

DIRETTA DA

GIORGIO GIOVANNINI, ALBERTO ROMANO

Si segnalano all'attenzione del lettore

- C. giust. CE, 17 settembre 2002 (causa C-513/99): *in materia di appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici.* 1936
- C. giust. CE, sez. V, 18 giugno 2002 (causa C-92/00): *appalti pubblici e responsabilità precontrattuale.* 1966
- C. cost. 23 luglio n. 373 e Id. 16 maggio 2002 n. 194: *in materia di pubblici concorsi.* 1989
- Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4435: *sulla mancata aggiudicazione di un appalto e la c.d. perdita di chance.* 2112
- Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4453: *denuncia di inizio attività, potere di autotutela della p.a. decorso il termine previsto per la «maturazione» di quella e l'eventuale silenzio-rifiuto sulla istanza all'uopo avanzata dal controinteressato.* 2116
- Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4454: *che distingue lo strumento della istruttoria (meramente) conoscitiva da quello della istruttoria formale attivata su iniziativa della Authority di turno e funzionale all'eventuale irrogativa di sanzioni.* 2120
- Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2002, n. 4561: *in tema di annullamento di autorizzazioni paesagistiche rilasciate da enti territoriali subordinati.* 2130
- Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2002, n. 4810: *ricorso in appello avanti al Cons. St.: sui requisiti di forma dell'atto di notifica.* 2149
- C. conti, sez. contr., I e II collegio, 29 aprile 2002 n. 18/G: *sullo stato di attuazione delle agenzie previste dal d.lg. n. 300 del 1999.* 2200



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

[4080/12] Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini.

SOMMARIO: 1. Le ragioni del pubblico concorso. — 2. Pubblico concorso ed accesso agli impieghi pubblici. — 3. Professionalità e titoli di studio. — 4. Gli effetti giuridici della violazione del principio del pubblico concorso.

1. *Le ragioni del pubblico concorso.*

Il principio costituzionale secondo il quale agli « impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge » (art. 97 comma 3, cost.) ha trovato negli ultimi anni ripetuti interventi della Corte costituzionale, volti a precisarlo come principio istituzionale del nostro

ordinamento. Principio del pubblico concorso che trova conforto in altro, secondo il quale « tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge », che un tempo si riteneva rivolto ai soli cittadini italiani (art. 51 comma 1, cost., salvo *ex lege* gli italiani non appartenenti alla Repubblica), che poi espressamente è stato esteso a tutti i cittadini dell'Unione europea (1) dal d.lg. 29 febbraio 1993 n. 29, poi d.lg.

(1) G. U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 751; G. FALCON, *La « cittadinanza europea » delle regioni*, in *Le Regioni*, 2001, 327; A. SABATO, *La cittadinanza italiana, aggiornamento al d.P.R. 394/1999*, Rimini, 2001; F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in *Politica del diritto*, 2000, 581; C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 793; C. SALAZAR, « Tutto scorre »: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Politica del diritto*, 2001, 373; L. BARCA, M. FRANZINI, *La cittadinanza difficile - Diritti e Welfare*, a cura di BARCA e FRANZINI, Rimini, 2001; E. MENICHETTI, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 849; M. PROTTO, *Maria Martínez Sala V. Freistaat Bayern e la cittadinanza europea*, ivi, 2000, 877; E. CASTORINA, *Diritto alla non-discriminazione e cittadinanza europea: uno sguardo al cammino costituente dell'Unione*, in *Rass. parlamentare*, 2000, 773; B. BAREL, *Cittadinanza europea: la doppia cittadinanza dei cittadini degli stati membri dell'Unione europea e l'identità nazionale*, in *Stato civile it.*, 2000, 404; A. M. DEL VECCHIO, *La considerazione del principio di effettività nel vincolo di nazionalità e di cittadinanza doppia o plurima (e problematiche relative)*, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 2000, 11; D. BERLOCO, *Retroattività della pronuncia di incostituzionalità in materia di cittadinanza*, in *Stato civile it.*, 1999, 886; A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, Torino, 2000; 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; S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 39; *La cittadinanza europea* (atti del convegno: Roma, 26 marzo 1998), a cura di A. DEL VECCHIO, Milano, 2000; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza - Profili di diritto pubblico comparato*, Padova, 1998; S. CARLONI, *La cittadinanza tra universalismo dei diritti e sovranità degli stati*, in *Riv. internaz. filosofia diritto*, 1999, 353; P.G. MONATERI, *Cittadinanza, libertà di coscienza e illecito civile*, in *Resp. civ.*, 1999, 148; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea dopo il trattato di Amsterdam*, in *Rass. parlamentare*, 1999, 381; B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione - Competenze nazionali e comunitarie*, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 1999, 58; S. GRECO, *Cittadinanza europea e tutela dei diritti fondamentali* (nota a Corte giust. Comunità europee, 19 gennaio 1999, n. 348/99), in *Giornale dir. amm.*, 1999, 941; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, 1998; G. BISOGNI, *Il superamento delle frontiere interne nella Ue e l'evoluzione del concetto di cittadinanza europea*, in *Documenti giustizia*, 1997, 2481; F. D'ALESSANDRO, *Diritti dell'uomo e cittadinanza europea*, in *Legalità e giustizia*, 1996, 508; S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in *Argomenti dir. lav.*, 1997, 67; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea: realtà e prospettive*, in *Nomos*, 1997, 31; V. SOTTILI, *Cittadinanza europea e libertà economiche*, in *Contratto e impr. — Europa*, 1997, 710; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, I, 1995; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza - Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza - Le grandi radici - I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997; S. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 869; F. MENEGAZZI MUNARI, *Cittadinanza europea: una promessa da mantenere*, Torino, 1996; R. PANOZZO, *L'acquisto della cittadinanza italiana per concessione alla luce della legislazione, della dottrina, della giurisprudenza, delle circolari ministeriali e dei pareri del consiglio di stato*, in *Stato civile it.*, 1996, 169, 251, 334, 410, 490, 572, 654, 729, 806, 889; G. DI BERNARDO, *L'acquisto della cittadinanza per beneficio di legge mediante dichiarazione ai sensi dell'art. 4 l. 5 febbraio 1992 n. 91*, ivi, 1996, 349, 428; P. GUGLIELMAN, *I mutamenti di cittadinanza nella nuova disciplina giuridica introdotta dalla l. 5 febbraio 1992 n. 91*, ivi, 1996, 18; S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, vol. II: legge 5 febbraio 1992

30 marzo 2001 n. 165 (art. 35, 38, 30, 32), nei limiti definiti dalle stesse norme del Trattato istitutivo della comunità europea (§§ 39, 42, 43, 45, 55, 227, 283, 293 e 393).

Il pubblico concorso è stato ricondotto al sistema degli esami per l'accesso al c.d. «mandarinato» cinese dell'Impero Celeste, che per due millenni ha sorretto la selezione meritocratica di «burocrati-letterati» posti al servizio imparziale dell'amministrazione imperiale, in ragione della migliore conoscenza di alcuni classici della cultura confuciana, perché ritenuta cultura del buon governo della cosa pubblica e capace all'occorrenza di offrire quell'autorevolezza necessaria al mandarino, che non doveva in particolare piegare il proprio *consilium*, o atto di gestione, al volere del principe, in particolare all'errore dettato dalle scelte politiche di comodo, o più precisamente all'errore delle persone fisiche che *pro-tempore* e sino a quel momento, rivestivano la qualità d'imperatore (2).

In Italia l'esame di concorso per l'ammissione ai ruoli del personale civile dello Stato pare introdotto come vincolo generale solo all'inizio del secolo scorso, con lo stato giuridico dei pubblici dipendenti (3), divenendo poi una delle poche norme dedicate dalla Costituzione alla pubblica amministrazione (4), la cui attuazione è stata demandata alla disciplina legislativa di principio (ora d.lg. n. 165 del 2001, cit. art. 35 s.), nonché ai necessari adattamenti normativi di ciascuna amministrazione, infine alle disposizioni integrative definite nella contrattazione collettiva di lavoro (5), giungendo così ad una articolazione delle fonti sull'accesso all'impiego nelle amministrazioni pubbliche.

La ragione del vincolo del pubblico concorso nell'accesso a posti di pubblico impiego è stata, sin dalla fine dell'ottocento, correlata ai principi istituzionali dell'amministrazione italiana (6), in particolare come norma strumentale,

n. 91, Milano, 1995; R. PANOZZO, *L'acquisto della cittadinanza italiana per beneficio di legge alla luce della legislazione, della dottrina, della giurisprudenza, delle circolari ministeriali e dei pareri del consiglio di stato*, in *Stato civile it.*, 1995, 14, 176, 257, 332, 574, 653, 731 e 817.

(2) A. ZOLA, «Keju»: il sistema degli esami nella Cina imperiale, in *Dir. amm.*, 1996, 365; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 11 e s.; MIYAZAKY, *L'inferno degli esami*, tr. it. Bollati Boringhieri, Torino, 1988; RICCI, *Della entrata della Compagnia di Gesù e christianità nella Cina* (1609), rist. Milano, 1983, 22.

(3) R.d. 22 novembre 1908, n. 683; poi r.d. 11 novembre 1923, n. 2395; ma cfr. per un esame d'idoneità r.d. 23 ottobre 1853, n. 1611; Cons. St., 21 aprile 1892, in *Giust. amm.*, 1892, 180; Id., 12 gennaio 1900, in *Foro it.*, 1900, III, 65; Id., 23 marzo 1906, in *Giust. amm.*, 1906, 157; Cass. Roma, 18 giugno 1906, in *Cass. un. civile*, 1906, 458; ed *amplius*: MELIS, *Il socialismo riformista e la burocrazia nell'età liberale*, in *Studi storici*, XXXIII, 1992, n. 2-3, 285; DE FELICE, *Formazione ed evoluzione dello stato giuridico degli impiegati civili dello Stato*, in *Amm. civ.*, 1961, 185.

(4) BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 14, spec. nota 17, 142-3, spec. nota 23 e 24; CACCIAVILLANI, *I concorsi nella pubblica amministrazione*, Milano, 1990; ASSINI-SOLINAS, *Concorso a pubblici impiego* (voce), in *Enc. giur.*, VII, 1993; G. VIRGA, *Glossario amministrativo-Voce «concorso pubblico»*, in *Giur. amm. sic.*, 1989, 644; AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego* (voce), in *Enc. dir.*, 1961, 613.

(5) D.lg. 30 marzo 2001 n. 165, art. 35 comma 7; art. 40 commi 1 e 3, art. 44; d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487; d.P.R. 8 settembre 2000 n. 324; d.P.R. 31 marzo 1971 n. 276; d.P.C. 10 giugno 1986; d.P.R. 22 luglio 1987 n. 411.

(6) MELIS, *op. cit.*; DE FELICE, *op. cit.*; S. SPAVENTA, *La politica della destra*, Bari, 1919, 101; Id., *Discorsi parlamentari*, Roma 1913, 448-460.

ma essenziale, all'affermazione del principio di imparzialità (7) degli uffici al servizio del governo (organi politici); imparzialità a sua volta indicata come uno dei principi imprescindibili dell'idea liberale dello Stato di diritto in Italia (8).

Il concorso pubblico pare affermarsi come strumento essenziale per sottrarre i pubblici impiegati all'arbitrio del potere ministeriale, che di necessità è parte (politica), ma altresì per contrastare il patronato dei governi parlamentari, cioè la spontanea creazione di gruppi organizzati di impiegati favoriti dall'una, o dall'altra compagine di governo, che nel tempo divengono capaci di vita propria, poiché portatori di interessi che possono turbare un'imparziale esercizio del potere, non consentendo agli impiegati di essere « al servizio esclusivo della Nazione » (art. 98 comma 1, cost.). Più precisamente la definizione di regole concorsuali che favoriscono la scelta delle migliori professionalità (meritocrazia) e la partecipazione alla selezione di tutti coloro che hanno i requisiti minimi richiesti (casualità), configurano un effettivo ostacolo per coloro che del pubblico ufficio intendono servirsene per interessi extraistituzionali, non importa ora se per soddisfare bisogni individuali o collettivi, privati o di una parte politica.

Il principio d'imparzialità dei pubblici uffici è stato infatti considerato,

(7) P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Studi Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1958, 28 s.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. per le Scienze giur.*, 1968, 86-87; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; cui adde Id., *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. XV; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, 131; G. PASTORI, *Amministrazione, imparzialità e composizione tecnica degli organi di amministrazione del personale*, in *Le Regioni*, 1991, 1504; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. ammin.*, 1984, 433; V. ANGIOLINI, *Imparzialità, legalità e procedimento*, in *Le Regioni*, 1984, 519; C. MIRABELLI, *Considerazioni su bene comune e imparzialità dell'amministrazione*, in *Iustitia*, 1995, 231; A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1999, 1136. Per giurisprudenza costituzionale sul principio di imparzialità: con riferimento all'esercizio del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione cfr. C. cost. 17 ottobre 1991 n. 386, in *Cons. St.*, 1991, II, 1638; con riferimento alla prorogatio sine die degli organi amministrativi: Id. 4 maggio 1992 n. 208, in *Giur. amm. sic.*, 1992, 302; ritiene compatibile il principio di imparzialità con la nuova disciplina del pubblico impiego: Id. 25 luglio 1996 n. 313, in *Cons. St.*, 1996, II, 1298; è conforme al principio di imparzialità il divieto di incarichi al personale cessato dal servizio per anzianità: Id. 27 luglio 1995 n. 406, *ivi*, 1995, II, 1293; per l'illegittimità della destituzione di diritto da pubblico impiego: Id., ord., 6 luglio 1987 n. 248, in *Giur. cost.*, 1987, I, 204; con riferimento al potere di espropriazione riconosciuto ai comuni: Id., 2 aprile 1986 n. 81, *ivi*, 1986, I, 473; Id. 2 aprile 1986, n. 82, *ivi*, 1986, I, 475; Id. 2 aprile 1986 n. 85, *ivi*, 1986, I, 481; Id. 14 gennaio 1985 n. 7, *ivi*, 1985, I, 20; Id. 7 giugno 1984 n. 158, *ivi*, 1984, I, 1058; Id. 22 febbraio 1984 n. 42, *ivi*, 1984, I, 156; per il carattere non di sanzione della responsabilità del pubblico dipendente: Id. 11 luglio 1984 n. 191, in *Cons. St.*, 1984, II, 801; per la non estensione del principio di cui all'art. 97 cost. alla giurisdizione: Id. 7 ottobre 1999 n. 381, *ivi*, 1999, II, 1430; Id., 2 novembre 1996 n. 375, *ivi*, 1996, II, 1882; Id., 28 giugno 1995 n. 281, *ivi*, 1995, II, 995; con riferimento al diritto all'esecuzione forzata nei confronti degli enti pubblici: Id. 23 aprile 1998 n. 142, *ivi*, 1998, II, 596.

(8) Unitamente alla creazione di una giustizia nell'amministrazione, alla definizione di buone leggi, alla responsabilità dei pubblici amministratori: cfr. L. MAROTTA, *Stato di diritto e pubblica amministrazione nel pensiero di Silvio Spaventa*, Napoli, 1979, 129 s.

unitamente alla elaborazione della scienza del diritto amministrativo e alla progressiva creazione di una giustizia amministrativa, uno degli elementi essenziali per contrastare la tentazione dei « governi parlamentari, massime negli Stati del continente europeo » (9), di destinare la cosa pubblica e indirizzare l'esercizio dei poteri pubblici senz'altro ed arbitrariamente ai soli « partigiani » — grandi elettori — di una parte politica, siano essi associazioni di cittadini, imprenditori, o altrimenti « bisognosi ».

Il principio d'imparzialità dei pubblici uffici, cui la regola del pubblico concorso è strumento essenziale, pare tuttavia assolvere ad un altro compito istituzionale che è altamente necessario proprio ad un'amministrazione pubblica che si è voluta sottoposta alla direzione e al controllo degli organi politici, del cui buon andamento sono responsabili i governi dell'epoca di fronte al Parlamento.

L'imparzialità delle strutture burocratiche è la migliore garanzia di fedeltà dei funzionari che possano ricevere i governanti, in particolare i ministri che un tempo venivano considerati i vertici dell'amministrazione statale, poiché proprio la neutralità dei preposti assicura una fedele informazione (*input*) sugli elementi essenziali agli organi di governo per assumere le decisioni, nonché garantisce la successiva fedele attuazione amministrativa (*output*) dell'indirizzo politico impartito dal ministro, escludendo istruttorie servili o di comodo, indirizzi di sottogoverno, o interpretazioni adattate degli atti del ministro, che si rivelano ancor più pericolose ove provenienti da funzionari che appartengono alla stessa parte politica.

Il principio del pubblico concorso appare dunque essenziale e servente al principio istituzionale che i pubblici uffici debbono essere imparziali (art. 97 comma 1, cost.) e i pubblici impiegati al servizio esclusivo della Nazione (art. 98 comma 1, cost.), proprio perché solo agli organi politici è riservato l'indirizzo politico-amministrativo, cioè l'essere organi « di parte » nell'amministrazione pubblica.

Nel corso del novecento il principio del pubblico concorso pare essersi contornato da altri valori costituzionali, che lungi dal ridurne la portata, paiono al contrario assicurarne una più ferrea affermazione. Il rilevante aumento degli uffici pubblici — in particolare rispetto al XIX secolo in cui si è avuta l'elaborazione del principio del pubblico concorso — ha evidenziato degli stessi un carattere di risorsa pubblica, cui i cittadini debbono avere accesso in condizioni di eguaglianza (artt. 51, 3, cost.), in ragione delle capacità professionali ritenute utili all'amministrazione (artt. 51, 97, Cost.), come uno dei modi in cui si può esprimere la loro personalità, con possibile attuazione del diritto al lavoro (artt. 2, 4, cost.).

Se rispetto al principio ottocentesco, tutto interno all'organizzazione amministrativa e all'esercizio dei pubblici poteri, le ragionevoli eccezioni alla regola del pubblico concorso potevano essere accolte in presenza di necessità strettamente funzionali al buon andamento amministrativo, o per rimediare a disuguaglianze inflitte a taluni dipendenti pubblici, con l'affermazione dell'ordinamento repubblicano le indicate eccezioni trovano nei valori costituzionali un nuovo fondamento, che rafforza il carattere inderogabile del principio del pubblico concorso, imponendo — delle asserite ragionevoli eccezioni — un nuovo bilanciamento, che non è riconducibile a logiche proprie della sola

(9) S. SPAVENTA, *La politica della Destra*, cit. 101.

organizzazione pubblica, ma deve tenere conto della protezione ora accordata a soggetti che sono ad essa (ancora) estranei e che vorrebbero, in parità di condizioni, concorrere per divenirne parte.

Di tali valori occorre tenere conto nel bilanciamento degli interessi un tempo ritenuti sufficienti a legittimare le ragionevoli eccezioni stabilite dalla legge al principio costituzionale del pubblico concorso (« salvo i casi stabiliti dalla legge » art. 97 cost.), di cui sono divenuti destinatari tutti i cittadini europei, con rilevanza delle norme poste dall'ordinamento dell'Unione europea.

2. *Pubblico concorso ed accesso agli impieghi pubblici.*

La necessità del pubblico concorso (10) è stata affermata oltre i limiti letterali della disposizione costituzionale, ritenendo necessario il concorso non solo per l'impiego di persone non già appartenenti all'amministrazione pubblica, ma per ogni passaggio di rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato, anche ove l'amministrazione abbia proseguito senz'altro il rapporto oltre i termini contrattuali (con prevalenza dunque del principio del pubblico concorso rispetto alla disciplina sulla trasformazione che è vigente per il rapporto di lavoro subordinato di diritto privato) (11).

Il principio costituzionale del pubblico concorso è affermato inoltre con riferimento a « promozioni » o « reinquadramenti » di coloro che già sono divenuti pubblici dipendenti a seguito di un pubblico concorso. L'organizzazione dei pubblici uffici rappresenta nei valori costituzionali un limite anche alla promozione dei dipendenti a mansioni superiori, poiché il passaggio o reinquadramento in una fascia funzionale superiore importa « l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso » (12), escludendosi *a fortiori* qualsiasi reinquadramento generalizzato ed automatico di pubblici dipendenti in qualifiche superiori (13).

Il c.d. « concorso interno » riservato ai dipendenti è scelta non conforme al principio costituzionale, perché configura comunque una forma di promozione

(10) Sulle varie questioni dei pubblici concorsi: NAVILLI, *Concorsi pubblici, criteri di valutazione delle prove e sindacato del giudice* in *Lavoro nelle p.a.*, 2001, 846; GRADINI, *Il concorso pubblico: quesiti con risposta commentata*, Rimini, 1998; PICCIO, *Cancellati i limiti fisici ed anagrafici per l'accesso ai concorsi pubblici*, in *Comuni Italia*, 1999, 824; VIDETTA, *Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 539; FANELLI, *Natura giuridica delle sanzioni per chi copia nei concorsi pubblici*, in *Riv. amm.*, 1996, 424; NUNZIATA, *La pubblicità nella fase di correzione degli elaborati scritti dei concorsi pubblici per esami*, in *Riv. giur. scuola*, 1995, 585; PERGOLA, *La valutazione dei titoli nei concorsi pubblici*, in *Nuovo dir.*, 1988, 990; LA TORRE, *Concorsi pubblici - Possesso dei requisiti e cosiddetto diritto alla nomina dei vincitori*, in *Ammin. it.*, 1987, 900; LAUDISIO, *Le modalità di svolgimento del concorso pubblico*, in *Nuova rass.*, 1984, 1009; PIFFERI, *Applicazione delle norme sull'obbligo del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi*, in *Ammin. it.*, 1981, 711.

(11) C. cost. n. 40 del 1986, con nota di A. ROMANO in *Giur. cost.*, 1986, I, 747.

(12) C. cost. n. 218 del 2002, n. 194 del 2002, n. 1 del 1999 con nota Luciani, in *Dir. mercato lav.*, 1999, 353, e nota Fontana in *Giur. it.*, 2000, 239; C. cost. n. 320 del 1997; Id. n. 479 del 1995; Id. n. 459 del 1994; per un precedente orientamento di minore rigore: Id. n. 217 del 1987.

(13) C. cost. n. 134 del 1995.

ed accesso alle qualifiche superiori non aperta a tutti coloro che hanno i requisiti professionali minimi richiesti (14), salvo ipotesi ritenute di ragione (15) per la limitata percentuale di posti riservati, ovvero un tempo ritrovate in disposizioni legislative volte al riequilibrio di disparità avvenute tra i dipendenti, o a rimediare a particolari casi di esclusione (16). Eccezioni rispetto ad un sistema generalmente accolto dalla legge, così integrato dal potere regolamentare, o dagli accordi collettivi di lavoro (art. 39 cost.), eccezioni che la Corte costituzionale ha ritenuto debbano pur tuttavia essere di stretta interpretazione (17) e ragionevoli, nel senso di disposizioni la cui *ratio* è quella di eliminare disparità o « squilibri » tra i dipendenti pubblici (18), prodotti da interventi normativi occasionali, o comunque privi di un disegno unitario ovvero perché eccezioni

(14) C. cost. n. 194 del 2002; Id. n. 484 del 1991.

(15) In genere sul principio di ragionevolezza: L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. I, 1997, 898; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. XII, 341; A. CERRI, *Di un'evidente lesione del principio di ragionevolezza ovvero dell'intollerabile contraddizione di un legislatore imprevedente in materia previdenziale*, in *Giur. cost.*, 1997, 2133; P. MAZZINA, A. PATRONI GRIFFI, G. SANTOMAURO, *Il parametro: a) criterio di ragionevolezza*; M. DELLA MORTE, *b) l'art. 97 cost.*, in *Riv. amm. Campania*, 1999, 180; *Il processo costituzionale: le tecniche di giudizio*: I) R. ROMBOLI, *Premessa*; II) R. NIRO, *Il controllo della ragionevolezza delle scelte del legislatore*; III) A. PUGIOTTO, *Il riferimento al diritto vivente*, tutti in *Foro it.*, 1998, V, 357; A. CORASANITI, *La ragionevolezza come parametro del giudizio di legittimità costituzionale*, in *Dir. e società*, 1995; più di recente: A. CARIOLA, *Razionalità e ragionevolezza - Intorno alla definizione di legge in San Tommaso*, ivi, 2001, 175; A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, 2001, 355; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, ivi, 2000, 567; G. SCACCIA, *Gli « strumenti » della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; Id., *Una corretta distinzione teorica tra eguaglianza e ragionevolezza conduce ad una soluzione pratica discriminatoria*, in *Giur. cost.*, 1999, 4022; M. R. DONNARUMMA, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, 2000, 239; A. SIMONCINI, *La legge « senza valore » (ovvero, della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giur. cost.*, 1999, 2024; O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, ivi, 1998, 3925; F. BEATRICE, *Quale ragionevolezza dopo la sentenza 361/1998 della corte costituzionale?*, in *Questione giustizia*, 1999, 438; P. COTZA, *Disciplina regolamentare di « concorsi interni » e principio di ragionevolezza nelle esperienze degli « enti locali »*, in *Riv. amm.*, 1998, 813; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 939; A. PATRONI GRIFFI, *Il conseil constitutionnel e il controllo della « ragionevolezza »: peculiarità e tecniche di intervento del giudice costituzionale francese*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 39; M. RUOTOLO, *Un caso di « irragionevole » ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1997, 851; I. MASSA PINTO, *Principio di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi tra attività legislativa ed attività giurisdizionale nella sent. n. 109 del 1997*, in *Giur. it.*, 1997, I, 489.

(16) Si vedano C. cost. n. 88 del 1998 per ipotesi di riserva ai dipendenti del 15% dei posti messi a concorso; per una disciplina transitoria n. 43 del 1993; per finalità riequilibratrice: Id. n. 964 del 1988; per la legittimità dell'esclusione soggetti privi dell'elettorato attivo a seguito della dichiarazione di fallimento: Id. n. 203 del 1995; per la giurisprudenza anteriore di maggior favore alle deroghe: Id. n. 444 del 1997; Id. n. 51 del 1994. Sul carattere transitorio ed *una tantum* della deroga al principio del pubblico concorso si veda da ultimo in senso restrittivo: Id. 373 del 2002.

(17) C. cost. n. 314 del 1994; Id. n. 190 del 1992.

(18) C. cost. n. 314 del 1994; Id. n. 347 del 1990; Id. n. 187 del 1990; Id. n. 56 del 1989.

volte a restituire ragionevolezza al sistema normativo che disciplina il rapporto di lavoro subordinato, che era stato turbato dai repentini e rilevanti mutamenti nell'organizzazione del lavoro e degli uffici (19).

Il principio del pubblico concorso si precisa così con riferimento a qualsiasi modalità di accesso ad ogni livello o qualifica funzionale del sistema amministrativo (20), con la conseguenza di circoscrivere la discrezionalità del legislatore («salvo i casi previsti dalla legge»: art. 97 comma 1, cost.), che intende procedere ad individuare altre forme di progressione in carriera, alle sole ragionevoli eccezioni che sappiano individuare valori costituzionali prevalenti, un tempo circoscritti ad una logica interna al buon andamento dell'organizzazione amministrativa, che ora non possono non subire la comparazione con le posizioni esterne all'amministrazione, in particolare con il diritto dei cittadini di potere esprimere, anche nel professionale esercizio di un pubblico ufficio, la loro personalità (art. 2, cost.) ammettendoli a partecipare ad un pubblico concorso indetto per l'accesso al pubblico ufficio in condizioni di uguaglianza (art. 97 comma 1; art. 51 comma 1, cost.).

3. *Professionalità e titoli di studio.*

Il diritto di accesso ai pubblici uffici in condizioni di eguaglianza è dunque garantito dall'espletamento di un pubblico concorso, volto a selezionare le migliori professionalità necessarie all'amministrazione pubblica, dunque di necessità un concorso aperto a tutti coloro che abbiano i requisiti generali a tal fine previsti dalla legge (art. 51, cost.).

Accertamento delle migliori professionalità che l'amministrazione può distinguere in requisiti di ammissione al pubblico concorso e parametri di valutazione di merito professionale, che la tradizione ha distinto in prove d'esame o per titoli, ovvero per titoli ed esami.

Parametri di accertamento delle professionalità che debbono essere funzionali al posto da ricoprire, che nel caso dei requisiti di ammissione si affermano come requisiti minimi, che generalmente si individuano in titoli di studio, talvolta in professionalità già acquisite, solo in via d'eccezione presso determinati uffici della stessa pubblica amministrazione, anche con riferimento ad un periodo temporale non lontano nel tempo, ove si possa dimostrare che la professionalità richiesta non possa altrimenti essere acquisita, dunque sia del tutto inutile una procedura concorsuale indistintamente aperte a tutti.

All'opposto la mera anzianità di servizio come parametro di valutazione dei concorrenti (21) è stata ritenuta incostituzionale, proprio poiché esclude, o rende marginale, un giudizio sulle professionalità necessarie al posto da ricoprire.

La stessa composizione delle commissioni di concorso deve rispondere a criteri di professionalità nelle materie di concorso e non a logiche di rappresentanza politica ed amministrativa, o di interesse delle categorie dei lavoratori (22).

(19) C. cost. n. 1 del 1996; Id. n. 369 del 1990.

(20) C. cost. n. 313 del 1994; Id. n. 484 del 1991.

(21) C. cost. n. 161 del 1990; sempre sui requisiti soggettivi di ammissione ai concorsi: Id., 13 ottobre 1988, n. 964, in *Regioni*, 1989, 1774.

(22) Cfr. ora d.lg. n. 165 del 2001, art. 35 comma 3, lett. e); ma v. C. cost. n. 333 del

Il principio del pubblico concorso è forma comparativa di valutazione delle capacità professionali dei dipendenti che tollera in via di eccezione altre forme di selezione, ma non consente affatto alla discrezionalità del legislatore (23) che intenda derogarvi di prescindere dalla valutazione delle professionalità necessarie a ricoprire un posto (24), secondo un principio che pare venire da lontano nel tempo e nello spazio (25).

La verifica delle professionalità necessarie a ricoprire un posto di pubblico impiego si afferma dunque come principio costituzionale inderogabile, anche per i casi ragionevoli in cui la legge abbia previsto di operare in deroga al pubblico concorso, indicando altre procedure di selezione non aperte alla partecipazione di tutti coloro che, avendone i requisiti, sono interessati ad accedere ad un pubblico ufficio.

Professionalità come requisito imprescindibile per un'amministrazione responsabile, che intenda assicurarsi un'organizzazione informata ai principi del buon andamento (efficienza, efficacia ed economicità) ed imparziale — nel senso sopra precisato — poiché presupposto imprescindibile — ora come allora — di ogni autorevolezza degli uffici nei confronti della possibile indebita

1993; Id. 25 novembre 1993 n. 416, in *Inpdap*, 1993, 944; Id. n. 453 del 1990, in *Dir. e giur.*, 1991, 644 con nota Spagna Musso; in *Foro it.*, 1991, I, 396, con nota Cariola; in *Giur. amm. sic.*, 1991, 204 con nota Zingales; nonché cfr. MARI, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 1099; GORETTI, *La commissione giudicatrice dei concorsi pubblici-Composizione e funzionamento*, in *Ammin. it.*, 1983, G. GERRA, *Commissioni di concorso e principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 545; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa e il nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. ammin.*, 2001, 39; M. RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: «imparzialità» o «buon andamento»?*, in *Lavoro nelle p.a.*, 1999, 215; C. FERRI, *Principio della riserva di legge e organo amministrativo alla luce del concetto di buon andamento e di imparzialità della pubblica istruzione*, in *Riv. amm.*, 1997, 751; G. MANNACIO, *Assunzione di dipendenti pubblici, imparzialità della pubblica amministrazione e giudizio di costituzionalità*, in *Lavoro giur.*, 1997, 760; L. MERCATI, *Principio di imparzialità, rinnovazione delle procedure concorsuali ed elusione del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Rass. giur. umbra*, 1993, 594; F. TERESI, *Imparzialità amministrativa e composizione delle commissioni giudicatrici di concorso*, in *Nuove autonomie*, 1993, fasc. 3, 176; G. M. CARDUCCI, *«Negoziazione politica» e «imparzialità» della p. a. in una pronuncia della corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, 1516; A. CARIOLA, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici davanti alla corte costituzionale: un'applicazione zoppa del principio di imparzialità?* (nota a C. cost., 15 ottobre 1990, n. 453), in *Foro it.*, 1991, I, 396; A. CATURANO, *C. costituzionale e commissioni di concorso: la difficile ricerca dell'imparzialità possibile*, in *Nuova rass.*, 1990, 2331; L. A. GIORGIO, *«L'imparzialità» nei pubblici concorsi unica garanzia di selezione «neutrale» dei più capaci*, in *Comuni d'Italia*, 1990, 1715; M. BASSANI, *Monito della consulta sull'imparzialità dei pubblici concorsi*, in *Corriere giur.*, 1990, 1232.

(23) C. cost. n. 217 del 1987; in genere sulla discrezionalità del legislatore da ultimo: Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2000 n. 6889, in questa *Rivista*, 2000, 3893; C. cost., ord., 25 luglio 2000 n. 355, in *Giur. cost.*, 2000, 2578; Id., 22 ottobre 1996 n. 354, in *Cons. St.*, 1996, II, 1684; Id. 31 maggio 1996 n. 175, *ivi*, 1996, II, 893; Id. 23 maggio 1995 n. 188, in *Foro it.*, 1996, I, 464.

(24) C. cost. n. 250 del 1993; Id. n. 187 del 1990; Id. n. 81 del 1983.

(25) Già nell'Impero Celeste le nomine per la copertura di posti vacanti veniva preceduta da uno specifico esame che aveva il precipuo «compito di accertare le capacità dei candidati in relazione alle esigenze connesse al posto da ricoprire» A. ZOLA, *op. cit.*, 375.

ingerenza di coloro che sono necessariamente di parte nell'amministrazione pubblica.

Professionalità resistente ma — si è detto — essenziale all'esercizio dei pubblici poteri e alla gestione della cosa pubblica, anzitutto per gli organi politici del nostro ordinamento, soprattutto ove rivendichino una riduzione dell'amministrazione vincolata da leggi generali ed astratte, con esaltazione dell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

4. *Gli effetti giuridici della violazione del principio del pubblico concorso.*

In difetto di pubblico concorso il rapporto di impiego è nullo, o se si preferisce giuridicamente inesistente (26), anche ove si tratti della eventuale prosecuzione oltre il termine di un rapporto di lavoro a tempo determinato, seppure ove instaurato con pubblico concorso, poiché — si è detto — questo non si trasforma secondo le norme che valgono nell'impresa.

In tutti i casi l'interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prosecuzione della prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative, ma le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare dai dirigenti responsabili le somme a questi pagate, qualora la violazione sia stata commessa con dolo o colpa grave (27).

Ove sia annullata dalla Corte costituzionale una legge di sanatoria (28) per violazione degli indicati principi costituzionali, pare rivivere la precedente disciplina generale come parametro di valutazione delle assunzioni a suo tempo svolte, in ordine alla quale debbono essere valutate le eventuali violazioni di norme inderogabili che determinano l'inefficacia del contratto di lavoro e il diritto al risarcimento del danno da parte del lavoratore, fermo restando la valutazione della legittimità costituzionale della stessa disciplina legislativa preesistente cui si intende dare applicazione.

La nullità, o il successivo annullamento degli atti di assunzione, negano il titolo giuridico al mantenimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con conseguente illiceità derivata di ogni atto, anche di spesa, che pretenda darvi fondamento. Danni che non sempre possono essere negati in ragione dell'istituto civilistico della *compensatio lucri cum damni* (29).

(26) Cons. St., sez. V, 1° dicembre 1997, n. 1459, in questa *Rivista*, 1997, 3962; nonché: Cons. St., sez. V, 25 settembre 2000 n. 5075, *ivi*, 2000, 3117; Id., sez. V, 7 settembre 2001 n. 4671, in *Giust. amm.*, 2001, 1087; Id., sez. IV, 29 luglio 2000 n. 4188, in *Enti pubblici*, 2001, 414; C. conti, giur. centrale app., sez. III, 10 aprile 2000 n. 134, in *Ragiusan*, 2000, fasc. 195, 134; Cons. St., sez. VI, 18 marzo 1998 n. 313, in *Enti pubblici*, 1999, 297; Id., sez. V, 1° dicembre 1997 n. 1459, in questa *Rivista*, 1997, 3062; Id., sez. IV, 16 febbraio 1998 n. 282, *ivi*, 1998, 352; Id., sez. V, 3 luglio 1995 n. 995, *ivi*, 1995, 1503; Id., sez. V, 21 ottobre 1995 n. 1457, in *Cons. St.*, 1995, I, 1370; Id., sez. VI, 7 giugno 1994 n. 920, *ivi*, 1994, I, 897; Id., sez. IV, 25 novembre 1992 n. 979, *ivi*, 1992, I, 1542.

(27) Così d.lg. n. 165 del 2001, art. 36, comma 2; ma già cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interpretazione del bando di concorso e affidamento*, in questa *Rivista*, 1977, I, 1354; DI MURO, *Natura giuridica del bando di concorso e affidamento*, in *I TAR*, 1989, II, 93; MARRA, *Concorsi pubblici truccati: il concorrente illegittimamente escluso può chiedere i danni all'ente pubblico*, in *Confronti*, 1988, fasc. 2, 128; GRECO, *Ancora sulla progressione economica dei dipendenti assunti per concorso pubblico*, in *Giust. amm.* 2001, 644.

(28) Cfr. C. cost. n. 1 del 1996.

(29) C. conti, sez. I, 13 maggio 1987 n. 80, in *Riv. C. conti*, 1987, 656, in generale sui

Particolare è l'analisi relativa a leggi di sanatoria di vizi dell'atto di assunzione derivati dall'inosservanza delle norme che disciplinano un pubblico concorso. In via generale si è chiarito che la legge di sanatoria è disciplina speciale con effetto retroattivo di modificazione dei parametri di legittimità dei provvedimenti amministrativi (30). La sanatoria può essere ritenuta conforme a Costituzione ove trovi fondamento in un preminente interesse pubblico, idoneo a confortare una deroga alla disciplina generalmente accolta per la validità degli atti amministrativi.

La possibilità di leggi di sanatoria *omnibus*, cioè aventi ad oggetto una pluralità di situazioni affatto diverse, non consente l'individuazione della ragione di interesse pubblico idonea a giustificare la sanatoria (31). Non pare conforme al principio di eguaglianza, una disposizione che non contempli una ragione giuridicamente rilevante diversa dalla sanatoria delle illegalità ormai compiute, poiché la stessa si risolve in un trattamento di sfavore per i cittadini che sono stati rispettosi delle leggi.

Appare in violazione del principio di eguaglianza, ma al tempo stesso dell'imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica, ove manchi quell'interesse minimo alla sanatoria di posizioni giuridiche ormai consolidate nel tempo, che avevano legittimato un intervento legislativo come necessario a garantire e salvaguardare il normale funzionamento degli uffici pubblici (32), cui si aggiunge la necessaria comparazione con le posizioni di coloro che hanno diritto di vedere espletato un pubblico concorso, ove s'intenda procedere a coprire un posto d'impiego nelle amministrazioni pubbliche.

ROBERTO CAVALLO PERIN

requisiti della compensazione: Cass., sez. lav., 19 marzo 2001 n. 3930; Id., sez. III, 20 febbraio 2001 n. 2461; Id., sez. III, 17 gennaio 2001 n. 580; Id., sez. lav., 23 gennaio 1996 n. 479, in *Orient. giur. lav.*, 1996, I, 494; MERLIN, *Riconvenzione e compensazione al vaglio della corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 48; F. CORSINI, C. FORNERO e A. TAMPIERI, *Crediti di lavoro, surrogazione e compensazione*, Milano, 1999; M. PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milano, 1997.

(30) C. cost. 3 aprile 1987 n. 100; poi Id. n. 474 del 1988; Id. n. 346 del 1991; Id. n. 402 del 1993. In generale sulla sanatoria degli atti amministrativi: M. BREGANZE, *Sanatoria dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, vol. XXVII; G. SANTANIELLO, *Sanatoria (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, vol. XLI, 243; G. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *D. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 347; Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2000 n. 2608, in questa *Rivista*, 2000, 1649; Id., sez. IV, 12 giugno 1998 n. 941, in *Cons. St.*, 1998, I, 822; Id., sez. VI, 27 agosto 1997 n. 1218, *ivi*, 1997, I, 1121; Id., sez. VI, 30 dicembre 1996 n. 1791, in questa *Rivista*, 1996, 3381; Id., sez. IV, 6 maggio 1996 n. 571, *ivi*, 1996, 1477; Id., sez. V, 29 aprile 1991 n. 689, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 40.

(31) C. cost. n. 1 del 1996 ove si sanziona una « regolarizzazione *ex post* di ogni illegalità posta in essere anteriormente al 31 agosto 1993 »; su sanatorie *omnibus*: Id. n. 16 del 1992.

(32) C. cost. n. 1 del 1996; Id. n. 94 del 1995; Id. n. 733 del 1988.