblici uffici, ove è specialmente la giurisprudenza ad aver riaffermato con forza il carattere di principio inderogabile del pubblico concorso, a tutela di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e avverso i tentativi di elusione a beneficio specialmente di peculiari categorie di personale pubblico. I medesimi principi determinano i caratteri essenziali delle procedure concorsuali, delineando un potere tuttora soggetto al tradizionale sindacato del giudice amministrativo. Tali caratteri – che neanche i più recenti tentativi di riforma paiono mettere in discussione – si ritrovano in altre esperienze europee, ove le critiche più frequenti al modello concorsuale hanno tuttavia origine prevalentemente nella supposta incapacità di selezionare candidati provenienti da tutte le componenti sociali.

1. Il reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni tra New Public Management e dimensione pubblicistica

È noto che la contrattualizzazione d'inizio anni '90 ha inteso ridefinire il ruolo del dirigente pubblico sulla falsariga del modello dell'impresa, attribuendogli «le capacità e i poteri del privato datore di lavoro» nell'organizzazione degli uffici (c.d. micro-organizzazione), cui corrispondono autonomi poteri di gestione finanziaria, tecnica e amministrativa (d.lgs. n. 165/2001, art. 4, c. 2 e art. 5, c. 2)¹.

¹ P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2007, p. 220 ss.

Tale impostazione, ispirata alle teorie del c.d. *New Public Management*², ha cercato di scalzare anche il principio del pubblico concorso a beneficio di un dirigente pubblico capace di scegliere il proprio personale, superando le supposte rigidità di un modello di selezione basato su criteri oggettivi, che si dicevano disancorati dalle reali necessità organizzative delle pubbliche amministrazioni³. L'assunto di partenza era che l'utilizzazione di modelli e strumenti del diritto privato avrebbe consentito inedite opportunità di implementazione del buon andamento dell'amministrazione, seppur con un ragionevole sacrificio del principio di imparzialità⁴. La valorizzazione della dimensione fiduciaria ha ricevuto – come si vedrà – peculiare riconoscimento in sede di attribuzione degli incarichi dirigenziali, anche ove conferiti con la stipulazione di contratti a tempo determinato, dunque pur nell'ipotesi in cui la selezione sia preordinata alla costituzione del rapporto di servizio oltre a quello di immedesimazione organica, secondo un'evoluzione che ha segnato anzitutto il settore sanitario, come noto particolarmente investito dal *New Public Management* nel contesto dell'aziendalizzazione, ma cui non sono estranei anche settori caratterizzati da modelli di organizzazione più "tradizionale" (enti locali, università)⁵.

Nel senso di un reclutamento non *stricto sensu* concorsuale ha in certa misura depresso la stessa prima versione della norma dedicata alle assunzioni nel d.lgs. n. 29 del 1993 (art. 36), che forse non a caso ometteva di menzionare i concorsi per riferirsi a più generiche "selezioni"⁶.

² M. BARZELAY, *The New Public Management, Improving Research and Policy Dialogue*, Oakland (CA), University of California Press, 2001; C. POLLITT, S. VAN THIEL, V. HOMBURG, *The New Public Management in Europe, Adaptation and Alternatives*, Palgrave, 2007.

³ Così ad es. L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in F. CARINGI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1032 ss.; V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, Jovene, 2002, p. 63 ss.

⁴ Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313.

⁵ Vedi *infra*, § 6.

⁶ Cfr. G. D'ALESSIO, B. NERI, *Crisi e sistemi di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni. Aspetti problematici e prospettive di riforma*, in *Poteri pubblici e mercati*, 2, 2009, p. 2 ss. Il lemma "concorso" compare nelle successive versioni della disposizione, pur non sostituendo il riferimento alle "selezioni" (ad es. al c. 3-*bis*, 3-*quater*, 4-*bis* dell'art. 35).

V'è da dire che talora la discussione sul potere del dirigente di scegliere i propri collaboratori si è sovrapposta a quella sull'inadeguatezza delle prove concorsuali, spesso disancorate dalle mansioni associate ai posti a bando, per un difetto di aggiornamento o per la soverchiante preoccupazione di prevenire il contenzioso, che – secondo taluno – ha prevalso sulle finalità di gestione del personale⁷.

Alla valorizzazione del ruolo dirigenziale si è accompagnata la suggestione circa l'attribuzione del relativo sindacato al giudice del lavoro, che tuttavia non ha superato la dimensione *de iure condendo*, trovando accoglimento solo nei casi poc'anzi richiamati, relativi agli incarichi dirigenziali conferiti a personale non di ruolo, anche in ragione di un evidente parallelismo con il contenzioso su quelli attribuiti ai dipendenti (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 65, c. 1).

Al contrario è la qualità di *manager* del dirigente pubblico a essere stata investita da un certo ripensamento, a fronte della non trascurabile rilevanza giuridica nei confronti del terzo dei poteri da questi esercitati, che fa dell'assimilazione alla corrispondente figura dell'organizzazione imprenditoriale una mera *fictio*⁸.

Così, le riforme dell'impiego pubblico degli ultimi trent'anni hanno in definitiva lasciato tendenzialmente inalterata la dimensione pubblicistica del reclutamento, cui dà fondamento la previsione costituzionale che individua nel (pubblico) concorso il canale prevalente di accesso agli uffici (art. 97, c. 4, Cost.).

Tale dimensione pubblicistica si traduce in un'attuazione del principio costituzionale rimessa all'ordinamento speciale della pubblica ammini-

⁷ Così J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique: faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France* (2008), trad. it. a cura di R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Libro bianco sull'avenire dei funzionari pubblici*, Napoli, Jovene, 2011, p. 184.

⁸ M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2008, p. 59 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in A. CORPACI, R. DEL PUNTA, M. P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Milano, FrancoAngeli, 2018, p. 143 ss.; F. SAITTA, *Organizzazione e dirigenza dei pubblici uffici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 5, 2008, p. 760 ss. Si consenta inoltre il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2014, p. 309 ss.

strazione, con norme di legge e regolamenti di organizzazione⁹, cui si giustappone un limitato apporto della contrattazione collettiva¹⁰. Ancor più determinante ai fini della qualificazione di diritto pubblico è il mantenimento del contenzioso sui concorsi al giudice amministrativo¹¹, contro alla generale devoluzione delle controversie sui rapporti di impiego nelle pubbliche amministrazioni al giudice ordinario¹².

Di tale dimensione di diritto pubblico si vogliono in questa sede ripercorrere i tratti salienti: si analizzeranno così anzitutto gli elementi essenziali del concorso nella sua qualità di procedimento amministrativo, quale forma dell'esercizio di un potere preordinato alla tutela di interessi pubblici fondati direttamente in Costituzione (artt. 97, c. 2 e c. 4, art. 51 Cost.), ove la selezione meritocratica si pone a garanzia dell'imparzialità dell'assunzione – e con essa dell'esclusivo «servizio della Nazione» (art. 98 Cost.) – e allo stesso tempo a dimostrazione della professionalità idonea a legittimare l'esercizio della funzione (§ 2).

L'individuazione di tali elementi essenziali consente di adattare lo stesso modello alle esigenze di rinnovamento della pubblica amministrazione, a fronte dell'incedere del ricambio generazionale e della necessità di ripensare fabbisogni e profili professionali.

Il principio costituzionale non si risolve di necessità nel concorso per titoli e prove di stampo “accademico”, spesso tacciate di inadeguatezza rispetto al mercato del lavoro e ancor più alla tutela degli interessi pubblici affidati ad amministrazioni che si vogliono sempre più flessibili, digitalizzate, inclusive, attente ai temi ambientali e in genere innovative¹³. Al contrario esso pare aperto alle migliori e più adeguate tecniche di

⁹ La qualità di pubblico potere del reclutamento ne consente la disciplina con legge regionale (non è ordinamento civile), da ultimo: Corte cost., 12 febbraio 2021, n. 20; Corte cost., 21 dicembre 2018, n. 241.

¹⁰ Specialmente nella definizione dei requisiti correlati ai profili descritti nelle c.d. “dichiaratorie”.

¹¹ Così già S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, p. 557.

¹² Oltre al contenzioso sui concorsi, rimangono al giudice amministrativo le controversie relative al personale in regime di diritto pubblico: d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, c. 4

¹³ Così da ultimo si veda il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), p. 44-47, trasmesso dal Governo al Parlamento il 25.04.2021.

selezione, attingendo dai “vivai” universitari o dall’impresa, senza che la tutela di imparzialità e trasparenza debba per forza tradursi in una rinuncia all’efficacia e con essa al buon andamento dell’amministrazione, secondo caratteri che possono trovare supporto nelle nuove tecnologie. Concorso, dunque, come espressione di pubblico potere non per questo meno capace di adattarsi alle esigenze pubbliche emergenti, secondo un’espressione di autonomia pubblica che trova corrispondenza in un sindacato giurisdizionale assestato sul tradizionale controllo dell’eccesso di potere e del principio di proporzionalità, in cui, come si vedrà, il giudice né arriva a sovrapporre i propri convincimenti a quelli dell’amministrazione, né afferma una tutela capace in qualche misura di “trasfigurare” l’interesse legittimo del ricorrente (§ 3).

Lo stesso principio del concorso è quindi preso in considerazione quale norma tipica delle organizzazioni “sostanzialmente” pubbliche, correlandosi non solo alla forma giuridica degli enti pubblici, ma direttamente all’esercizio di attività di servizio pubblico o comunque strumentali ai fini istituzionali delle amministrazioni (§ 4).

La qualità di norma imperativa del concorso non è stata scalfita dai tentativi di superamento di tale modello originati dalla difesa di interessi particolari (concorsi interni, stabilizzazioni, e così via)¹⁴, imponendosi l’apertura delle selezioni a *tutti* i cittadini in condizioni di eguaglianza (art. 51 Cost.), secondo quello che è tuttora un diritto politico, di partecipazione alla gestione della *res publica* fondato sull’appartenenza a una medesima *societas*. Solo le esigenze di contenimento della finanza pubblica sono state capaci di limitare tale principio a beneficio del più rapido – ed economico – scorrimento di graduatorie preesistenti (§ 5). La qualità di pubblico potere si ritrova altresì nello *spoils system*, considerato per definizione il modello alternativo al *merit system*¹⁵, ove anzi la dimensione pubblicistica del reclutamento sembra raggiungere la sua apoteosi (§ 6). I medesimi principi di imparzialità e trasparenza ispirano le esperienze europee più vicine a quella italiana per sensibilità e tradizione giuridica

¹⁴ Da ultimo S. CASSESE, *Buone pratiche in vetrina*, in *Il Foglio*, 16 marzo 2021.

¹⁵ S. CASSESE, J. PELLEW, *The introduction of merit system in various bureaucracies: a comparative account*, in S. CASSESE, J. PELLEW (dir.) *Le système du mérite - The merit system*, Bruxelles, IISA, 1987, p. 13-14.

(Francia, § 7), ma anche quelle che se ne distanziano maggiormente per il modo d'intendere il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (Regno Unito, § 8), dando evidenza a quella che è stata definita come la doppia genesi, franco-britannica, del modello meritocratico¹⁶. Esperienze accomunate dai medesimi principi ispiratori, ma anche dalla messa in discussione della capacità del concorso di consentire l'accesso a tutte le componenti della società, secondo una contrapposizione tra principio meritocratico e principio democratico, che addebita al primo la responsabilità della "riproduzione delle élites"¹⁷.

2. *Il procedimento amministrativo concorsuale e i suoi elementi essenziali*

Il principio costituzionale del concorso è strettamente correlato a quelli di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione (art. 97, c. 2, Cost.), secondo un carattere in ragione del quale la selezione del personale assume una dimensione di interesse pubblico che non si risolve nell'interesse della pubblica amministrazione all'individuazione del miglior candidato nella sua qualità di datore di lavoro – quale primo atto di gestione delle risorse umane – ma al contrario assume una rilevanza generale, invocabile anche dai terzi¹⁸.

Il fondamento costituzionale si traduce dunque in un potere di reclutamento che – come tutti i poteri pubblici – è funzionalizzato ed espressione di un'autonomia il cui carattere permane eterogeneo rispetto a quella dell'imprenditore, come ben si coglie dall'analisi del corrispondente sindacato giurisdizionale¹⁹.

¹⁶ F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, in *RFAP*, 142, 2012, p. 332.

¹⁷ Da ultimo: M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 87 ss.; R. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2020, p. 727 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2007, p. 642 ss.; J.H. GOLDTHORPE, *I problemi della meritocrazia*, in *Stato e mercato*, 40, 1994, p. 7 ss.

¹⁸ Sulla contrapposizione tra l'interesse pubblico sottostante al principio del concorso e le esigenze strumentali della pubblica amministrazione connesse alla gestione del personale, ad es.: Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52.

¹⁹ Vedi *infra*, § 3.

A tale dimensione d'interesse pubblico si giustappone, senza contraddirla, quella che coglie nel concorso lo strumento di attuazione del diritto politico dei cittadini all'eguaglianza nell'accesso agli impieghi (art. 51 Cost.), ove il potere pubblico si pone, come spesso accade, a garanzia di un diritto soggettivo che in questo caso è di cittadinanza, dunque secondo una prospettiva pubblicistica utile al corretto funzionamento della *res publica*.

Il carattere pubblico del potere esercitato dall'amministrazione nella fase di selezione del personale – che sfocia nell'emanazione della graduatoria e nel provvedimento di proclamazione dei vincitori – non è alterato dall'attrazione alla sfera del diritto privato del rapporto costituito con la stipulazione del contratto di assunzione, così come in materia di appalti resta distinta la fase pubblicistica preordinata all'aggiudicazione da quella successiva di esecuzione del contratto.

Nonostante tale simile scansione, non si dà per i concorsi un'evoluzione del tipo di quella conosciuta dai contratti pubblici, ove la lesione della posizione delle imprese che abbiano partecipato alla gara ha dato adito al riconoscimento di una responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di correttezza nelle trattative – con lesione del diritto dell'impresa di «autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali»²⁰ – anche nei casi in cui la scorrettezza non si identifichi con l'illegittimità dei provvedimenti che scandiscono la procedura²¹.

Nei concorsi, la posizione giuridica dell'interessato a fronte del potere esercitato dall'amministrazione mantiene la tradizionale qualificazione di interesse legittimo, con una preminenza dell'interesse pubblico che non sembra venir meno neanche con l'approvazione della graduatoria²², senza che possa osservarsi quella “promozione” al rango di diritto soggettivo che è stata rilevata, anche per effetto delle norme europee a tutela della

²⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5. In tema G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, p. 68 ss.

²¹ In tema di concorsi esclude la configurabilità di una responsabilità da perdita di *chances* nel caso di revoca legittima del bando di concorso: Cass., sez. lav., 20 giugno 2016, n. 12679. Vedi anche Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2018, n. 6779.

²² Vedi *infra*, nt. 37.

concorrenza, in materia di procedure d'appalto²³. In quanto tale, essa legittima al ricorso al giudice amministrativo per la verifica della ragionevolezza nell'esercizio del potere, secondo un sindacato che presenta tuttora i caratteri tradizionali del controllo sull'eccesso di potere e la cui *ratio* si correla alla rilevanza giuridica del terzo insita nelle norme che segnano il fondamento costituzionale del principio concorsuale (art. 97, c. 2 e 4, art. 51, Cost.).

L'approccio non cambia nemmeno nel sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove pure si ammette la tutela del "giusto procedimento" ex art. 6 CEDU nel caso di violazione del «*right to equal participation in a competition for public office*» nel senso di «*right to a lawful and fair promotion procedure*». Tutela che non dà comunque fondamento a un diritto al reclutamento, ove la pretesa del ricorrente assurge al più al rango di "*privilege*" assistito da mere garanzie procedurali²⁴.

A tale dimensione di pubblico potere consegue la proceduralizzazione del suo esercizio, capace di dare rilevanza e offrire tutela agli interessi pubblici a esso sottostanti, secondo un carattere che è invece venuto meno rispetto agli atti di gestione del rapporto, in ragione della sussunzione nell'ambito della capacità e i poteri di diritto privato del datore di lavoro.

Le norme costituzionali danno così fondamento a precisi vincoli di procedimento che segnano il perimetro essenziale della nozione di pubblico concorso²⁵, entro la quale possono ammettersi selezioni diversificate, con la valorizzazione di titoli di "alta professionalità", la combinazione con la formazione universitaria o presso la Scuola nazionale dell'amministrazione²⁶, o ancora secondo procedimenti "semplificati", eventualmente da giustapporre alla valorizzazione del periodo di prova²⁷.

²³ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 1 ss.; *Id.*, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi*, nt. a Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, col. 3222.

²⁴ ECHR, First sect., 8 February 2019, *Frezadou v. Greece*.

²⁵ Principi che trovano anzitutto accoglimento nel testo unico del pubblico impiego (art. 35, d.lgs. n. 165/2001) e nelle relative norme di attuazione (d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487).

²⁶ In tal senso ancora si veda il PNRR, pp. 44-47.

²⁷ Si veda quanto previsto da ultimo per il reclutamento del personale del Ministero della salute: d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27 (c.d. "cura Italia").

Così, al principio di buon andamento si riconduce la necessità di assicurare una verifica di professionalità minima²⁸, garantendo la selezione del migliore tra quanti si siano iscritti, secondo un giudizio “relativo”, che all’evidenza pone la questione dell’attrattività dei concorsi e, più ampiamente, dello stesso impiego pubblico. Verifica di professionalità minima che legittima ovviamente la selezione di un numero di candidati inferiore ai posti a bando. Ciò importa la definizione delle professionalità da selezionare – e delle prove a tal fine necessarie – in corrispondenza ai fabbisogni dell’amministrazione, ove si ricorda come le prime sperimentazioni del “*merit system*” intendessero innanzitutto accertare che i candidati sapessero «scrivere una lettera e utilizzare le quattro prime regole dell’aritmetica»²⁹. Di recente si è affermata l’esigenza di una più decisa valorizzazione dei profili tecnici³⁰, dagli esperti delle *Information and Communication Technologies*, a ingegneri, geologi ed esperti di sistemi complessi, quasi a volersi superare il tradizionale *Juristenmonopol*³¹.

Alla stessa tutela del buon andamento si correla l’obbligo di comporre le commissioni di concorso con “esperti” nelle materie di selezione, che siano funzionari, docenti, o professionisti esterni, mentre è la tutela dell’imparzialità a escludere che possano farne parte gli organi politici o i rappresentanti sindacali³².

Lo stesso principio di imparzialità impone la trasparenza della selezione, e cioè l’obbligo di pubblicare il bando e i criteri di valutazione delle prove, di rendere disponibili con l’accesso documentale i verbali – salvo il differimento alla conclusione delle selezioni – e di svolgere gli orali “a porte aperte”, o, ancora quello di garantire l’anonimato degli scritti, con divieto di apporre segni di riconoscimento³³.

²⁸ Così Corte cost., 27 luglio 2020, n. 166.

²⁹ F. DREYFUS, *L’invention de la bureaucratie*, Paris, Éditions La Découverte, 2000, p. 175 ss.

³⁰ G. MELIS, *La fuga dall’amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell’amministrazione dell’Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2013, p. 469 ss.

³¹ M.B. VINCENT, *Serviteurs de l’Etat: les élites administratives en Prusse de 1871 à 1933*, Paris, Belin, 2006, p. 17.

³² Corte cost., 25 novembre 1993, n. 416; Corte cost., 11 giugno 1993, n. 333; Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453.

³³ Cons. Stato, Ad. plen., 20 novembre 2013, n. 26.

I principi di pubblicità e trasparenza si traducono altresì nell'obbligo di motivare le valutazioni, ove tuttavia è l'esigenza di preservare il buon andamento dell'amministrazione a legittimare un'interpretazione "riduttiva" della motivazione, che si contenta della mera espressione numerica, purché ancorata a criteri di valutazione più o meno dettagliati³⁴.

Il medesimo obbligo di motivazione richiede che il concorso abbia carattere comparativo, cioè che si traduca in una graduatoria finale elaborata secondo il merito dei candidati, con ciò distinguendo esami professionali ed altre selezioni "a ruoli aperti" dal modello concorsuale, che viceversa dà accesso a posti contingentati.

Non mancano peraltro esempi di reclutamento nella pubblica amministrazione fondati su esami professionali, come in Germania, o su concorsi che si concludono con l'elaborazione di liste in ordine alfabetico, da cui le amministrazioni attingono più o meno liberamente: così ad es. il reclutamento nella *fonction publique territoriale* francese o quello nelle istituzioni dell'Unione europea. Sono quest'ultimi modelli ove il principio di imparzialità funzionale alla protezione del diritto d'accesso all'impiego in condizioni di eguaglianza è temperato con altri valori e principi³⁵, mantenendosi la comparazione soltanto all'esterno, cioè verso gli esclusi, e non internamente, tra gli idonei.

3. Il concorso come esercizio di pubblico potere nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo

Al carattere di pubblico potere del concorso corrisponde, come già anticipato, l'attribuzione del sindacato al giudice amministrativo in sede di legittimità³⁶, in forza della riconosciuta natura di interesse legittimo della posizione soggettiva invocata dal ricorrente. Benché si ritenga che l'iscrizione in graduatoria nella qualità di vincitore fondi un diritto soggettivo "all'assunzione", in ragione del carattere di "offerta al pubblico" del bando (art. 1336 cod. civ.), tale diritto è comunque subordinato all'attualità

³⁴ Da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1860; Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835.

³⁵ Cfr. *infra*, § 8.

³⁶ Così già A. ROMANO, *Un (eterodosso) auspicio di un' almeno parziale controriforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2, 2003, 266 ss.

dell'interesse pubblico che ha determinato l'indizione della procedura, sicché nemmeno l'approvazione della graduatoria esclude l'esercizio legittimo dell'autotutela amministrativa ove le nuove assunzioni «non corrispondano più alle oggettive necessità di incremento del personale»³⁷. Allo stesso tempo, l'invalidità del concorso condiziona quella del successivo contratto di lavoro subordinato, determinandone la nullità per violazione di norma imperativa, secondo un effetto che si ripercuote automaticamente sul rapporto costituito (art. 1418, c. 1, c.c.)³⁸.

È la già richiamata rilevanza giuridica del terzo, cui danno fondamento i principi costituzionali summenzionati (artt. 51, c. 2 e 97 Cost.), a imporre di necessità un controllo con effetti costitutivi quale quello del giudice amministrativo.

Il sindacato del giudice amministrativo mantiene per l'effetto in tale sede i propri caratteri tradizionali: sia che siano investiti atti espressione di discrezionalità “pura” sia che si tratti di decisioni derivanti dall'esercizio di discrezionalità tecnica, il giudice si arresta a un controllo estrinseco, che non arriva a ripetere le valutazioni dell'amministrazione³⁹.

L'atteggiamento del giudice è così di “deferenza” nei confronti degli atti ispirati a una mera logica di opportunità (come nel caso, ad. es., della decisione di indire un nuovo concorso in luogo dello scorrimento di una graduatoria⁴⁰), come di quelli fondati su criteri tecnico-scientifici, o comunque propri di un peculiare ramo del sapere (come nel caso delle valutazioni della commissione).

Tale orientamento coincide con l'amplissima discrezionalità dell'amministrazione – e specialmente della commissione che ne è organo straordinario – che caratterizza tutti gli atti della procedura: dalla decisione di indire il concorso, alla scelta del tipo di selezione (per esami, titoli ed esami, solo titoli), alla definizione e successivo accertamento

³⁷ In tal senso ad es. da ultimo Cass. civ., sez. lav., 25 novembre 2020, n. 26838; Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2017, n. 30238.

³⁸ Da ultimo Cass., sez. lav., 16 febbraio 2021, n. 4057.

³⁹ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, in E. MALARET GARCIA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi (Thomson Reuters), 2019, p. 395 ss.

⁴⁰ Cass. civ., sez. un., 22 agosto 2019, n. 21607; Cass. civ., sez. un., 20 ottobre 2017, n. 24878; Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 2016, n. 27460.

dei requisiti⁴¹ – ove, in presenza di elementi *prima facie* discriminatori resta ferma la verifica di proporzionalità insita nell'identificazione delle c.d. “*bona fide occupational qualifications*”⁴² –, alla determinazione dei criteri da parte della commissione, sino alla valutazione di titoli e prove. Così, fatti salvi i casi di violazione di leggi e altre norme scritte sulla scansione del procedimento⁴³, è pronunciato l'annullamento per eccesso di potere solo ove si ravvisi l'irragionevolezza manifesta, l'irrazionalità, l'arbitrarietà, il palese travisamento dei fatti, come nel caso di “errore madornale” nell'interpretazione della traccia delle prove o di disconoscimento dei titoli dei candidati, di estrema genericità o immotivata violazione dei criteri⁴⁴, e così via, secondo un catalogo di ipotesi che si verificano invero piuttosto di rado.

L'approccio non cambia ove le prove di concorso siano in ambito giuridico, implicando conoscenze possedute dal giudice, o al contrario siano espressione di saperi tecnico-scientifici propri delle c.d. scienze dure, per valutare le quali si dovrebbe disporre la consulenza tecnica d'ufficio, istituto di cui non si rinviene traccia nel processo amministrativo sul reclutamento.

Diversamente nel caso della verifica, talora disposta per la riprova dei requisiti fisici di accesso all'impiego⁴⁵, ove tuttavia ciò che rileva è il diverso carattere della valutazione rimessa all'amministrazione, che in questo caso coincide con un accertamento di fatto, di per sé disomogeneo rispetto a quelle espressioni di discrezionalità tecnica⁴⁶.

È proprio il carattere di pubblico potere del reclutamento, espressione dell'autonomia istituzionale dell'amministrazione, a giustificare tale arretramento del giudice, secondo un sindacato non solo “esterno”, cioè di

⁴¹ Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2017, n. 2353.

⁴² Ad es. sui requisiti di età massima: C. giust., 13 novembre 2014, C-416/13, *Vital Perez c. Ayuntamiento de Oviedo*; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 345; sui requisiti fisici (altezza, *visus*, ecc.): Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6606; sui titoli di studio: Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2020, n. 590.

⁴³ Es. Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2016, n. 1011; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015, n. 2584.

⁴⁴ Da ultimo Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 2020, n. 3562; Cons. Stato, 23 marzo 2018, n. 1860.

⁴⁵ Per l'irripetibilità di un accertamento medico: Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2020, n. 4641.

⁴⁶ Diversamente si veda F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, p. 1 ss.

mero annullamento, ma anche e sempre “estrinseco”, che non impinge, come si è detto, nel merito delle valutazioni.

Ciò non esclude, ovviamente, il rigoroso sindacato sul rispetto delle “forme”, che come noto si caratterizzano per una scansione predeterminata e correlata a quegli essenziali caratteri di pubblicità e trasparenza di cui si è detto poc’anzi. Anzi può dirsi che sono proprio tali forme a consentire l’esercizio di una discrezionalità tanto ampia.

La dimensione di pubblico potere viene meno, come noto, con riferimento agli atti di gestione del rapporto, ritenuti ormai assimilabili a quelli che caratterizzano il lavoro nell’impresa, dunque non più riconducibili alla “supremazia speciale” dell’amministrazione⁴⁷.

Per l’effetto essi sono attribuiti alla giurisdizione del giudice ordinario, che esercita un controllo solo in parte “adattato” alla natura pubblica del datore di lavoro e ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, che anche in tale sede impongono un’attenzione particolare⁴⁸. Oltre al perimetro di tale limitata specialità, si afferma la cultura del contenzioso giuslavoristico, di per sé preordinata alla tutela dei diritti soggettivi e che – nonostante l’espressa attribuzione al giudice di «tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi e di condanna»⁴⁹ – si risolve essenzialmente in pronunce risarcitorie.

4. Il concorso come principio d’organizzazione degli enti pubblici. Il caso delle società partecipate.

Il concorso si afferma come norma di organizzazione tipica delle pubbliche amministrazioni in senso stretto (i “pubblici uffici” dell’art. 97, c. 4, Cost.), come di organizzazioni pur formalmente private, ma che presentano un carattere “sostanzialmente pubblico”, come nel caso delle società a controllo pubblico.

⁴⁷ Per la ricostruzione delle teorie d’inizio ’900: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 254 ss.

⁴⁸ Tra le molte si veda Cass., sez. lav., 26 febbraio 2014, n. 4583: «la riconduzione della disciplina del lavoro pubblico alle regole privatistiche del contratto e dell’autonomia privata (...) non ha eliminato la perdurante particolarità del datore di lavoro pubblico che (...) resta pur sempre condizionato da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse».

⁴⁹ D.lgs. n. 165/2001, art. 63, c. 2.

Trattasi, come noto, di organizzazioni istituite in larga misura trasformando preesistenti enti pubblici, secondo processi di privatizzazione formale che, tra le altre cose, volevano sottrarre la gestione delle risorse umane ai vincoli del diritto pubblico, anche nella versione “minore” elaborata con la contrattualizzazione. Secondo un’evoluzione nota, la natura sostanzialmente pubblica di tali organizzazioni – che sono solo formalmente “privatistiche” – ha determinato la riaffermazione di molte regole organizzative di diritto pubblico: dalla disciplina degli appalti (con l’elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblico, ma anche con l’affermazione dell’obbligo di gara per le società *in house* in quanto tali), alla responsabilità amministrativa per danno erariale⁵⁰, o ancora i principi sul reclutamento nei ruoli dell’amministrazione⁵¹.

Più precisamente si impone oggi 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 (art. 35), cioè di quei vincoli procedurali in diretta attuazione dei principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e del pubblico concorso⁵². Ciò pur ammettendosi che le stesse società applichino per la disciplina dei rapporti con i propri dipendenti esclusivamente il codice civile e le altre norme sul lavoro nell’impresa.

L’obbligo del concorso così affermato si distingue dalla tradizione degli enti pubblici economici che pure assumono secondo procedure concorsuali (c.d. concorsi privati): per questi si tratta di un vincolo autoimposto ed espressione di autonomia privata⁵³. Per le società costituite per l’erogazione di servizi pubblici o altri scopi riconducibili alle finalità istituzionali degli enti controllanti, l’obbligo discende invece dall’interesse pubblico dell’attività svolta, che è ragione giuridica dell’istituzione

⁵⁰ Secondo un’evoluzione da ultimo recepita nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, art. 12.

⁵¹ D.lgs. n. 175/2016, art. 19, con norma anticipata da: d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 25, c. 6, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 24; d.l. 13 agosto 2011, n. 138, art. 4, c. 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.

⁵² G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3/4, 2009, p. 631 ss.

⁵³ Da ultimo: Cass., sez. un., 17 aprile 2007, n. 9095; Cass., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 251.

della società o dell'affidamento ad essa della medesima attività, da cui deriva l'affermazione di una disciplina differenziata capace di garantirne il perseguimento⁵⁴.

Il dato offerto dal diritto positivo conferma per l'effetto la rilevanza pubblicistica del modello di reclutamento, che si correla al tipo di attività esercitata in quanto preordinato a garantire l'adeguatezza dell'organizzazione all'esercizio della funzione (art. 118, c. 1, Cost.).

Seppur a fini di completezza, occorre rilevare come il vincolo del concorso ormai imposto anche a tali organizzazioni "privatistiche" non sia comunque sufficiente a consentire il diretto assorbimento del relativo personale nei ruoli degli enti controllanti, non foss'altro perché sovente è stato assunto prima dell'entrata in vigore della previsione suddetta, senza trascurare la differenza in sede di attribuzione del contenzioso, atteso che su tali procedure è competente il giudice ordinario. Per tali ragioni non di rado si afferma l'illegittimità costituzionale delle previsioni di legge regionale che dispongono l'assorbimento nei ruoli dell'amministrazione di personale già impiegato nelle società partecipate sciolte o dismesse⁵⁵.

5. Il concorso come norma imperativa e la giurisprudenza costituzionale sul principio di pubblicità

La norma costituzionale, come noto, ammette la derogabilità del principio del pubblico concorso nei «casi previsti dalla legge» (art. 97, c. 4, Cost.) e le previsioni in tal senso non sono certo mancate, con norme specialmente intese a dar soddisfazione a specifiche platee di dipendenti, rimediando a croniche situazioni di "precarariato", od offrendo aspettative di carriera a un personale in genere poco valorizzato⁵⁶.

⁵⁴ R. CAVALLO PERIN, *La Corte dei Conti di fronte alla privatizzazione ed all'esternalizzazione della funzione amministrativa*, in *Riv. Corte Conti*, 5-6, 2013, p. 657 ss.

⁵⁵ Da ultimo: Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5; Corte cost., 2 marzo 2018, n. 40; Corte cost., 30 gennaio 2015, n. 7; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 227; Corte cost., 1° luglio 2013, n. 167. 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.

⁵⁶ Il livello medio delle retribuzioni nel settore pubblico si assesta per lo più al di sotto di quella dei paesi OCSE comparabili all'Italia: OCDE, *Panorama des administrations publiques 2017*, Paris, Éditions OCDE, 2017, p. 108 ss. Vedi anche: Corte dei Conti, sez. riun. contr., *Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020*, Roma, luglio 2020, p. 33 ss. Per un'analisi: S. BATTINI, S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *Rivista quadr. Inapp*, 1, 2020, p. 11 ss.

L'esperienza degli ultimi vent'anni evidenzia così tentativi di superamento del modello concorsuale che solo di rado sono sorretti dalle logiche di valorizzazione del ruolo manageriale della dirigenza richiamato in apertura e molto più spesso trovano propulsione in spinte corporative o in tentativi di ricerca del consenso.

Si è tuttavia con forza ribadita l'eccezionalità di tali deroghe, ammettendone la giustificazione nei soli casi in cui dia ad esse fondamento un interesse pubblico «peculiare e straordinario»⁵⁷: non è in altre parole sufficiente invocare il dovere di solidarietà a beneficio del personale – stabile o precario che sia – così come non bastano le esigenze strumentali dell'amministrazione riferite alla gestione delle risorse umane, ma occorre sia perseguita la realizzazione di un fine capace di assurgere al rango di interesse pubblico⁵⁸.

Il dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) basta di per sé solo a legittimare l'eccezione al concorso solo in ipotesi particolarissime, come quando si tratti di compensare chi ha il merito del "sacrificio estremo" a beneficio della collettività (coniuge e figli di membri delle forze dell'ordine caduti in servizio, delle vittime del terrorismo, e così via), o nel caso di chi versi in un'irrimediabile situazione di diseguaglianza di partenza (disabili)⁵⁹. Si è così con forza affermato il principio di pubblicità del concorso, nel senso di apertura al pubblico della selezione, cui debbono essere ammessi a partecipare tutti coloro che siano in possesso dei requisiti richiesti. Tale lettura dà senz'altro attuazione al principio costituzionale di eguaglianza formale (art. 51, c. 2, Cost.), ma trova fondamento altresì in quello di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, c. 2, Cost.). Consente infatti di attingere a un vivaio di candidati quanto più possibile ampio e dunque capace di permettere il reperimento di professionalità anche formatesi all'esterno della sfera pubblica, secondo una contaminazione culturale che è stata spesso preconizzata, a torto o a ragione, come utile all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, oltretutto funzionale

⁵⁷ Da ultimo Corte cost., 9 marzo 2020, n. 43

⁵⁸ Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195; Corte cost., 4 novembre 2009, n. 293; Corte cost., 2 aprile 2012, n. 90.

⁵⁹ D.lgs. n. 165/2001, art. 35, c. 2. Sui testimoni di giustizia: l. 11 gennaio 2018, n. 6, art. 7, lett. h.

a quel ricambio generazionale invocato a piè sospinto dall'inizio degli anni '10⁶⁰.

Il principio di pubblicità è stato ribadito avverso i concorsi interni utilizzati per le progressioni del personale, secondo un modello tipico dell'amministrazione "di carriera" e che tuttora si ritrova nella disciplina del personale in regime di diritto pubblico, ma che a partire dagli anni '90 è stato a più riprese censurato per quello contrattualizzato⁶¹ anche in ragione del sovrapporsi di esigenze di organizzazione e istanze di categoria⁶².

Il principio del pubblico concorso deve pertanto informare qualsiasi accesso "per la prima volta" a un nuovo posto nell'organico di un ente, a nulla rilevando che esso riguardi personale già in servizio, poiché a importare è qualunque "novazione oggettiva" del rapporto. Al più, l'aspettativa di carriera – pur meritevole di tutela secondo una logica premiale funzionale al buon andamento dell'amministrazione – può tradursi nella previsione di quote riservate nei concorsi, comunque non superiori al 50% dei posti a bando⁶³, secondo una puntuale indicazione del giudice costituzionale poi fedelmente trasposta in legge⁶⁴.

Solo incidentalmente si rileva come tale orientamento abbia fornito un argomento a supporto della giurisdizione del giudice amministrativo, che sull'invocazione del principio di pubblicità della selezione ha fondato l'affermazione del proprio potere di conoscere le controversie sulle progressioni, ritenendo che il carattere concorsuale ne determini l'attrazione alla giurisdizione di legittimità⁶⁵. Ad esso ha risposto una giurisprudenza ordinaria viceversa decisa nel ribadire la propria competenza in ragione

⁶⁰ Si veda il Conto annuale 2020 della Ragioneria generale dello Stato (<https://www.conto-annuale.mef.gov.it/struttura-personale/eta>).

⁶¹ Da ultimo 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.

⁶² 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, p. 627 ss.

⁶³ Corte cost., 13 maggio 2010, n. 169; Corte cost., 23 luglio 2002, n. 373; Corte cost., 6 giugno 1994, n. 234.

⁶⁴ D.lgs. n. 165/2001, art. 52, c. 1-bis.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2003, n. 5495.

dell'attinenza del contenzioso alla gestione del rapporto, secondo un conflitto sfociato in un salomonico – quanto artificioso – “concordato”: al giudice amministrativo spettano le progressioni verticali, mentre al giudice ordinario sono attribuite quelle orizzontali, che, avendo carattere esclusivamente economico, non sono “concorsi”⁶⁶.

L'approvazione della norma di legge di recepimento della giurisprudenza sull'apertura dei concorsi interni, in uno con i rigori imposti dalla crisi economico-finanziaria, sembra aver diradato il relativo contenzioso. La tentazione di superare il principio di pubblicità si è tuttavia riproposta nelle diverse ondate di stabilizzazioni, per l'amministrazione statale e forse ancor più per quella regionale.

Anche in tal caso l'equilibrio tra le istanze del personale precario e i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione è sfociato in una norma generale del testo unico del pubblico impiego. Il riconoscimento dell'interesse dell'amministrazione a giovare di professionalità formatesi al proprio interno si è così tradotto nella previsione secondo cui è possibile la riserva di posti, nel limite massimo del 40 per cento di quelli banditi, a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato con almeno tre anni di servizio (d.lgs. n. 165/2001, art. 35, c. 3 bis, lett. *a*)⁶⁷.

La stessa norma generale, tuttavia, è stata derogata da una sequela di previsioni “straordinarie”, che sembrano quasi aver prevalso sulla prima per intensità di applicazione. Così sono riapparse le selezioni “a domanda” o i concorsi integralmente riservati ai precari⁶⁸, benché la soluzione in favore della riserva nell'ambito di un concorso aperto al pubblico si fondi sul presupposto che la selezione per l'accesso al rapporto a termine non possa ritenersi equipollente a quella indetta per un posto stabile, per capacità di attrazione e livello di competizione, come per la difficoltà e selettività delle prove somministrate.

⁶⁶ Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3948; Cass., sez. un., 10 dicembre 2003, n. 18886.

⁶⁷ Introd. con l. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, c. 401. Per l'apertura agli altri contratti di lavoro “flessibile” (con l'esclusione della c.d. parasubordinazione): d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, art. 20, c. 2.

⁶⁸ D.lgs. n. 75/2017, art. 20; l. 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, c. 529; d.l. 31 agosto 2013, n. 101, art. 4, c. 6, conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125.

Ancor più le deroghe sono frequenti nella legislazione regionale⁶⁹, ove si sono spesso estesi i limiti delle stabilizzazioni ben oltre i contorni definiti dalle norme statali, il cui carattere vincolante è ricondotto alla competenza concorrente in tema di coordinamento della finanza pubblica⁷⁰.

Più precisamente non sono infrequenti i casi di estensione del beneficio alla dirigenza a contratto o al personale “di *staff*”, dunque a soggetti di norma esclusi dal perimetro degli stabilizzandi. Non soltanto risulta difficile invocare a vantaggio di tali figure il già richiamato dovere di solidarietà, ma è lo stesso fine di interesse pubblico a essere direttamente violato, poiché si tratta di soggetti selezionati secondo logiche fiduciarie, e dunque privi della legittimazione tecnico-professionale che caratterizza il personale di ruolo.

Nel caso dello scorrimento delle graduatorie concorsuali si è invece registrata un'evoluzione inversa a quelle poc'anzi descritte, poiché in tale ipotesi il principio del concorso ha ceduto innanzi alla forza insuperabile del contenimento della finanza pubblica.

L'approccio tradizionale configurava l'indizione di un nuovo concorso come la regola e lo scorrimento di una preesistente graduatoria come l'eccezione⁷¹: benché quest'ultima costituisca l'esito di un concorso, è l'abitudine di prorogare graduatorie risalenti ben oltre il termine ordinario⁷² a determinare la sostanziale violazione del principio. Lo scorrimento infatti si risolve in un beneficio a vantaggio degli idonei (pur non vincitori) con esclusione di tutti coloro che abbiano nel frattempo maturato i requisiti, o l'interesse, a partecipare ad un'analoga selezione.

⁶⁹ Corte conti, sez. riun. contr., *Relazione 2011 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, maggio 2011, p. 74, ove si evidenzia il «lento e difficile adeguamento da parte delle Regioni ai principi affermati dalla Corte, tanto da arrivare addirittura a configurare, nelle ipotesi estreme, rischi per il mantenimento dei saldi di finanza pubblica».

⁷⁰ Si veda ad es. la vicenda pugliese, ove le norme regionali sulle stabilizzazioni sono state investite da plurime dichiarazioni di illegittimità, da ultimo: Corte cost., 12 maggio 2017, n. 110; Corte cost., 23 aprile 2013, n. 73; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 67 e n. 68; Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 42. Sempre in tema di stabilizzazioni da ultimo: Corte cost., 23 aprile 2013, n. 72; Corte cost., 20 aprile 2012, n. 99; Corte cost., 5 marzo 2012, n. 51; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 123; Corte cost., 1° aprile 2011, n. 108; Corte cost., 23 febbraio 2011, n. 69; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68 e n. 67; Corte cost., 7 luglio 2010, n. 235.

⁷¹ Es. Cons. Stato sez. IV, 03 dicembre 2010, n. 8519.

⁷² Di recente divenuto biennale: d.lgs. n. 165/2001, art. 35, c. 5-ter, mod. dall'art. 6-bis, c. 1, lett. a e b, d.l. 3 settembre 2019, n. 101, conv. in l. 2 novembre 2019, n. 128.

È l'elementare considerazione del minor costo dello scorrimento ad aver provocato il *revirement* dell'originario rapporto regola-eccezione: l'amministrazione deve ormai in via prioritaria utilizzare le graduatorie, sopportando un obbligo di motivazione "rafforzata" nel caso in cui intenda assumere attraverso un nuovo concorso⁷³. Ciò benché non si giunga ad affermare il carattere di "diritto" soggettivo della pretesa degli idonei allo scorrimento, pur tante volte sostenuto dal giudice ordinario al fine di dar fondamento alla propria giurisdizione⁷⁴.

V'è da dire che a ciò ha corrisposto il tentativo di "contenere" l'utilizzazione delle graduatorie: dapprima con l'affermazione di un principio di delegazione legislativa⁷⁵, poi con la radicale esclusione dello scorrimento⁷⁶, infine con l'abbreviazione del relativo termine di durata, che purtuttavia non ha sinora arginato l'abitudine di disporre la proroga.

6. La valorizzazione dell'elemento fiduciario nella selezione della dirigenza

Il modello concorsuale recede ove si affermino logiche "fiduciarie", talora proprie dei modelli di *spoils system*, talaltra ricondotte a quel ruolo datoriale dell'organo titolare della nomina già affermato dalle teorie ispirate al *New Public Management*.

Lo *spoils system*, come noto, si pone tradizionalmente in contrapposizione al reclutamento meritocratico, individuando nella legittimazione politica un'alternativa a quella fondata sulla professionalità.

Non a caso negli Stati Uniti d'America la piena affermazione dell'"*open competition system*" – e dunque del concorso pubblico – è di norma ricondotta all'emergere della convinzione di aver ecceduto nel contrap-

⁷³ Così Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14, di recente ripresa da Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5 e da Cass. civ., sez. lav., 31 gennaio 2020, n. 2316.

⁷⁴ Es. Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27194.

⁷⁵ L. 7 agosto 2015, n. 124, art. 17, c. 1, lett. c, per la fissazione di «limiti assoluti e percentuali» agli idonei non vincitori, poi trasformatasi in una mera "facoltà" in sede di esercizio della delega (d.lgs. n. 165/2001, art. 35, c. 3, lett. e-bis), introd. dall'art. 6, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 75/2017), con una previsione infine abrogata dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, c. 364.

⁷⁶ L. n. 145/2018, art. 1, c. 361.

posto sistema del *political patronage* (*Pendleton Civil Service Reform Act* del 1883)⁷⁷.

Nell'ordinamento italiano una giurisprudenza ormai consolidata ne circoscrive la legittimità alla dirigenza c.d. "apicale", cioè a quanti si collocano per posizione e funzioni allo snodo tra politica e amministrazione, assolvendo a un irrinunciabile compito di "trasmissione" dell'indirizzo politico alla dirigenza professionale, in guisa di elemento di raccordo tra i due livelli⁷⁸.

L'annullamento delle previsioni che fanno discendere l'automatica decadenza della dirigenza dall'avvicendamento degli organi di governo limita la legittimazione fiduciaria, rafforzando per l'effetto il contrapposto modello meritocratico.

Le logiche fiduciarie e di comune appartenenza politica che ispirano tali norme si pongono spesso in alternativa alla verifica di professionalità dei funzionari, affermatasi negli stati nazionali d'epoca moderna quale titolo di legittimazione sostitutivo della venalità o ereditarietà delle cariche, per offrire risposta alle cresciute esigenze di un'amministrazione le cui attività si sono nel tempo progressivamente diversificate.

Per la dirigenza non "apicale", dunque, è la professionalità il titolo di esercizio delle funzioni, ove specularmente si richiede la contestazione dei risultati della gestione a giustificazione di un'eventuale decadenza, cui provvedere nel rispetto delle garanzie del contraddittorio. Professionalità che è perciò elemento legittimante il servizio della Nazione (art. 98 Cost.) e che è verificata anzitutto in sede concorsuale.

Così circoscritto e ricondotto a sistema, lo *spoils system* non è in contraddizione con la dimensione pubblicistica del reclutamento, anzi pare

⁷⁷ Con l'omicidio del Presidente Garfield da parte di un sostenitore deluso: F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., p. 172 ss.

⁷⁸ Da ultimo 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. Cfr. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 183 ss.; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bologna, Bononia University Press, 2012, p. 193 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, *ivi*, p. 135 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 39 ss.

collocarsi all'apice di essa nella misura in cui le nomine assurgono al rango di "atti politici", in quanto tali sottratti al sindacato giurisdizionale. Suscita maggiori perplessità il riconoscimento della dimensione fiduciaria – o comunque di una discrezionalità quasi illimitata – ove si tratti non di incarichi apicali nel senso anzidetto, ma della selezione di dirigenti cui sono attribuiti compiti di gestione, dunque necessariamente sorretti da una legittimazione tecnico-professionale.

Il riferimento è agli incarichi attribuiti con contratti a tempo determinato a dirigenti non di ruolo⁷⁹, ove si è ammesso che le selezioni si concludano con elenchi (spesso "terne") di idonei in ordine alfabetico, entro cui l'organo di indirizzo, o quello amministrativo investito della nomina, sceglie più o meno liberamente. L'assenza di comparazione – o una comparazione limitata – determina il disconoscimento del carattere concorsuale e la conseguente affermazione della giurisdizione ordinaria. In tal modo gli incarichi sono assimilati ad atti di gestione del rapporto d'impiego assunti con le "capacità e i poteri" di diritto privato del datore di lavoro, senza che rilevi il fatto che in tali ipotesi si costituisce direttamente il rapporto di servizio, per di più con una procedura aperta al pubblico. Ciò che si persegue è l'affermazione di una giurisdizione speculare a quella sugli incarichi attribuiti al personale di ruolo, espressamente attratti all'orbita del giudice ordinario perché relativi a un rapporto già in essere⁸⁰, più che in ragione del carattere di diritto soggettivo della pretesa vantata.

Ciò che manca è, ovviamente, un sindacato attento ai profili di interesse pubblico, secondo i caratteri offerti dal vizio di eccesso di potere. E ciò benché l'attenzione comunque prestata agli interessi pubblici sottesi alla

⁷⁹ Per la dirigenza sanitaria (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 102, art. 15, c. 7-*bis*) da ultimo: Cass., sez. lav., 1° dicembre 2017, n. 28880; Cass., sez. lav., 31 gennaio 2017, n. 2511; Cass., sez. lav., 9 maggio 2016, n. 9281. Sui direttori dei musei: Cass., sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413; Cass., sez. un., 5 aprile 2017, n. 8799. Sui dirigenti gli enti locali *ex d.lgs. 18 agosto 2000*, n. 267, art. 110, da ultimo: Cass., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21600; Cass., sez. un., 30 settembre 2014, n. 20571; Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4684; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2017, n. 1367. Per il direttore dell'università: Cass., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22431. Si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, p. 185.

⁸⁰ D.lgs. n. 165/2001, art. 63, c. 1, su cui da ultimo: Cass., sez. un., 23 marzo 2017, n. 7483 e n. 7484; Cass., sez. un., 8 giugno 2016, n. 11713; Cass. sez. lav., 30 ottobre 2014, n. 23062. In tema G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003.

scelta dei dirigenti si sia tradotta nell'affermazione anche da parte del giudice ordinario di obblighi di pubblicità e trasparenza certo estranei alla cultura del lavoro nell'impresa⁸¹.

La tutela riconosciuta è tuttavia prevalentemente di tipo risarcitorio⁸², ove l'assenza di pronunce costitutive è correlata alla difficoltà di affermare un diritto soggettivo in senso stretto in capo al dirigente, la cui posizione è per lo più definita come "interesse legittimo di diritto privato"⁸³.

7. Il modello francese e la crisi del sistema delle Écoles tra diritto dell'Unione europea e tutela della "diversità" nella fonction publique

Può risultare utile accennare ad alcune esperienze europee che presentano elementi comuni con quella italiana: anzitutto è senz'altro d'interesse l'ordinamento francese, non foss'altro perché offre spunti capaci di favorire la comprensione del modello di carriera tipico dell'Europa continentale.

La Costituzione francese non pone espressamente il principio del concorso, ma si limita all'affermazione del diritto d'eguaglianza nell'accesso agli impieghi, con una norma che impone di non prendere in considerazione null'altro oltre alle "virtù e ai talenti" dei candidati. Tale previsione della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (art. VI) – tutt'oggi inserita nel preambolo della Costituzione della V Repubblica (1958) – è invero l'archetipo di tutte quelle poste con termini più o meno coincidenti nelle Costituzioni di quasi tutta l'Europa, secondo un principio che può dirsi espressione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea (art. 6, § 3, TUE)⁸⁴.

⁸¹ Cass., sez. lav., 10 novembre 2017, n. 26694.

⁸² Per la disapplicazione di un atto di macro-organizzazione da cui sia conseguita la revoca di un incarico dirigenziale, con condanna della p.a. a ripristinare l'incarico precedente: Cass., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677. Per l'esclusione del potere di annullamento: Cass., sez. lav., 26 marzo 2014, n. 7107. Viceversa spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sul ricorso (esperito da un'organizzazione sindacale) per l'annullamento degli atti di macro-organizzazione con cui si la p.a. abbia discrezionalmente scelto di conferire un incarico dirigenziale all'esterno invece che al personale di ruolo: Cass., sez. un., 13 novembre 2018, n. 29080 e n. 29081.

⁸³ Così Cass., sez. lav., 1° luglio 2019, n. 17636; Cass., sez. lav., 21 febbraio 2019, n. 5191; Cass., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32625; Cass., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21599.

⁸⁴ Tra le molte, si vedano la Costituzione spagnola del 1978, art. 23, c. 2 e art. 103, c. 3; la Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca, art. 33, c. 2; la Costituzione dei Paesi

Benché la Costituzione non dia esplicita evidenza alla dimensione di “*intérêt général*” sottostante al modello meritocratico, si considera che il concorso sia il principale – se non esclusivo – strumento di attuazione del diritto politico all’assunzione nei “corpi” dell’amministrazione, riconoscendosi così ad esso un indiretto fondamento costituzionale⁸⁵.

Anche se la Francia è stata investita dall’“ondata” del *New Public Management* solo di recente⁸⁶, le critiche al modello concorsuale non sono mancate, pur senza minacciare seriamente la tradizionale configurazione del reclutamento nella *fonction publique* come un pubblico potere quasi insindacabile, ove si arriva a qualificare come “sovrana” la commissione di concorso («*le jury de concours est souverain*»)⁸⁷.

In tale ordinamento la “crisi” del principio del concorso – almeno apparentemente – è stata provocata dalla necessità di adeguamento al diritto dell’Unione europea, ove tuttavia le esigenze di accoglimento delle istanze da questo poste hanno più che altro rappresentato l’occasione per mettere in discussione il modello d’impiego pubblico di carriera.

Il vero elemento peculiare del reclutamento nell’amministrazione pubblica francese è, come noto, il sistema delle *Écoles Administratives* affermatosi dal dopoguerra⁸⁸ per l’alta dirigenza pubblica e i ruoli intermedi⁸⁹ dei numerosi corpi dell’amministrazione statale e sanitaria, ivi comprese le forze di polizia, l’amministrazione penitenziaria e la magistratura.

Si accede alle *Écoles* in qualità di “*fonctionnaire stagiaire*” con il superamento di un esame molto competitivo, spesso dopo anni e anni

Bassi, art. 3; quella del Portogallo, art. 47, c. 2; quella ungherese, art. XXIII; quella del Belgio, art. 10; quella della Repubblica Ellenica, art. 4, c. 4; quella polacca, art. 60.

⁸⁵ Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178 DC. Cfr. F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics*, in *RFAP*, 142, 2012, p. 343 ss.,

⁸⁶ Sulla recente «*déviaton contractualiste*» di cui alla *loi n° 2019-828 du 6 août 2019, de transformation de la fonction publique* (c.d. “*loi Dussopt*”): A. TAILLEFAIT, *Transformer n'est pas bifurquer: à propos de la “loi Dussopt”*, in *AJFP*, 6, 2019, p. 314 ss.

⁸⁷ I limiti del sindacato non sono tuttavia dissimili da quelli affermati dal giudice amministrativo in Italia: A. ZARCA, *Le contrôle juridictionnel des décisions des organes indépendants composés selon des critères de professionnalisation*, in E. MALARET GARCIA (dir.), *Autonomia administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit., p. 378 ss.

⁸⁸ Ancor prima occorre ricordare l’istituzione di Sciences Po Paris (1871): F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., p. 175.

⁸⁹ Reclutati attraverso gli *Instituts Régionaux d'Administration* (IRA).

di preparazione; anche per tale ragione, la frequenza è veicolo di un potente senso di appartenenza⁹⁰, oltre a consentire l'instaurarsi di reti di relazioni interpersonali che favoriscono l'alta dirigenza nello svolgimento delle funzioni.

Un peculiare canale di reclutamento è rappresentato dai c.d. concorsi "di terza via", finalizzati ad attirare quanti abbiano già maturato esperienze professionali in altri settori, a partire dall'impresa⁹¹, mentre marcatamente speciale è l'accesso alla *fonction publique territoriale*. Quest'ultimo si basa su procedure svolte a livello dipartimentale che si concludono con l'elaborazione di liste di idonei in ordine alfabetico a validità temporaneamente limitata, cui le *collectivités locales* attingono senza vincoli: è in tal modo preservato il principio di "*libre administration*" (art. 72 *Const.*), pagandosi tuttavia il prezzo della delusione dell'aspettativa dei "*reçu-collés*", cioè di quanti non vengano selezionati, benché iscritti in graduatoria.

A mettere in crisi i concorsi è stato anzitutto il giudice europeo con l'affermazione della violazione del principio di proporzionalità nel caso di una dirigente già in servizio nella sanità portoghese e interessata ad analogo assunzione in Francia, cui era stato richiesto di frequentare l'*École des Hautes Etudes en Santé Publique*, senza prenderne in considerazione né la previa esperienza, né la formazione professionale⁹². Secondo la Corte di giustizia, il principio di mutuo riconoscimento impone di valutare l'equipollenza del "diploma" acquisito nello stato di provenienza – benché non si tratti di un titolo di studio in senso proprio – oltretutto l'anzianità di servizio.

La conclusione è persa minacciare l'esclusiva delle scuole nel consentire l'accesso agli impieghi pubblici, forse anche in ragione del timore di

⁹⁰ M.C. KESSLER, *L'esprit de corps dans les grands corps de l'Etat en France*, in G.J. GUGLIEMI, C. HAROCHE (dir.) *Esprit de corps, démocratie et espace public*, Paris, PUF, 2005, p. 277.

⁹¹ *Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984*, art. 19, al. 1, n. 3.

⁹² C. giust., 9 settembre 2003, C-285/01, *Burbaud*. In tema: H. OBERDOFF, *L'influence du droit communautaire sur la fonction publique*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 1041 ss.; J. BOURDON, *Vers une banalisation du droit de la fonction publique?*, in *AJFP*, 6, 2005, p. 284 ss.; M. POCHARD, *Les implications de la libre circulation: plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique*, in *AJDA*, 36, 2003, 1906 ss.

veder invocata un'analoga equipollenza a beneficio di formazioni interne, magari erogate dalle università.

Benché il legislatore abbia ovviato alla questione aprendo i concorsi interni ai funzionari di altri Stati membri⁹³, la vicenda sembra aver aperto una breccia nel sistema delle scuole che da allora non ha fatto che allargarsi⁹⁴. Allo stesso tempo, i concorsi sono stati indeboliti dal recepimento delle norme europee sul contratto a tempo determinato, che si è tradotto in una prima contrattualizzazione della *fonction publique*, con l'introduzione di inediti contratti di lavoro a tempo indeterminato per il caso di rinnovo abusivo dei rapporti a termine⁹⁵. Anche questa evoluzione è stata intesa come una messa in discussione del concorso, e non solo perché la conversione automatica del rapporto costituisce di per sé un canale di accesso in deroga (diversamente da quanto previsto ad es. nel nostro ordinamento)⁹⁶. La tradizione dell'impiego di carriera individua infatti nel concorso lo strumento per il reclutamento dei funzionari in regime di diritto pubblico, mentre esso è ritenuto in certa misura superabile ove si tratti di assumere agenti contrattuali. Solo da ultimo, a seguito della riforma che ha dato spazio al contratto nella *fonction publique* anche oltre i bisogni temporanei dell'amministrazione⁹⁷, il procedimento di reclutamento degli *agents contractuels* è stato disciplinato in maniera più rigorosa e con attenzione a pubblicità e parità di trattamento, pur restando «molto più leggero rispetto all'organizzazione di un concorso»⁹⁸.

⁹³ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009, *relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique*, art. 26.

⁹⁴ *La fin de l'ENA, une étape vers le renouveau de l'Etat*, in *Le Monde*, 9 avril 2021.

⁹⁵ Dir. 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 *relativa all'accordo quadro CES, UNI-CE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*, in Francia recepita con loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, *portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, art. 13; F. MELLERAY, *Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946?*, in *RDP*, 1, 2006, p. 185 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*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 367.

⁹⁶ In Italia è proprio il principio del concorso a dar fondamento al regime del rinnovo abusivo del contratto a termine, su cui da ultimo: C. giust., 25 ottobre 2018, C-331/17, *Sciotto*; C. giust., 7 marzo 2018, C-494/16, *Santoro*.

⁹⁷ Cfr. *supra*, nt. 77.

⁹⁸ Ch. FORTIER, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 2020, p. 135.

La crisi del modello concorsuale insieme a quella dell'impiego di carriera – di cui il concorso, è elemento caratterizzante in quanto espressione di un pubblico potere – si sono infine combinate con le già menzionate critiche sull'inadeguatezza delle prove, troppo lontane dai bisogni quotidiani dell'amministrazione⁹⁹. A esse si sommano quelle che rimproverano alle scuole di essere eccessivamente selettive e incapaci di rendere la *fonction publique* lo “specchio” di una società sempre più frammentata, nonostante i correttivi intesi a favorire la “diversità” anche nei “*grands corps*”¹⁰⁰.

8. Le “open and fair competitions” nell'ordinamento del Regno Unito

Se la comparazione con il modello francese è agevole in ragione di una comune tradizione, non può dirsi lo stesso per l'ordinamento del Regno Unito, ove una peculiare attenzione s'impone anzitutto nell'individuazione dei “*civil servants*”. Anche in tal caso possono tuttavia rintracciarsi alcuni principi generali condivisi, secondo la già richiamata “doppia genesi” franco-britannica del reclutamento meritocratico.

La prima esperienza europea¹⁰¹ di selezione meritocratica è spesso individuata nel Collegio di Haileybury, istituito per il reclutamento dei funzionari della Compagnia Britannica delle Indie¹⁰². A partire dal rapporto Northcote-Trevelyan (1854), l'“*open competitive examination*” è stata estesa al resto del *Civil Service* sostituendo il “*patronage and purchase*”¹⁰³,

⁹⁹ J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, cit., p. 184.

¹⁰⁰ Min. de l'Action et des Comptes Publics, Arrêté du 20 avril 2020 *relatif au régime des allocations pour la diversité dans la fonction publique*. Da ultimo: R. SÉNAC, *La promotion de la diversité dans la fonction publique: de l'héritage républicain à une méritocratie néolibérale*, in *REAP*, 153, 2015, p. 165.

¹⁰¹ L'origine del concorso è in genere ricondotta al mandarino cinese: S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 18; G. BERTUCCIOLI, *Come l'Europa vide la Cina nel secolo XVIII*, in *Mondo cinese*, 54, 1986, p. 27 ss.

¹⁰² J.S. MILL, *Considerations on representative government*, London, Parker, Son, and Bourn, 1861, p. 260; E. BLUNT, *The I.C.S., The Indian Civil Service*, London, Faber & Faber Limited, 1938, p. 35.

¹⁰³ Cfr. da ultimo R. LOWE, *The Official History of the British Civil Service, Reforming the Civil Service, Volume 1: The Fulton years, 1966-81*, London and New York, Routledge, 2011, p. 18; J. BURNHAM, R. PYPER, *Britain's Modernised Civil Service*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, p. 14-15; C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, in *La Pubblica Am-*

secondo un'evoluzione giunta a compimento negli anni '20 del secolo scorso¹⁰⁴.

La nozione di “*civil servant*” è tuttavia riferibile a una minoranza dei dipendenti pubblici, e più precisamente ai “*servants of the Crown*” impiegati nei Ministeri e nelle Agenzie statali, in posti caratterizzati da uno «*spirit of vocational service to the State, of dedication to the service of the Community*»¹⁰⁵. Questi soli sono destinatari di una speciale disciplina, mentre si applica il diritto del lavoro alla maggioranza degli impiegati pubblici, che siano assunti nel servizio sanitario, negli enti locali o nelle società in mano pubblica.

Un ruolo preminente è attribuito alla *Civil Service Commission*, un'agenzia istituita a livello centrale quale organo strumentale del *Cabinet Office*, cui erano in origine affidate tutte le assunzioni. Nel tempo, il reclutamento è stato decentrato, riconoscendo autonomia a dipartimenti e agenzie nella definizione dei procedimenti, purché nel rispetto dei principi – invero “generalissimi” – fissati dalla stessa Commissione, che esercita dunque essenzialmente compiti di regolazione e controllo. Più specificamente, essa svolge controlli periodici sui reclutamenti disposti dalle singole articolazioni organizzative ed è competente sugli eventuali reclami. Restano invece centralizzate e affidate alla stessa Commissione le selezioni per i posti di livello più alto (tra cui quelli di “*Permanent Secretary*” e “*Director General*”).

L'elaborazione dei principi generali sull'*open competition* si inserisce in un più ampio intervento di codificazione culminato nell'adozione del *Constitutional Reform and Governance Act* (2010), con cui il *Civil Service* è per la prima volta assoggettato a un'espressa disciplina statutaria¹⁰⁶. Tale *Act*, oltre a stabilire espressamente il principio di una selezione

ministrazione, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzofusso, Bologna-Roma, Zanichelli – Soc. Editrice del Foro italiano, 1994, p. 323.

¹⁰⁴ F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite*, cit., p. 335.

¹⁰⁵ C. DEMMKE, T. MOILANEN, *Civil Services in the EU of 27*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2010, p. 60; A. DE BECKER, *The Legal Status of Public Employee or Public Servants*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 32, 4, 2011, p. 949 ss.

¹⁰⁶ J. CURRAN, *The United Kingdom*, in J.P. DUNAND, P. MAHON, S. PERRENOUD (dir.), *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*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2016, p. 444.

meritocratica, corretta e “aperta”, rinvia ai “*recruitment principles*” adottati dalla *Civil Service Commission* (artt. 10-11)¹⁰⁷. Trattasi di principi generali, che non si risolvono in un procedimento unitario¹⁰⁸, ma confermano l’autonomia dell’amministrazione – e sinanco del singolo “*panel*” di selezione – di stabilirne modalità di svolgimento e di pubblicazione, anche esternalizzando parte delle operazioni, e purché vi sia una chiara assunzione di responsabilità in capo al presidente della commissione in merito al risultato e al rispetto dei principi.

Benché si affermino i principi di pubblicità e trasparenza e il carattere comparativo del reclutamento, non è obbligatoria la redazione di una graduatoria finale in ordine di merito. Il diritto di eguale accesso dei candidati – riconducibile all’obbligo di un reclutamento «*fair, objective and impartial*» – cede innanzi alla tutela dell’efficienza della pubblica amministrazione: nel caso di assunzioni massive i candidati più meritevoli possono essere immediatamente immessi in servizio, purché vi sia la garanzia che alla conclusione della procedura non resti escluso chi ha fatto ancor meglio.

Il principio meritocratico non viene meno nemmeno nell’ipotesi in cui un ministro abbia “interesse” alla selezione, atteso che questi può esclusivamente dare “raccomandazioni” alla commissione e al più invitarla a rivedere la graduatoria finale¹⁰⁹.

Fanno eccezione all’obbligo della “*full competition*” – spesso subordinatamente all’approvazione della *Civil Service Commission* – alcuni impieghi a tempo determinato, correlati a situazioni d’urgenza, al fabbisogno di professionisti ad alta specializzazione, alle esperienze pregresse dei candidati (ove si tratti di funzionari a riposo), al riassorbimento dei dipendenti di organizzazioni accreditate dalla stessa *Commission* e le cui funzioni siano state assunte dal governo centrale, o ancora ai c.d. *Life Chances Programmes*, che consentono il reclutamento diretto di persone in peculiari condizioni di fragilità¹¹⁰.

¹⁰⁷ Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, April 2018.

¹⁰⁸ Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, cit., § 8: «*there is no single ‘right’ process for all appointments; processes can and should vary and be proportionate to the nature of the appointment*».

¹⁰⁹ Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, cit., § 39 ss.

¹¹⁰ Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, cit., § 81 ss.

Similmente a quanto visto le “grandi scuole” francesi, il reclutamento nel *Civil Service* britannico è da tempo investito dalla critica di un eccessivo elitarismo, in ragione della preminente provenienza dei vincitori dalle selezioni per i posti di livello superiore (c.d. “*Fast stream*”) dal sistema universitario di “*Oxbridge*” (c.d. “*Oxbridge bias*”), oltreché dell’accesso generalmente insufficiente delle minoranze etniche e di genere¹¹¹. Tali censure, unitamente a quelle sull’inadeguatezza delle prove e sulla scarsa valorizzazione delle professionalità tecniche, non sembrano tuttavia capaci di mettere in crisi il modello nella sua conformazione di principio.

9. Principi comuni, applicazioni divergenti?

Non stupisce osservare come il dibattito sul carattere di diritto pubblico o privato del reclutamento sembri assente – o solo marginale – nelle esperienze prese in considerazione: senz’altro mal si attaglia all’ordinamento del Regno Unito, mentre in Francia non sembra in alcun modo messo in discussione il ruolo del *Conseil d’Etat* di «*juge de la fonction publique*»¹¹², anche ove si tratti di “*agents contractuels*”.

Forse è di maggior interesse osservare come, nonostante la diversità degli ordinamenti presi in considerazione, comuni siano i principi che li ispirano, che sono poi quelli del modello meritocratico cui è proprio l’esperienza franco-britannica ad aver dato origine.

Ancor più merita attenzione l’omogeneità delle critiche ad essi rivolte. Si è detto infatti che in entrambi i contesti è stata sostenuta la necessità di una rivisitazione della tipologia delle prove di concorso, spesso tacciate di inadeguatezza rispetto ai profili di cui l’amministrazione necessita, secondo un elemento di criticità rilevato da molti anche nell’esperienza italiana.

La tradizione anglosassone non è quella del *Juristenmonopol*, ma al contrario essa ha premiato più di tutte le altre la formazione letteraria dei candidati (non a caso spesso detti «*gifted amateurs*»)¹¹³, né forse lo

¹¹¹ In tal senso si veda già il Fulton Report (1968): C. PINELLI, *Il 3° comma dell’art. 97*, cit., p. 325. Da ultimo *Who gets on to the civil service fast stream?*, *The Guardian.com*, September 2018.

¹¹² CONSEIL D’ETAT, *Le juge administratif, juge de la fonction publique, dossier thématique*, 2 mai 2017.

¹¹³ E.C. PAGE, *Political authority and bureaucratic power*, trad. it. *Burocrazia, amministrazione, politica*, il Mulino, 1990, Bologna, p. 40.

è quella francese, dove un ruolo di rilievo è sempre stato svolto dalle scienze politiche e dell'amministrazione¹¹⁴. Quali che siano gli elementi predominanti della cultura d'amministrazione, è inevitabile che essi subiscano l'impatto dell'affermazione di nuove esigenze e di nuovi saperi capaci di interpretarle e dare ad esse risposta, che si correlano inevitabilmente a questioni di rilevanza mondiale (dalla rivoluzione digitale al cambiamento climatico).

Nel confronto con l'Italia è invece di peculiare interesse la critica di un eccessivo "elitarismo" delle selezioni concorsuali, che si ritrova tanto nel Regno Unito quanto in Francia forse non solo perché si tratta in entrambi i casi di società drammaticamente frammentate e caratterizzate da un'elevata conflittualità sociale, ma anche in ragione della tradizionale minor attrattività della pubblica amministrazione italiana affermatasi a partire dal secondo dopoguerra.

In Francia e nel Regno Unito la critica spesso rivolta alla meritocrazia è quella di essere insufficientemente democratica perché incapace di tener conto delle diseguglianze di partenza¹¹⁵, sicché occorre ad essa porre rimedio con quote o altre azioni positive che avvantaggino le minoranze, consentendo a chi proviene da contesti svantaggiati, o appartiene a gruppi per altre ragioni sottorappresentati, di beneficiare di canali d'accesso privilegiati.

Non stupisce osservare come in Italia una tal osservazione sia stata formulata solo di recente nel dibattito sulle riforme della pubblica amministrazione, a fronte dei tentativi di accelerare le selezioni concorsuali privilegiando la valutazione dei titoli in luogo (o a completamento) delle prove¹¹⁶. Tuttavia, se in prima battuta la valutazione dei titoli è parsa privilegiare chi abbia avuto l'opportunità di accedere a costose formazioni post-laurea, un'analisi più attenta paventa il dubbio che – ove non circoscritta a professionalità specifiche – si tratti di un ulteriore strumento

¹¹⁴ E.R.L. LABOULAYE, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, p. 578.

¹¹⁵ Da ultimo V. PELLIGRA, *È illusione di un mondo giusto la trappola della meritocrazia*, in *Avvenire.it*, 14 maggio 2021.

¹¹⁶ Specialmente in occasione della conversione in legge del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, art. 10, in attesa di conversione.

di elusione di quel principio di pubblicità delle prove nel senso descritto poc'anzi, specialmente ove i titoli siano intesi come "titoli di servizio" e dunque come coincidenti con pregresse esperienze di lavoro (precario) nella pubblica amministrazione.

Il rischio insito in tali selezioni non è dunque tanto di un carattere iniquo o anti democratico nel senso già richiamato, quanto di una deroga al principio di pubblicità capace di arrecare un nocimento a quell'interesse pubblico che si è detto fondare il pubblico potere di cui il concorso è espressione, escludendo anzitutto i più giovani.