

ESTUDIOS

AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA, DECISIONES CUALIFICADAS Y DEFERENCIA JUDICIAL

ELISENDA MALARET GARCIA
DIRECTORA

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO
THOMSON REUTERS PROVIEW™

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*

ROBERTO CAVALLO PERIN

Professore ordinario di Diritto Amministrativo (Università di Torino)

BARBARA GAGLIARDI

Professore associato di Diritto Amministrativo (Università de Torino)

SUMARIO: I. POTERE DISCREZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE E ATTI AMMINISTRATIVI: DISCREZIONALITÀ "PURA", DISCREZIONALITÀ TECNICA E ACCERTAMENTI TECNICI. II. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE DECISIONI TECNICHE NEL PUBBLICO IMPIEGO. III. LA PROTEZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DEI FUNZIONARI E IL PRINCIPIO DI "FULL JURISDICTION". IV. L'EFFETTO DELLA DEVOLUZIONE DEL CONTENZIOSO AL GIUDICE ORDINARIO. V. LA DEFERENZA NEI CONCORSI UNIVERSITARI. VI. CONCLUSIONI.

I. POTERE DISCREZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE E ATTI AMMINISTRATIVI: DISCREZIONALITÀ "PURA", DISCREZIONALITÀ TECNICA E ACCERTAMENTI TECNICI

Nell'ordinamento italiano la "discrezionalità tecnica" o il "potere discrezionale tecnico" dell'amministrazione è normalmente definito come il "margine di apprezzamento che caratterizza alcune scelte della pubblica amministrazione contenenti giudizi complessi ed adottate sulla base dei

* Il presente contributo è frutto di una riflessione comune, tuttavia possono attribuirsi a Roberto Cavallo Perin i par. 1 e 4 e a Barbara Gagliardi i par. 2, 3, 5 e 6. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de I+D, DER2015-70981-P; Título: EL ALCANCE DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DECISIONES DE LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS COLEGIADOS DOTADOS DE AUTONOMÍA FUNCIONAL. IP: Elisenda Malaret

canoni specialistici del settore di riferimento¹. Per altri è il potere di accertamento della corrispondenza tra “fatti opinabili” e norme giuridiche ai fini della produzione di effetti determinati².

Talora si evidenzia come si tratti di decisioni che trovano fondamento nell'applicazione di regole non giuridiche o di rinvio ad altri ordinamenti³, per lo più appartenenti al *genus* delle “scienze dure”, come l'architettura, l'ingegneria, la geologia, la medicina, etc.; più precisamente si tratta di questione a carattere generale che involge ogni scienza in quanto contrapposta ai “criteri propri dell'esperienza comune”⁴ (ad es. scienza umana, o sociale, come quando si tratti di valutare l'interesse artistico, storico, archeologico, o economico di un bene culturale).

In tali casi le decisioni dell'amministrazione non solo dipendono da un rinvio a norme non giuridiche, ma oltre il semplice accertamento si afferma una vera e propria valutazione che lascia margini di opinabilità, sicché non può dirsi una soluzione accettata universalmente⁵; perciò taluno definisce impropriamente le scienze non giuridiche come regole “imprecise”⁶, “discutibili”⁷ o meglio discusse, confondendo la perfezione e assolutezza di un'affermazione scientifica con la necessità di giungere a porre l'ultima parola su ciascuna questione.

La legge rinvia così a una determinata scienza (la medicina, la matematica, etc.) o ancora a un organo o ente pubblico, a un'istituzione legittimata dal sapere tecnico, che può ben essere una corporazione o associazione, o “comunità” o “società” scientifica determinata⁸, talora sinanco una con-

- 1 P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, Agg. 2010, 146 ss.
- 2 C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, 152 ss.
- 3 Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Studi a cura di L. Ferrara, D. Sorace, Firenze University Press, Firenze, 2016, 18-19.
- 4 C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 206.
- 5 Per la definizione della discrezionalità tecnica come “attività valutativa non discrezionale”: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, 243.
- 6 F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Officine Grafiche Dott. A. Milani, Padova, 1911, 406. Per l'influenza esercitata sulla dottrina italiana dalle teorie tedesche sulla norma imprecisa: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 132 ss.
- 7 F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II-2, 2008, 472.
- 8 Si pensi ad es. ai fini della depenalizzazione della responsabilità per imperizia degli esercenti le professioni sanitarie il rinvio alle linee guida “elaborate dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte

fessione religiosa (ad es. per la macellazione è normale il rinvio a precetti d'ordine rituale)⁹, ove per l'effetto un ordinamento giuridico peculiare è assunto come rilevante da quello generale che fa ad esso rinvio.

La nozione di discrezionalità tecnica è normalmente precisata attraverso la contrapposizione con due nozioni “limitrofe”, benché distinte: quella di potere discrezionale “puro” dell'amministrazione, che interviene ogni qual volta si tratti di assumere una decisione in ragione della ponderazione dei diversi interessi coinvolti – pertanto secondo un margine di apprezzamento che si traduce nella valutazione dell'*opportunità* della decisione stessa¹⁰ – e gli “accertamenti tecnici”, che coincidono con le valutazioni effettuate in applicazione di “scienze esatte”, pervenendo a risultati indiscutibili.

Come noto si tratta di un tema analizzato in profondità nei diversi settori dell'attività amministrativa, anche su impulso dei giudici europei, in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹, ove è comune l'affermazione secondo cui si è ormai pervenuti a un approfondimento del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi espressione di discrezionalità tecnica, secondo un approccio teso a superare le ricostruzioni originarie che impiegano tale espressione, precisamente, ai fini di individuare un'area di insindacabilità dell'attività amministrativa¹².

A partire da tale giurisprudenza alcuni hanno rappresentato l'idea di una ricomposizione ad unità dell'applicazione delle regole di scienza,

in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute” (l. 8 marzo 2017, n. 24, art. 5).

- 9 Per l'autorizzazione alla macellazione “secondo i riti religiosi ebraico e islamico”: d.m. 11 giugno 1980 e prima ancora art. 9, comma 4, r.d. 20 dicembre 1928, n. 3298, *Approvazione del regolamento per la vigilanza sanitaria delle carni*; il rinvio alle prescrizioni dei “riti religiosi” consente una deroga alla disciplina generale sui metodi di macellazione anche ai sensi delle norme europee: Regolamento (Ce) n. 1099/2009 del Consiglio del 24 settembre 2009, *relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento*, art. 4, § 4. In tema cfr. C. Giust., grande sez., 26 febbraio 2019, C-497/17, *Oeuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA)*; C. Giust., grande sez., 29 maggio 2018, C426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e a.*
- 10 Per una ricostruzione dei rapporti tra i due tipi di discrezionalità (amministrativa e tecnica): fra molti si veda C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 33 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 176-177, e poi 260-261, ove si evidenzia come, secondo talune concezioni, “tecnico”, riferito al giudizio dell'amministrazione, si contrappone sostanzialmente a ‘politico’, intendendosi in tal senso come tecnico tutto ciò che semplicemente non comporta valutazioni di opportunità, cioè valutazioni involgenti l'apprezzamento di interessi”. In tal senso sono omogenee alle valutazioni espressioni di conoscenze tecniche anche quelle esperibili “attraverso l'applicazione di conoscenze in possesso della generalità degli individui”, ma comunque diverse dalla ponderazione di interessi (ad es. valutazioni su determinati gradi di “gravità” o di “urgenza”).
- 11 Cfr. ad es. ECHR, fifth sect., 8 January 2015, *Korošec v. Slovenia*.
- 12 In tal senso D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 147.

unificando discrezionalità tecnica e "accertamento dei fatti" rilevanti in sede di istruttoria, con conseguente ricostruzione dei poteri del giudice verso un sindacato pieno, che in entrambi i casi è sui fatti a fondamento del contenzioso, e legittimandone così *tout court* il potere di conoscere senza limitazioni di sorta, secondo il principio della "giurisdizione piena" o "full jurisdiction"¹³.

La tesi più diffusa sostiene che il controllo sul potere discrezionale tecnico si distingue tra quello "estrinseco" e "intrinseco": il primo si ha quando il giudice si limita a censurare l'incoerenza logica della valutazione effettuata dall'amministrazione, verificando cioè se i criteri scientifici prescelti siano inappropriati o se la decisione assunta sia incomprensibile, secondo un controllo che rimane perciò esterno¹⁴.

Il giudice dunque si fa coadiuvare dall'esperto non per la ripetizione delle valutazioni, ma al più per controllare se il processo logico seguito dall'amministrazione è indecifrabile e se non è affetto da manifesti errori di apprezzamento.

Se un tempo il controllo estrinseco si è affermato con preferenza, più di recente è possibile ritrovare precedenti giurisprudenziali –divenuti celebri– in cui il giudice si sente di ripetere la valutazione tecnica effettuata dall'amministrazione, con la nomina di un consulente tecnico qualificato e indipendente.

Il tutto senza giungere a riconoscere il carattere "forte" dell'affermazione: la capacità cioè del giudice di andare oltre l'annullamento dell'atto viziato sostituendolo direttamente con la propria decisione, e in definitiva sottraendo quel sostegno utile alle ricostruzioni di un vero e proprio principio di piena giurisdizione¹⁵.

Un sindacato "sostitutivo" si è infatti affermato con molta cautela soltanto in casi di potere vincolato dell'amministrazione, con un inaspettato

ritorno all'importanza del principio di riserva d'amministrazione nei esercizio di poteri discrezionali, principio che può essere considerato uno sviluppo di quello tradizionale di separazione dei poteri¹⁷.

II. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE DECISIONI TECNICHE NEL PUBBLICO IMPIEGO

Taluni dei precedenti invocati a sostegno dell'affermazione del controllo pieno –sia nazionali che europei– riguardano proprio il pubblico impiego: così è sinanco il "leading case" indicato a simbolo del *revirement* del giudice amministrativo italiano a investire l'impiego pubblico.

Tanto la decisione italiana in cui si afferma per la prima volta la necessità di superare il controllo puramente esterno (Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601)¹⁸, quanto le pronunce europee di portata corrispondente, sono tutte relative al riconoscimento di indennità per malattia professionale o di altre indennità previdenziali¹⁹. In ciò si ricollegano a un illustre precedente della nostra Corte costituzionale che aveva dichiarato irragionevole la disciplina del processo amministrativo poiché –a differenza di quella sul processo del lavoro– non prevedeva in simili ipotesi il potere del giudice di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, né alle parti di ricorrere a periti, per la protezione dei propri diritti nei confronti del datore di lavoro²⁰.

13 Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 207 ss.; N. PAOLANTONIO, *Note minime in tema di sindacato giudiziario sulle valutazioni amministrative opinabili*, in *Diritto e processo amministrativo, Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. Fanti, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 394 ss. Sul rapporto tra sindacato sui fatti e discrezionalità tecnica: G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2003, 77 s.

14 Il controllo estrinseco sembra coincidere con quello che in Francia è detto "contrôle sur la manière d'apprécier", di cui tuttavia si è detto che arriva talora a confondersi con il "contrôle sur l'erreur manifeste d'appréciation": v. contributo di A. ZARCA, in questo volume.

15 Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit.

16 Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 96 ss.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 95 ss.

17 Si vedano F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Dig. it.*, vol. XIII, Utet Torino, 1966, 475 ss.; S. GAETANO, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.* vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 672 ss.; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1980, 109 ss.; M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, 1960, 19 ss.; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Utet, Torino, 1988, 175 ss.

18 Pubblicata in *Dir. proc. amm.*, 2000, 212, con nt. di P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive. Pur a seguito di tale precedente la giurisprudenza amministrativa sembra essersi mantenuta su posizioni "tradizionali", favorevoli un sindacato "estrinseco", anche per quanto riguarda l'accertamento di infermità per causa di servizio: cfr. ad es. Cons. St., sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4063; Cons. St., sez. III, 19 maggio 2009, n. 1042. Per la ricostruzione in tal senso: R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romar F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, pt. gen., Monduzzi, Bologna, 2005, 778; più recente G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 705, ss.; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e riconoscimento della dipendenza da causa di servizio*, in *Riv. it. med. legale*, 2012, 1403 ss.

19 Cfr. giurisprudenza citata *infra*, in nt. 57 e 58.

20 Corte cost., 23 aprile 1987, n. 146. Si vedano anche Corte cost., 28 giugno 1985, n. 15 in materia di tutela cautelare nelle controversie di pubblico impiego; Corte cost., 17 marzo 1987, n. 89, in materia di pignorabilità del quinto dello stipendio dei dipendenti pubblici.

più profondamente caratterizzato dall'esercizio di discrezionalità tecnica è quello di reclutamento, il quale –secondo la tradizione giuridica europea²¹– ha nel concorso il proprio strumento principale, a tutela del diritto d'eguale accesso dei cittadini “à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents”, secondo un principio affermato sin dalla Dichiarazione dei diritti d'epoca rivoluzionaria, a tutt'oggi preambolo della Costituzione francese del 1958 (art. VI, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*).

Non a caso si tratta del solo aspetto del rapporto di lavoro pubblico che continua a essere attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo, pur a seguito della contrattualizzazione d'inizio anni '90, che è stata completata a distanza di pochi anni dalla devoluzione del contenzioso al giudice ordinario (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63)²².

21 Sul principio d'eguale accesso agli impieghi pubblici nelle Costituzioni d'Europa si vedano, tra le molte, oltre alla Costituzione italiana (art. 51), quella spagnola del 1978, art. 23, comma 2 e art. 103, comma 3; la Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), art. 33, comma 2; la Costituzione dei Paesi Bassi (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*) art. 3; quella del Portogallo, art. 47, comma 2; quella ungherese, art. XXIII; quella del Belgio, art. 10. In tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jovene, Napoli, 2012, 139 ss.

22 La contrattualizzazione è stata realizzata con la l. 23 ottobre 1992, n. 421, *Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale*, art. 2 e il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, *Razionalizzazione della organizzazione Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego*. La devoluzione del contenzioso al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, si deve al successivo intervento di cui alla l. l. 15 marzo 1997, n. 59, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*, e poi al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa*, art. 29. Sulla contrattualizzazione si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *L'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après ?*, a cura di Ch. Fortier, Dalloz, Parigi, 2014, 177-188. Fra molti si vedano inoltre: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 330 ss. e 557; ID., *Il personale*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2015, 143 ss.; ID., *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, t. I, Giuffrè, Milano, 2003, 373 ss.; A. POLICE, *Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano. F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, cit., 482 ss.; M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Cassese, M. D'Antona, G. Cecora, S. Battini, G. D'Auria, Giuffrè, Milano, 1997, 1 ss.; S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, *ivi*, 77 ss.

zioso relativo ai rapporti di lavoro di quanti siano impiegati nell'esercizio di funzioni d'autorità (o “regalie”), per i quali la sottrazione al regime di diritto privato ha invero carattere generale (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 3, comma 2).

La scelta di mantenere comunque il concorso nel perimetro della giurisdizione amministrativa ben corrisponde all'idea di assoggettare l'assunzione dei dipendenti pubblici al principio d'imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, comma 2 e 4, Cost.), con effetto e rilevanza giuridica dei terzi partecipi, sin dai primi atti che danno corso alla selezione.

Ciò consente di differenziare il procedimento di reclutamento dalla successiva gestione del rapporto di impiego, che si considera prevalentemente omogenea a quella del lavoro nell'impresa, e per tale ragione attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario, che, come si è detto, conosce ormai tutte le questioni relative “ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”, ivi incluse quelle “concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale”²³.

Controversie tutte nell'ambito delle quali il dipendente invoca a fondamento delle proprie pretese situazioni di diritto soggettivo, secondo un approccio che supera il potere di “supremazia speciale” un tempo attribuito all'amministrazione nei confronti dei propri impiegati²⁴, coerentemente con un'evoluzione annunciata sin dagli anni '80 dalla giurisprudenza costituzionale intesa a rafforzare la tutela dei lavoratori pubblici innanzi al giudice amministrativo sul modello di quella accordata dal giudice del lavoro²⁵.

Non si può d'altro canto omettere di menzionare come la giurisdizione del giudice amministrativo fosse, sin dal 1923, di tipo “esclusivo”²⁶, dunque

23 Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 1.

24 Si veda M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, pt. III, Società Editrice Libreria, Milano, 1935, XXV: “pubblico impiego è quel rapporto giuridico, pel quale l'individuo di propria volontà è in uno stato di speciale soggezione rispetto ad un ente pubblico, esplicando professionalmente al servizio di esso la propria attività”; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Jovene, Napoli, 1954, 124, secondo cui l'amministrazione si pone rispetto ai suoi impiegati “su un piano di autorità”; P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Edizioni universitarie, Palermo, 1957, 10 e 116.

25 Cfr. *supra*, nt. 20.

26 Introdotta dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, art. 8, e poi confermata dal r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, recante il *testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*, art. 29. In tema: A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 64 ss.

per definizione capace di conoscere i diritti soggettivi, con deroga al criterio generale di attribuzione del contenzioso che vuole la giurisdizione ordinaria quale sede naturale in materia di diritti "civili o politici", "comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione" (artt. 103 e 113 Cost., e già l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, art. 2).

Nei concorsi, l'amministrazione esercita un potere che resta disciplinato dal diritto pubblico, escludendosi un "diritto all'assunzione"²⁷ in capo al candidato, cui al contrario, si riconosce la titolarità di una situazione giuridica soggettiva detta d'interesse legittimo, cioè protetta soltanto indirettamente, nella misura in cui coincide con l'interesse pubblico, o della collettività, che dà fondamento all'attribuzione del medesimo potere alla pubblica amministrazione²⁸.

La valutazione della commissione di concorso –organo straordinario della pubblica amministrazione– è normalmente considerata come caratterizzata da un livello assai elevato di discrezionalità (in Francia si dice che le commissioni sono "sovrane"²⁹) e dunque soggetta a un controllo che non solo è sicuramente debole, ma anche "estrinseco".

27 Si riconosce il "diritto all'assunzione" solo a valle dell'approvazione della graduatoria di concorso, ove l'interessato ne lamenti il mancato scorrimento, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Da ultimo in tal senso: Cons. St., sez. V, 30 aprile 2019, n. 2790; Cons. St., sez. V, 23 novembre 2018, n. 6645; Cons. St., sez. III, 3 luglio 2018, n. 4078; Cons. St., sez. III, 6 marzo 2018, n. 1413; Cass. sez. un., 16 novembre 2017, n. 27194; Cons. St., sez. V, 23 agosto 2016, n. 3677.

28 Così da ultimo: V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2017, 277; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, pt. gen., cit., 213 ss.; ID., *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, vol. II, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, 405 ss. La nozione di interesse legittimo è in realtà assai dibattuta, fra molti si vedano: F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 929 ss. e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 380 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, cit., 543 ss.; C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1989, 284 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss.; ID., *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, 968 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Cedam, Bologna, V ed., 2000, 93 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Giurisdizione Ordinaria e Pubblica Amministrazione: l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, Abolizione del contenzioso amministrativo, art. 2 sez. II, Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Commentario Breve alle Leggi sulla Giustizia Amministrativa*, a cura di R. Villata e A. Romano, Padova, 2009, III ed., 18 ss.; L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 634 ss.

29 Cfr. *infra*, il contributo di A. ZARCA, in questo volume.

Più in generale può rilevarsi come sono tutti gli atti emanati dall'amministrazione nel quadro della procedura concorsuale, a partire dalla stessa decisione di procedere a un reclutamento esterno, che si ritengono corrispondere all'esercizio di un potere latamente discrezionale³⁰, e pertanto soggetti a un controllo esterno, che conduce all'annullamento soltanto qualora essi risultino "evidentemente contraddittori" e per l'effetto irragionevoli e del tutto incomprensibili per i destinatari.

Più precisamente, si perviene all'annullamento delle valutazioni delle commissioni solo ove le stesse siano ritenute manifestamente irragionevoli, arbitrarie, irrazionali, o qualora si fondino su un travisamento dei fatti (es. dei titoli dei candidati, o dei requisiti di ammissione).

È la considerazione dell'autonomia dell'amministrazione a limitare il potere di sindacato del giudice, autonomia che caratterizza tutto il procedimento di selezione: dalla fissazione dei criteri di valutazione e dei requisiti nel bando, alla verifica di questi ultimi con l'ammissione alla procedura (di competenza del responsabile del procedimento), all'individuazione dei criteri da parte della commissione, alla scelta dei contenuti delle prove, alla valutazione dei titoli dei candidati e delle prove stesse, infine all'espressione di tale valutazione, per la quale il giudice si accontenta di norma della mera "forma numerica", purché accompagnata dal dettaglio dei criteri in ragione dei quali si è proceduto a tale attribuzione di un voto, e ciò nonostante siano ricorrenti i tentativi di ottenere una più puntuale affermazione del generale obbligo di una motivazione diffusa e analitica³¹.

30 È solo di recente che –per ragioni anzitutto di contenimento della spesa pubblica– si è assistito a una riduzione progressiva dell'autonomia organizzativa dell'amministrazione, imponendo una precisa sequenza nell'individuazione delle modalità di copertura delle vacanze in organico; l'economia di spesa fonda il *revirement* determinato da Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14, con cui è ribaltato il principio tradizionale che vedeva nel concorso pubblico la regola e nello scorrimento delle graduatorie l'eccezione. Il reclutamento esterno dev'essere inoltre preceduto da un avviso di mobilità (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 30 comma 2 bis); sui rapporti tra mobilità, scorrimento delle graduatorie e concorso pubblico da ultimo: Cons. St., sez. IV, 1 giugno 2016, n. 2318, con nt. di S. ZOPPETTI, *Mobilità e pubblico concorso tra obbligatoriietà e preferenza*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, Anno III, n. 3 del 2016, <http://piemonteautonomie.cripiemonte.it/cms/>; Cons. St., sez. V, 6 novembre 2015, n. 5078; Cons. St., sez. V, 27 agosto 2014, n. 4361; Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2014, n. 177 e n. 178; Cons. St., sez. V, 18 agosto 2010, n. 5830; Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332.

31 Cfr. Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018, n. 1860; Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835; Cons. St., sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5406; Cons. St., sez. V, 7 settembre 2009, n. 5227; Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1898. Per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla disciplina in materia di esami di abilitazione all'esercizio della professione forense, ove consente la valutazione in forma numerica degli elaborati: Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175.

Si tratta di un'autonomia peraltro irrinunciabile, atteso che si è ritenuto che l'amministrazione non possa affidare la procedura di reclutamento a professionisti esterni³².

I criteri possono essere annullati soltanto qualora siano troppo generici e dunque inutili, o ancora quando siano evidentemente irragionevoli perché, ad es., obbligano l'amministrazione a ripetere la valutazione degli stessi titoli³³, o a prendere in considerazione qualità o esperienze che non abbiano rapporto alcuno con gli impieghi a bando³⁴.

Del pari il giudice può annullare la valutazione della commissione soltanto se viola senza alcuna motivazione i criteri, se disconosce totalmente i titoli dei candidati³⁵, o ancora se si traduce in una macroscopica disparità di trattamento³⁶, o in un "errore madornale" nell'interpretazione della traccia delle prove³⁷.

L'attitudine del giudice, che può dunque ritenersi "deferente", si conferma altresì qualora le conoscenze scientifiche impiegate dalla commissione per le valutazioni appartengano alla *species* delle scienze giuridiche, e dunque allo stesso settore di "expertise" del collegio giudicante, ove, coerentemente con l'orientamento prevalente, si evita la ripetizione della valutazione della commissione.

È solo l'acquisizione dei "fatti semplici" a poter essere ripetuta, i fatti cioè la cui conoscenza può essere ottenuta nell'ambito del processo con l'utilizzazione della verifica³⁸, che si differenzia dalla consulenza tecnica d'ufficio perché quest'ultima richiede una *valutazione* dei dati ottenuti caratterizzata dalla sussistenza di un margine di apprezzamento³⁹. La ve-

rificazione, al contrario, rende immediatamente disponibile il dato ricercato, con un risultato suscettibile di essere verificato senza alcun margine d'incertezza (ad es. nel caso dell'esclusione di un candidato per difetto dei requisiti fisici, come l'altezza minima o il *visus*)⁴⁰.

Tale lato potere di valutazione discrezionale della commissione corrisponde a una sequenza procedimentale vincolata, a tutela dei principi d'imparzialità, di parità di trattamento, di trasparenza e di collegialità della decisione⁴¹, o –secondo il linguaggio del giudice europeo– del "right to equal participation in a competition for public office"⁴².

A protezione dei medesimi principi, la legge, che riprende sul punto la giurisprudenza costituzionale⁴³, impone ai membri della commissione di

sulenza tecnica". La consulenza tecnica consente di acquisire un "giudizio" tecnico, viceversa la verifica permette di conoscere un presupposto da cui derivano effetti vincolati, senza espressione di alcun giudizio valutativo: da ultimo Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4837; Cons. St., sez. IV, 20 settembre 2012, n. 5039; Cons. St., sez. III, 3 febbraio 2015, n. 529, ove si ammette la verifica del giudizio della commissione medica sul deficit visivo di un candidato, che ne ha determinato l'esclusione dal concorso. In tema si vedano F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, 489 ss.: solo in via eccezionale è ammesso il controllo giurisdizionale "diretto" sulla ricostruzione della fattispecie effettuata dall'autorità deliberante, ove per tale s'intende "la verifica (della veridicità) di un giudizio di fatto che possa essere condotta in modo autonomo rispetto all'iter seguito dal soggetto controllato", verifica ammissibile solo per "le proposizioni idonee a trovare, secondo il comune sentire, un riscontro preciso nei fatti"; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1994, 148-149: con la verifica, a differenza che con la perizia "non si tratta di porre in essere una attività valutativa, ma soltanto un'attività ricognitiva, tanto di elementi quanto di dati"; da ultimo M. ADORNO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 486 ss.

40 Talora si distingue tra "accertamenti tecnici" e "apprezzamenti tecnici", ove i secondi involverebbero altresì una valutazione dell'interesse pubblico secondo criteri di opportunità: cfr. F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, 791 ss.

41 Lo svolgimento delle prove orali a porte chiuse viola il principio di trasparenza: Cons. St., sez. V, 4 agosto 2014, n. 4162 e ivi anche per la violazione delle norme sull'incompatibilità (principio di imparzialità) nel caso di "reciprocità di posizioni" tra un candidato e un commissario (che è altresì candidato in un altro concorso in cui un candidato è a sua volta commissario); è violato il "principio del collegio perfetto" ove i commissari si distribuiscono le prove per una correzione individuale "preliminare" con intervento del "plenium" solo in casi particolari: Cons. St., sez. IV, 14 marzo 2016, n. 1011; Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1446; sul principio dell'anonimato delle prove come garanzia di imparzialità: Cons. St., Ad. plen., 20 novembre 2013, n. 26; sull'obbligo di comunicare la valutazione dei titoli prima dell'espletamento delle prove orali: Cons. St., sez. V, 22 maggio 2015, n. 2584.

42 Cfr. giurisprudenza citata infra, in nt. 56.

43 Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, comma 3, lett. e, che recepisce Corte cost., 25 novembre 1993, n. 416; Corte cost., 11 giugno 1993, n. 333, con nt. di G. ENDRICI, *Tra Corte e legislatore, un decalogo per le commissioni di concorso*, in *Reg.*, 1994, 891 ss.; Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453, con nt. di A. CARIOLA, *La composizione delle commissioni*

32 Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 1168.

33 Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2141.

34 Cons. St., sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6391.

35 Il travisamento può derivare da una valutazione che non tiene conto delle specificità dell'esperienza presa in considerazione, ad es. attribuendosi uno stesso punteggio a incarichi di diversa durata e complessità, oppure dalla pretermissione di un titolo di rilievo: Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2008, n. 1038; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2004, n. 3038.

36 Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 699.

37 Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2008, n. 1242.

38 S'intendono per "fatti semplici" quelli che sono "meramente constatati", cioè "giudicati semplicemente come esistenti o inesistenti": E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVI ed., a cura di F. Fracchia, Giuffrè, Milano, 2014, 360 e 444. Per una critica alla differenziazione tra accertamenti tecnici e valutazioni: G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 513 ss.

39 D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il c.d. "Codice del processo amministrativo", art. 63, comma 4: "Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una con-

essere “esperti”, e cioè in possesso di una professionalità dimostrata nelle materie oggetto delle prove di concorso⁴⁴, secondo una qualità incompatibile con la titolarità di cariche politiche o sindacali⁴⁵.

III. LA PROTEZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DEI FUNZIONARI E IL PRINCIPIO DI “FULL JURISDICTION”

Tale giurisprudenza “deferente”, per cui il giudice né utilizza il potere, pur riconosciutogli dalla legge, di disporre la consulenza tecnica, né ammette come prova i “pareri *pro veritate*” prodotti dal ricorrente a sostegno

per i concorsi pubblici davanti alle corti costituzionali: un'applicazione zoppa del principio di imparzialità?, in *Foro it.*, 1991, I, 296 ss.

- 44 La qualità di *esperto* implica il possesso del titolo di studio corrispondente alle materie d'esame, oltre che l'esercizio di un'attività scientifica o professionale idonea a dimostrare una “specificità competenza in concreto” ed esercitata in ragione del superamento di un concorso o di un esame di stato, così in un concorso da dirigente regionale –con somministrazione di prove in ambito giuridico– è obbligatoria la presenza in commissione di un laureato in legge, che sia inoltre iscritto a un albo professionale o docente in materie giuridiche (l'attività professionale esercitata prima dell'iscrizione all'albo è irrilevante, oltre che *contra legem*): Cons. St., sez. V, 4 agosto 2014, n. 4162. Di rado si ammette una nomina che ritenga equipollente –o persino preferibile– al titolo di studio universitario una “provata esperienza” maturata “sul campo”, come quando si ritenga sufficientemente qualificato per la commissione di concorso per un posto di istruttore amministrativo un consigliere comunale: Cons. St., sez. V, 30 gennaio 2013, n. 574. In alcuni casi si afferma la sufficienza di una professionalità “in discipline non estranee alle tematiche oggetto del concorso”: Cons. St., sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3366.
- 45 Cons. St., sez. V, 13 aprile 2012, n. 2104: la commissione può essere presieduta da un consigliere comunale di un altro comune, poiché si presume che non abbia interesse o capacità di esercitare indebiti condizionamenti; Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1408; Cons. St., sez. I, 7 maggio 2003, n. 2479/02, con nt. di A. AURILIO, *Presidenza delle commissioni di concorso, principio di distinzione tra politica e amministrazione nei piccoli enti locali e riforma del titolo quinto della Costituzione*, in *Lav. p.a.*, 2004, 239 ss.; Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5216: il presidente può essere il direttore generale dell'ente, poiché non si tratta di un organo politico; Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4794: s'intende per “rappresentante sindacale” ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, chi partecipi “stabilmente” alle scelte gestionali del sindacato e appartenga al relativo apparato organizzativo, a prescindere dall'effettiva configurabilità di una situazione di conflitto d'interesse. Ammette la nomina di un commissario che è sì un rappresentante sindacale, ma nella specie è individuato in ragione dell'ufficio ricoperto, pena la violazione della libertà di associazione: Cons. St., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3049. A fini di prevenzione della corruzione sono esclusi dalle commissioni di concorso coloro che siano stati condannati, con sentenza passata in giudicato, per un reato contro la pubblica amministrazione (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 bis). In tema: R. CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, a cura di V. Molaschi - C. Videtta, Jovene, Napoli, 2001, 1023 ss.; A. MARI, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 1099 ss.; N. ASSINI - M. SOLINAS, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988, 1.

della propria domanda⁴⁶, non sembra dunque accogliere lo “slancio” del giudice nazionale, e più recentemente di quello europeo, verso l'approfondimento del sindacato.

A partire dal caso *Eskelinen* del 2007⁴⁷, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ampiamente ammesso la pertinenza ai diritti civili richiamati dall'art. 6 della Convenzione del contenzioso sul pubblico impiego, con ciò superando i limiti che segnavano l'orientamento precedente (giurisprudenza *Pellegrin*), che pure aveva già rappresentato, a suo tempo, un ampliamento della tutela riconosciuta a funzionari e dipendenti pubblici⁴⁸.

È il c.d. “*impératif de non-discrimination entre agents publics et employés du secteur privé*”⁴⁹ a imporre il *revirement* rispetto alla giurisprudenza che escludeva l'invocabilità del diritto al giusto processo per tutte le controversie relative a pretese invocate da quanti fossero investiti dell'esercizio di pubblici poteri, e cioè di “prerogative di pubblica autorità e della responsabilità della salvaguardia degli interessi generali dello stato o di altri enti pubblici”⁵⁰, secondo una formulazione che esplicitamente richiamava quella usata dall'ordinamento dell'Unione europea per circoscrivere il perimetro di applicazione della libertà di circolazione dei lavoratori (art. 45, § 4, TFUE)⁵¹.

Secondo l'orientamento ormai consolidato sono “diritti civili” tutelati dall'art. 6 della Convenzione tutti quelli relativi ai “*conflits ordinaires du travail*”, senza che rilevi il regime di diritto pubblico eventualmente

- 46 Da ultimo: Cons. St., sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2110; Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 859; Cons. St., sez. IV, 17 aprile 2009, n. 1853.
- 47 CEDH, Grande Chambre, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et a. c. Finlande*; ECHR, Second sect., 9 luglio 2013, *Di Giovanni v. Italia*; ECHR, First sect., 18 September 2012, *Ohneberg v. Austria*; ECHR, First sect., 26 October 2011, *Juričić v. Croatia*; ECHR, First sect., 5 May 2009, *Olujić v. Croatia*. Sull'evoluzione del contenzioso in materia si veda: D. SZYM CZAK, *Concepts de fonction publique et d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in *Vers un modèle européen de la fonction publique?*, sous la direction de L. Potvin-Solis, Bruylant, Bruxelles, 2011, 235 ss.
- 48 CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*. In tema si vedano S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2007, 236 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., 198 ss.
- 49 Cfr. CEDH, Grande Ch., 25 septembre 2018, *Denisov c. Ukraine*, § 52. Sul generale riconoscimento dei diritti di cui alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei confronti di funzionari e impiegati pubblici si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *Public Officer*, in A. BARTOLINI, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (eds.), *Dictionary of Statutes within the Eu Law. The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration*, Springer, Switzerland, 2019, 459-460.
- 50 Oltre all'“*affaire Pellegrin*”, citato *supra*, in nt. 48, si veda CEDH, deuxième sect., 5 octobre 2004, *Rey et a. c. Francia*; CEDH, 12 avril 2006, *Czech c. Pologne*; CEDH, quatrième sect., 22 juin 2000, *Linde Falero c. Espagne*.
- 51 Si veda da ultimo C. Giust., 10 settembre 2014, C270/13, *Haralambidis*. In tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 101 ss.

applicabile al rapporto di lavoro, che ben può riguardare agenti incaricati di "funzioni d'autorità", o l'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'amministrazione⁵².

Rilievo assorbente assume, al contrario, il fatto che l'atto espressione di tale potere si ripercuota su un diritto a carattere patrimoniale –come è per lo più il caso, attesa la capacità della maggior parte delle controversie di incidere direttamente o indirettamente sui diritti retributivi– oltre alla previsione di una tutela giurisdizionale, a carattere *qualunque*⁵³, nell'ordinamento nazionale. Solo ove questo neghi una qualsiasi protezione innanzi a un "giudice" per il diritto invocato, la Corte di rimando afferma la non applicabilità del principio del giusto processo, purché la stessa esclusione possa ritenersi proporzionale e legittima alla luce delle finalità d'interesse pubblico perseguite⁵⁴.

Così si è riconosciuta la rilevanza, ai fini della tutela di cui all'art. 6 della Convenzione, del "right to equal participation in a competition for public office", o ancora del "right to a lawful and fair promotion procedure", ove tutelati nell'ordinamento nazionale rilevante nel caso all'esame del giudice europeo⁵⁵. Ciò che ne deriva senza dubbio è l'applicabilità delle garanzie del giusto processo nel contenzioso sulla relativa procedura, senza che possa viceversa ritenersi che l'art. 6 dia fondamento, di per sé, a un preteso "diritto al reclutamento", che nel linguaggio della Corte non è un diritto ma semmai un "privilegio", assistito da mere garanzie procedurali⁵⁶. Il che, tuttavia, non ha sinora condotto ad ammettere una ripetizione in sede giurisdizionale delle valutazioni espresse dalla commissione di concorso.

Ciò benché in talune controversie di pubblico impiego si sia talora riconosciuta la violazione dell'art. 6 ove il giudice si fosse arrestato a un

52 La sussistenza di un potere discrezionale escludeva il sindacato della Corte europea nell'orientamento precedente alla giurisprudenza *Pellegrin*, che di per sé aveva già determinato un ampliamento della tutela; si veda CEDH, 9 juin 1998, *Cazenave de la Roche c. France*; CEDH, 28 août 1986, *Glaserapp e Kosiek c. Allemagne*; CEDH, 26 septembre 1995, *the Vogt c. Allemagne*; Commission, dec. 23 octobre 1997, *Quinn c. Regno Unito*.

53 Anche ove offerta da organi della giustizia militare: CEDH, première sect., 23 septembre, 2010, *Vasilchenko c. Russia*.

54 Per lo scrutinio sulle "proporzionali e legittime" finalità di interesse pubblico che fondano l'esclusione di una tutela giurisdizionale per i funzionari pubblici: ECHR, Grand Chamber, 23 March 2010, *Cudak v. Lithuania*; ECHR, dec. 11 September 2007, *Suküt v. Turkey*; ECHR, dec. 11 December 2007, *Apay v. Turkey*; CEDH, deuxième sect., 19 octobre 2010, *Özpinar c. Turquie*; ECHR, dec. 8 February 2011, *Zalli v. Albania*; CEDH, deuxième sect., 6 novembre 2009, *Fiume c. Italie*; CEDH, deuxième sect., 28 juillet 2009, *Savino e a. c. Italie*.

55 Viceversa l'art. 6 non è invocabile ove sia contestata la nomina di un'altra persona in luogo del ricorrente, dal cui annullamento non deriverebbe di per sé la nomina di quest'ultimo: CEDH, deuxième sect., dec. 15 novembre 2005, *Revel et Mora c. France*.

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

controllo di tipo estrinseco sulle valutazioni tecniche in nome dell'autonomia dell'amministrazione⁵⁷. Sono il principio della "full jurisdiction" e della parità delle parti nel processo che imporrebbero il pieno accesso del giudice ai fatti accertati nel corso del procedimento, e ciò attraverso la nomina di esperti neutrali da questi nominati ove, come si è già evidenziato, le valutazioni tecniche sono ricondotte al perimetro dei fatti.

Tale giurisprudenza riguarda, tuttavia e ancora una volta, diritti soggettivi, come è il caso del diniego di prestazioni previdenziali⁵⁸, in cui l'interesse tutelato corrisponde senza dubbio nell'ordinamento italiano a un diritto soggettivo dell'interessato, protetto in modo immediato e diretto, subordinatamente al mero accertamento della sussistenza di requisiti e condizioni personali predeterminate in tutti gli elementi costitutivi.

IV. L'EFFETTO DELLA DEVOLUZIONE DEL CONTENZIOSO AL GIUDICE ORDINARIO

Altra e diversa questione è comprendere se la devoluzione al giudice ordinario del contenzioso sui rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione abbia ridotto oppure accresciuto il sindacato giurisdizionale, in particolare l'ampiezza dei poteri del giudice sull'oggetto della controversia, siano essi fatti, o atti, d'autonomia pubblica o privata.

A tal fine può suggerirsi l'analisi del contenzioso sull'attribuzione degli incarichi dirigenziali, esplicitamente attribuita alla giurisdizione del giudice del lavoro, in quanto ritenuta espressione di "capacità e poteri del privato datore di lavoro" (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63 comma 1 e art. 5, comma 2)⁵⁹, che si traducono tuttavia in una procedura selettiva che sembra suggerire un carattere comparativo di tipo, quantomeno, "simil" o "para" concorsuale,

57 Si veda in particolare ECHR, Second sect., 21 January 2014, *Placi v. Italy*.

58 ECHR, Fifth sect., 8 January 2015, *Korošec v. Slovenia*; ECHR, Second sect., 3 May 2016, *Letinčić v. Croatia*. In tema da ultimo si veda C. FELIZIANI *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 203 ss., ove è proposta una lettura fondata sul "coordinamento tra procedimento e processo" all'insegna del principio del "giusto procedimento". Per l'applicazione dei principi dell'art. 6 Cedu al procedimento amministrativo: ECHR, Plenary, 23 October 1985, *Benthem v. The Netherlands*; ECHR, Chamber, 23 June 1981, *Le Compte, Van Leuven And De Meyere v. Belgium*; ECHR, Chamber, 16 July 1971, *Ringesein v. Austria*.

59 Si vedano da ultimo Cass. sez. lav., 30 ottobre 2014, n. 23062; Cass. sez. lav., 18 dicembre 2012, n. 23351; Cass. sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27888. In tema: G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2003; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 57 ss.; P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2007, 220 ss.

con la sola eccezione di quella ridotta percentuale di incarichi attribuiti secondo logiche di "spoils system"⁶⁰.

Si tratta di procedure che, benché prevalentemente rivolte al solo personale di ruolo, si aprono con la pubblicazione di un avviso ove sono specificati l'oggetto dell'incarico, gli obiettivi ad esso correlati e le qualità richieste agli interessati⁶¹. Nel silenzio della legge è il giudice ad aver affermato l'obbligo di motivare la decisione di affidamento, derivandone il riconoscimento del necessario carattere comparativo della selezione⁶².

Il giudice ordinario, tuttavia, porta in tal contenzioso la sua cultura di riferimento, formatasi nel processo di diritto del lavoro⁶³, ove la scelta datoriale non è evidentemente subordinata all'interesse pubblico, ma è al contrario espressione di un'autonomia che è libera nei fini e che può essere messa in discussione soltanto nel caso di violazione di un diritto soggettivo del lavoratore.

Il funzionario, da parte sua, non può invocare un diritto soggettivo all'incarico, poiché, come si usa dire nell'ordinamento francese, è titolare del proprio "grado", ma questo si distingue dall' "impiego", che resta a disposizione dell'amministrazione e delle sue necessità funzionali e organizzative⁶⁴: al più può richiedere che sia tutelato il legittimo affidamento

60 Sui limiti di ammissibilità dello *spoils system* nell'ordinamento italiano: Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23; Corte cost. 10 marzo 2017, n. 52; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 15; Corte cost., 22 novembre 2016, n. 269; Corte cost. 11 febbraio 2016, n. 20; Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37; Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 27; Corte cost., 17 giugno 2013, n. 152; Corte cost., 30 luglio 2012, n. 212; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310; Corte cost., 25 luglio 2011, n. 246; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 228; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 124; Corte cost., 20 ottobre 2010, n. 304; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224; Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34; Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351; Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161; Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104; Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233; Cass., sez. lav., 5 maggio 2017, n. 111015. Cfr. L. SALTARI, *Profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, coord. da S. Battini e L. Fiorentino, IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 1/2014, 79 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bologna University Press, Bologna, 2012, 193 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, *ivi*, 135 ss.

61 D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19.

62 Cfr. tra le altre: Cass., sez. lav., 24 settembre 2015, n. 18972; Cass., sez. lav., 24 marzo 2009, n. 7053; contraria Cass., sez. lav., 26 settembre 2011, n. 19630.

63 In tema da ultimo: B. CIMINO, *Il giudice del lavoro che "rema contro"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 199 ss.

64 Da ultimo si vedano Ch. FORTIER, *Le cas de la France: du statut général des fonctionnaires à un code général des relations professionnelles?*, in J.-P. DUNAND – P. MAHON – S. PERRENOUD (éds.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences*

riposto nella conferma o attribuzione di un incarico determinato, talora invocato richiamando un supposto "interesse legittimo di diritto privato"⁶⁵.

L'impossibilità di una facile individuazione di un diritto soggettivo protetto dall'ordinamento conferma, per l'effetto, la "deferenza" nei confronti dell'amministrazione.

In sede di conferimento degli incarichi il giudice ordinario si è limitato al sindacato sul rispetto dei principi di correttezza e buona fede del datore di lavoro (art. 1375 e 1175 c.c.), in tutta continuità con il sindacato sulle procedure selettive degli enti pubblici economici⁶⁶. Non solo non ripete le valutazioni effettuate con l'analisi comparativa dei curricula degli interessati, ma pur quando rilevi la violazione di un diritto, si limita a condannare l'amministrazione al risarcimento del danno patito dal ricorrente, di norma senza esercitare alcun potere di annullamento (e ciò benché la legge attribuisca al giudice del lavoro "tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati")⁶⁷.

V. LA DEFERENZA NEI CONCORSI UNIVERSITARI

Talora l'autonomia dell'amministrazione si correla direttamente alla tutela di (ulteriori) principi generali dell'ordinamento, espressamente protetti dalla tradizione costituzionale d'Europa (e non solo europea).

Così nel caso del reclutamento universitario, ove si è affermato nel tempo un sindacato giurisdizionale ancora più debole ed estrinseco⁶⁸, poiché

et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2016, 394; A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Paris, 2019, 133.

65 Cfr. in tal senso 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. lav., 31 luglio 2012, n. 13710; Cass., sez. lav., 17 aprile 2012, n. 5999; Cass., sez. lav., 15 febbraio 2010, n. 3451; Cass., sez. lav., 19 dicembre 2008, n. 29817. La giurisdizione appartiene invece al giudice amministrativo ove sia impugnato un atto amministrativo di macro-organizzazione dalla cui attuazione deriva la mancata attribuzione o revoca dell'incarico dirigenziale: Cass., sez. un., 21 dicembre 2018, n. 33212; Cass., sez. un., 13 novembre 2018, n. 29081. Cfr. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 28 ss.

66 Cfr. Cass., sez. un., 17 aprile 2007, n. 9095; Cass., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 251; Cass., sez. un., 8 luglio 2005, n. 14330; Cass., sez. un., 1 ottobre 2003, n. 14672; Cass., sez. un., 6 febbraio 1998, n. 1274; Cass., sez. un., 25 maggio 1998, n. 5199; Cass., sez. lav., 5 novembre 1998, n. 11142.

67 D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 2. Ove venga in rilievo un atto amministrativo presupposto, è ribadito il potere di disapplicazione del giudice, che tuttavia non pare pertinente nell'ipotesi considerata, atteso l'affermato carattere di diritto privato del potere esercitato. Per l'esclusione del potere di annullamento: Cass., sez. lav., 26 marzo 2014, n. 7107.

68 In tal senso Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2008, n. 1023.

si considera che la valutazione della commissione sia irripetibile in quanto esprime il più elevato livello di conoscenza⁶⁹.

Sin dall'epoca medioevale il reclutamento di professori e *magistri* è privilegio dei "pari", scelti tra i componenti della comunità scientifica di riferimento, per lo più dalla stessa comunità scientifica⁷⁰, privilegio che – ora come allora – trova fondamento nella protezione della libertà di scienza e in generale della c.d. "libertà accademica"⁷¹. Il reclutamento dei pari assicura infatti la massima specializzazione della selezione, poiché il compito di valutare i prodotti della ricerca scientifica è affidato, in via esclusiva, a chi fa ricerca "per professione"⁷² e allo stesso tempo garantisce il non asservimento della scienza ad altri poteri, pubblici o privati che siano⁷³.

Nell'ordinamento italiano si è da ultimo assistito all'introduzione delle c.d. "abilitazioni nazionali", che si pongono a requisito minimo per l'accesso alle successive procedure di reclutamento locale indette dalle Università, secondo un modello "bifasico" comune ad altre esperienze europee⁷⁴.

La disciplina dell'abilitazione si caratterizza per la richiesta di un insieme articolato di elementi quali-quantitativi che si pongono come requisito

69 Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5608.

70 Il modello italiano combina sistemi elettivi e di estrazione a sorte dei commissari: cfr. l. 30 dicembre 2010, n. 240, art. 16, comma 3, lett. f, per il sorteggio, e l. 3 luglio 1998, n. 210, art. 2, comma 1, lett. b, n. 1, per la nomina del membro interno ed elezione degli altri componenti. Per la critica all'individuazione dei commissari per sorteggio da ultimo: A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte tragiche, incubi giuridici*, in *Munus*, 2016, 667.

71 Sulla libertà accademica come principio comune alle tradizioni costituzionali europee (e non solo), si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, Cedam, Padova, 2018, 2 ss. Si vedano inoltre da ultimo J. WALLACH SCOTT, *Knowledge, Power, and Academic Freedom*, Columbia University Press, 2019; M.W. FINKIN, R.C. POST, *For the Common Good: Principles of American Academic Freedom*, Yale University Press, 2009, 11 ss.; E. BARENDT, *Academic Freedom and the Law (a Comparative Study)*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 124 ss.; T. KARRAN, *Academic Freedom: in Justification of a Universal Ideal*, in *Studies in Higher Education*, Vol. 34, No. 2; O. BEAUD, *Les libertés universitaires à l'abandon?*, Dalloz, Paris, 2010, 53 ss.

72 Il rinvio è, ovviamente, a M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf* (1922) trad. it. a cura di P. Volonté, *La scienza come professione*, Rusconi, Milano, 1997. È la stessa comunità scientifica a elaborare i criteri di valutazione dei prodotti della ricerca: cfr. Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5608.

73 Specie se il reclutamento è affidato ai docenti "optimo jure": così R. CAVALLO PERIN – G.M. RACCA, *Il reclutamento universitario nei modelli europei*, in *Il reclutamento universitario in Europa*, a cura di R. Cavallo Perin, G.M. Racca, C. Barbati, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 16-17. Ciò vale anche se il reclutamento sia finanziato con risorse esterne, che di per sé non sono sufficienti ad affidare a terzi la scelta: cfr. l. 4 novembre 2005, n. 230, art. 1, comma 12, poi l. n. 240 del 2010, cit., art. 18, comma 3.

74 Per una disamina recente dei modelli europei che evidenzia come il modello c.d. "bifasico" sia condiviso quantomeno da Francia, Italia, Spagna, Polonia, Germania e Ungheria: R. CAVALLO PERIN – G.M. RACCA – C. BARBATI (a cura di), *Il reclutamento universitario in Europa*, cit.

minimo necessario per ottenere un'idoneità a "ruoli aperti" la quale, a propria volta, autorizza la partecipazione alle ulteriori procedure a carattere comparativo. Oltre alla valutazione della qualità delle pubblicazioni, alla commissione "abilitante" si richiede di verificare la sussistenza di una serie di titoli (es. l'esperienza di direzione di gruppi di ricerca, lo svolgimento di periodi di ricerca o insegnamento all'estero, il coinvolgimento in comitato scientifici o di direzione di riviste di settore, e così via)⁷⁵.

Per l'effetto la legislazione – in particolare i decreti ministeriali che fissano criteri e parametri da utilizzare – riduce a monte il potere discrezionale delle commissioni introducendovi elementi di automaticità⁷⁶ nel perseguimento di una obiettiva verificabilità di valutazioni che normalmente sarebbero latamente discrezionali⁷⁷.

A valle, non solo il giudice controlla la valutazione della commissione per quanto riguarda gli elementi quantitativi (ad es. con l'annullamento del diniego di abilitazione ove si sia omessa la considerazione di alcuni titoli), ma, certo in modo più sorprendente, si ritrovano pronunce in cui sembra superare il perimetro del controllo puramente estrinseco. Ciò anche se, a ben vedere, in molti di essi si tratta pur sempre di annullamento per una illogica correlazione mezzo-fine, come nel caso in cui i criteri di valutazione siano ritenuti "eccessivi" perché troppo severi⁷⁸, o non abbastanza coerenti con le specificità scientifiche di un determinato settore disciplinare⁷⁹, o ancora

75 Cfr. D.m. Miur, 7 giugno 2016, n. 120, all. B. Per accedere alla valutazione abilitante occorre rispettare determinati valori-soglia (un tempo dette "mediane"): per i settori c.d. "bibliometrici" sono il numero di articoli pubblicati in peculiari banche dati scientifiche, il numero di citazioni rilevate dalle stesse banche dati e il c.d. "indice di Hirsch"; per i settori "non bibliometrici" le soglie hanno riguardo al numero di monografie, al numero di articoli e capitoli di libro e al numero di articoli pubblicati su riviste di fascia A (d.m. n. 120 del 2016, cit., all. C e D). Diversamente dalle mediane, di cui si era affermato il carattere non vincolante in nome della preminenza della valutazione qualitativa, i valori soglia debbono necessariamente essere soddisfatti.

76 Ad es. con l'indicizzazione delle riviste in cui sono pubblicati i lavori. Per una critica ai modelli di classificazione delle riviste: A. BANFI, *La valutazione fra scienza e feticismo dei numeri*, in *il Mulino*, fasc. 1/2013, 88 ss.; ID., *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 361 ss.; V. PALEA, *Going Global in Academia: International Ranking Systems and Their Implication for Economic Research Variety*, Mario Einaudi Center for International Studies, Working Paper Series, No. 3/2015, July 2015, www.einaudi.cornell.edu; E. BALLETTI, *La classificazione delle riviste e le altre sedi editoriali in relazione alle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale*, in *Lav. p.a.*, 2016, 399 ss.

77 Cfr. Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2017, n. 581: "la riforma ha chiaramente perseguito l'obiettivo di ridurre la discrezionalità delle commissioni".

78 Cfr. Cons. St., sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6332; Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2017, n. 4242; Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2016, n. 5534; Cons. St., sez. VI 29 dicembre 2016 n. 5534.

79 Cfr. Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2017, n. 291.

l'annullamento del diniego sia fondato su motivazioni *troppo* generiche e dunque irragionevoli⁸⁰.

Da tutto ciò l'effetto di sistema –buono o cattivo che sia– è la riduzione della tradizionale “sovranità” della commissione di concorso universitario, che sembra correlarsi a quello che taluno ha definito come un generale fenomeno di delegittimazione degli “esperti” e di crisi della conoscenza scientifica⁸¹.

VI. CONCLUSIONI

Nel settore dell'impiego pubblico il sindacato del giudice amministrativo sugli atti espressione di discrezionalità tecnica può dirsi in definitiva ancorato su posizioni tradizionali, e ciò malgrado sia proprio questo l'ambito in cui si è per la prima volta affermato il principio opposto, volto al superamento del sindacato estrinseco a vantaggio di un controllo del giudice sugli atti dell'amministrazione più penetrante, se non sostitutivo⁸². Non solo, è proprio a partire da una questione sollevata nell'ambito di un processo in materia di diritti patrimoniali di un pubblico dipendente che il giudice costituzionale introduce, con una sentenza additiva, la consulenza tecnica d'ufficio tra le prove utilizzabili nel processo amministrativo, seppur all'epoca soltanto in sede di giurisdizione esclusiva⁸³.

La contraddizione tuttavia è solo apparente: sin dalle origini il rapporto di impiego pubblico si caratterizza per un “inestricabile intreccio” di posizioni giuridiche soggettive, ove è difficile offrire una qualificazione in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo della situazione invocata dal lavoratore. Non a caso, dal 1923 al 1998 la giurisdizione è stata sì quella del giudice amministrativo, ma in sede esclusiva: attribuita cioè in ragione della materia (l'impiego pubblico) e non della situazione giuridica

80 Cfr. Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2016, n. 1154: è irragionevole una bocciatura motivata con riferimento alla scarsa visibilità internazionale e capacità di attirare finanziamenti di un candidato che sia stato responsabile di un progetto ministeriale, abbia svolto attività di ricerca all'estero e sia titolare di un brevetto internazionale; cfr. anche Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2016, n. 2571. Si afferma un obbligo di una motivazione “rafforzata” a supporto del diniego di abilitazione specie ove il candidato abbia superato le c.d. “mediane”: Cons. St., sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5960; Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2017, n. 226; Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2185; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 723; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2665; Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2015, n. 5516.

81 Sulla crisi della scienza e la sua “fragile liquidità”: R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2014, 651 ss. In tema in generale da ultimo: T. NICHOLS, *The Death of Expertise. The Campaign against Established Knowledge and Why It Matters* (2017), trad. it. *La conoscenza e i suoi nemici*, Luiss University Press, Roma, 2017.

82 Cons. St., sez. IV, n. 601 del 1999, cit.

83 Corte cost. n. 146 del 1987, cit.

soggettiva invocata dal ricorrente, attesa la difficoltà nell'offerirne una qualificazione certa.

Oggi è rimasto al giudice amministrativo il solo ambito in cui certamente l'amministrazione esercita un potere discrezionale, e cioè quello del reclutamento per pubblico concorso⁸⁴, mentre per gli ulteriori atti di gestione del rapporto si è affermata una qualificazione di diritto privato, con conseguente devoluzione del contenzioso al giudice ordinario.

Così, se si pone attenzione ai precedenti che –in sede nazionale come innanzi al giudice europeo– sono stati invocati per affermare il principio della *full jurisdiction* nel contenzioso del pubblico impiego, si osserva facilmente come si tratta di ipotesi tutte relative al riconoscimento di diritti in senso proprio (specialmente indennitari o previdenziali), in cui non vi è traccia dell'esercizio di un potere pubblico.

A fronte del potere esercitato con la valutazione tecnica del merito professionale dei candidati ai concorsi, il giudice si arresta al sindacato “classico” secondo il vizio di eccesso di potere, riconoscendo per l'effetto l'autonomia dell'amministrazione. Oltre alle violazioni dei vincoli procedurali, il controllo giurisdizionale è volto cioè esclusivamente a verificare l'evidente disparità di trattamento, la manifesta irragionevolezza, il macroscopico errore di valutazione, pervenendosi, in definitiva, all'annullamento solo ove la scelta dell'amministrazione risulti del tutto incomprensibile all'esterno⁸⁵.

Né nel contenzioso sui concorsi il giudice fa uso del potere di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, pur riconosciuto in via generale dal codice del processo amministrativo (art. 63, comma 4), o ammette i “pareri *pro veritate*” talora depositati dalle parti.

Alla ripetizione delle valutazioni dell'amministrazione si assiste esclusivamente nei rari casi in cui il provvedimento impugnato sia fondato su un mero “accertamento tecnico”, quando cioè non sia ravvisabile alcun margine di discrezionalità o incertezza, perché quanto rilevato costituisce l'esito dell'applicazione di una “scienza esatta”, il cui risultato è univoco e per mero errore è stato travisato dall'amministrazione (ad es. quando un candidato sia stato escluso da un concorso perché difetta dell'altezza minima richiesta).

84 In tal senso da ultimo Cass., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21599: “la contestazione inerente ad un procedimento concorsuale di assunzione ha ad oggetto l'esercizio del potere pubblico attribuito all'amministrazione di individuare il soggetto ammesso alla stipula del contratto”, da cui discende la relativa “riserva alla giurisdizione amministrativa”.

85 Senza che una certa qual tendenza all'approfondimento del sindacato nel contenzioso sui concorsi universitari (par. 5) possa, allo stato attuale, smentire l'assunto di partenza, atteso che sembra trattarsi di un fenomeno specifico a un settore che primo fra tutti il legislatore ha tentato di “imbrigliare”.