

**Barbara Gagliardi**

*La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso.*

## **Indice Sommario**

### **CAPITOLO I**

*La libera circolazione dei funzionari pubblici europei tra diritti dei cittadini e dei lavoratori dell'Unione.*

1. La libera circolazione dei cittadini europei.
2. I diritti del cittadino europeo che circola.
3. La libera circolazione dei lavoratori: elemento costitutivo del mercato comune e diritto fondamentale degli individui.
4. I limiti alla libertà di circolazione dei lavoratori: impieghi nelle pubbliche amministrazioni (rinvio) e “public policy proviso”.
5. Libera circolazione dei lavoratori e pubbliche amministrazioni nazionali.

### **CAPITOLO II**

*Cittadinanza e pubblica amministrazione in Europa: dagli Stati nazionali all'ordinamento dell'Unione.*

1. Accesso ai pubblici uffici e cittadinanza nazionale.
2. Cittadinanza dell'Unione europea e accesso all' “amministrazione europea integrata”.
3. Il reclutamento nelle pubbliche amministrazioni come strumento d'integrazione alla *societas* ed effettività del potere pubblico.

### **CAPITOLO III**

*La libera circolazione dei lavoratori nei confronti delle pubbliche amministrazioni nazionali e il limite dei “pubblici poteri”.*

1. Libertà di circolazione e pubblica amministrazione nella disciplina dell'Unione europea.
2. (*segue*): libertà di circolazione dei lavoratori e pubblica amministrazione negli ordinamenti nazionali.

3. La cittadinanza europea e il riferimento ai “pubblici poteri” come espressione della competenza riservata agli Stati membri.
4. La tutela dei diritti dei funzionari pubblici avanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo: il superamento del limite dei pubblici poteri.

## **CAPITOLO IV**

### *Il pubblico concorso e la libertà di circolazione dei lavoratori.*

1. Un modello della cultura europea per l’accesso alle pubbliche amministrazioni.
2. Norma di organizzazione per l’imparzialità e il buon andamento dell’amministrazione pubblica.
3. Uguale accesso ai pubblici uffici e libera circolazione dei lavoratori.
4. Il pubblico concorso come principio inderogabile.
5. Pubblico concorso e organizzazioni “sostanzialmente” pubbliche.
6. Il pubblico concorso tra critiche e norme d’eccezione.

## **CAPITOLO V**

### *I concorsi pubblici e le condizioni di un accesso effettivo alle pubbliche amministrazioni.*

1. L’accesso dei lavoratori europei alle pubbliche amministrazioni in condizioni di eguaglianza: i requisiti di ammissione.
2. (*segue*): il mutuo riconoscimento di diplomi e titoli professionali.
3. Libera circolazione dei cittadini europei, concorsi pubblici, corsi-concorsi e “scuole amministrative”.
4. Incarichi di lavoro autonomo, appalti di servizi e concorsi pubblici tra tutela della concorrenza e diritto di circolazione dei cittadini europei.
5. Il concorso tra merito ed equa distribuzione delle risorse pubbliche.

## **BIBLIOGRAFIA**

Una bibliografia ragionata è disponibile al sito [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/02\\_04\\_2015\\_12\\_36\\_Bibliografia\\_Libera\\_circolazione\\_concorsi.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/02_04_2015_12_36_Bibliografia_Libera_circolazione_concorsi.pdf)

## CAPITOLO I

*La libera circolazione dei funzionari pubblici europei tra diritti dei cittadini e dei lavoratori dell'Unione.*

SOMMARIO: 1. La libera circolazione dei cittadini europei. -2. I diritti del cittadino europeo che circola. -3. La libera circolazione dei lavoratori: elemento costitutivo del mercato comune e diritto fondamentale degli individui. - 4. I limiti alla libertà di circolazione dei lavoratori: impieghi nelle pubbliche amministrazioni (rinvio) e “*public policy proviso*”. - 5. Libera circolazione dei lavoratori e pubbliche amministrazioni nazionali.

### 1. *La libera circolazione dei cittadini in Europa.*

Il diritto di circolazione - in quanto libertà - è stato da taluno ricondotto alle note origini degli «*jura et libertates*» che i sovrani inglesi riconobbero ai propri sudditi<sup>1</sup>, ove si enunciava la facoltà di ciascuno di «lasciare il Regno e farvi ritorno sano e salvo», ferme restando eccezionali deroghe «per brevi periodi» in tempo di guerra o per ragioni di pubblica sicurezza, e in ogni caso senza pregiudizio del vincolo di fedeltà nei confronti dei sovrani stessi. Gli stessi documenti dedicavano una particolare considerazione ai mercanti, cui era assicurata – anche se stranieri – la possibilità di entrare e uscire dall’Inghilterra in condizioni di sicurezza, per vendere e comprare secondo «le antiche consuetudini»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 15 ss.; diversamente cfr. G. AMATO, *Rapporti civili, Art. 16*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, 114 ss.; U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 79 ss.; U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, 1988, 2 ss.

<sup>2</sup> Cfr. *Magna Charta* (1215), artt. 41 e 42. Il testo integrale è consultabile alla pagina web [www.constitution.org/eng/magnacar.htm](http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm).

Certo è con l'affermarsi del costituzionalismo europeo che si è enunciato il diritto fondamentale dell'individuo di "andare, restare o partire"<sup>3</sup>, seppur in una strettissima correlazione con il più ampio diritto di "libertà" riconosciuto ad ogni persona, di cui la circolazione è un aspetto.

La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* e le dichiarazioni dei diritti delle colonie americane che di poco la precedono (1776) sono la consacrazione della libertà dell'individuo che la cultura giuridica ha inteso come formulazione positiva di posizioni giuridiche soggettive riconosciute *ad ogni uomo*, secondo una definizione che intende richiamare l'eredità del pensiero giusnaturalista elaborato nei secoli precedenti<sup>4</sup>.

Il carattere *naturale* e *universale* delle posizioni enunciate ha portato alcuni a individuare nelle dichiarazioni settecentesche «l'atto di nascita dei diritti umani»<sup>5</sup>, con una peculiarità che è al contempo elemento di differenziazione rispetto ai "bill of rights" inglesi dei secoli precedenti<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. *Constitution du 3 septembre 1791, Titre Premier: «La Constitution garantit pareillement, comme droits naturels et civils: – La liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution».*

<sup>4</sup> Da ultimo si vedano: N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 89 ss.; G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), trad. it. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. Bongiovanni, Bari-Roma, 2002, XXX ss.; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 199 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, XXX ss.; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, 28 ss.; M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, 132 ss.; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, 2007, 115 ss.; G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß* (1978), trad. it. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, a cura di G. Gozzi, Bari-Roma, IV ed., 2006, 63 ss.; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, XXX ss.; G.F. FERRARI, *Le libertà*, Torino, 2011, XXX ss.; N. MATTEUCCI, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1977, 83 ss. e 137 ss.; ID., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, II ed., 1988, 125 ss.; A. BARBERA, *Principi fondamentali, Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, XXX ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, vol. I, Torino, II ed., 2006, XXX ss.; L. HUNT, *Inventing human rights* (2007), trad. it. *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Bari-Roma, 2010, XXX ss.; G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, vol. I, *Dal medioevo inglese al 1791*, Torino, 1991, 63 ss.

<sup>5</sup> Oltre ai riferimenti citati in nt. 10, cfr. S. DELLAVALLE, *I diritti umani e i diritti del cittadino europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 983 ss.; A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005, 26 ss.

<sup>6</sup> Cfr. da ultimo: G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, cit., 63 ss.; G.F. FERRARI, *Le libertà*, cit., XXX ss.; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., 18 ss.; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, cit., 83 ss.; C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, Torino, 2011, XXX ss.; G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, vol. I, cit., 27 ss. Si veda inoltre G.O. SAYLES, *The Medieval Foundations of England*, London, 1950, 393 ss.

L'espresso riconoscimento del *naturale* diritto di ogni *uomo* alla libertà - in un binomio inscindibile con la proprietà<sup>7</sup> - corrisponde all'assoluta valorizzazione della personalità dell'individuo di cui è solo un'espressione particolare il diritto di non essere indebitamente limitati nella propria capacità di movimento<sup>8</sup>.

L'universalità che si vuole caratterizzi le dichiarazioni settecentesche è enunciata unitamente alla proclamazione della sovranità popolare della Rivoluzione francese o alla rivendicazione indipendentista dei coloni americani nei confronti della madrepatria. Può sorprendere ove si ricordi che i diritti sono affermati prevalentemente a favore dei cittadini<sup>9</sup>.

Se l'eredità delle dichiarazioni settecentesche è accolta dalle costituzioni occidentali contemporanee secondo vicende che l'economia del presente lavoro non consente di richiamare<sup>10</sup>, giova tuttavia evidenziare come la predetta "oscillazione" tra uomo e

---

<sup>7</sup> Si vedano ad. es. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, art. 2: «*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*»; *Declaration of independence, July 4, 1776*: «*That all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness*»; *Pennsylvania Constitution of 1776, Declaration of Rights*, art. 1 «*That all men are born equally free and independent, and have certain natural, inherent and inalienable rights, amongst which are, the enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing and protecting property, and pursuing and obtaining happiness and safety*».

<sup>8</sup> Nello stesso senso il «*right to travel*» è ricondotto al *XIV Amendment* della *United States Constitution*, ove si prevede che «*nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*»: L.B. BOUDIN, *The Constitutional Right to Travel*, in *Columbia Law Review*, Vol. 56, No. 1 (Jan., 1956), 48-49.

<sup>9</sup> Cfr. da ultimo L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Roma-Bari, 1994, 264 ss.; S. DELLAVALLE, *Oltre la cittadinanza. Considerazioni sulla dimensione universale dei diritti umani e sui presupposti normativi della loro attuazione*, in *Teoria pol.*, 2000, 53 ss.; A. ALGOSTINO, *op. cit.*, 80 ss.; D. NOVARESE, *Persona, cittadino, straniero: l'esperienza del costituzionalismo euro-mediterraneo*, in *Libertà e diritti nell'Europa dei codici e delle costituzioni (secc. XVIII-XIX)*, a cura di D. Novarese, Torino, 2012, XXX ss. È noto che specialmente la Rivoluzione francese segna l'affermazione dello Stato-nazione e la piena valorizzazione dello *status* di cittadinanza che è ad esso correlato, secondo un'evoluzione su cui ci si soffermerà in seguito: cfr. *infra*, cap. II, par. 1 e spec. nt. 9-10 per i riferimenti bibliografici.

<sup>10</sup> Cfr., oltre ai riferimenti nelle note precedenti, fra molti: A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 965 ss.; ID., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rass. parl.*, 2010, 651 ss.; ID., *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 3 ss.; ID., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 685 ss.; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 5 ss.; M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di M. Fioravanti, Bari-Roma, 2009, 41 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, cit., XXX ss.; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2009, XXX ss.; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, *I diritti presi sul serio*, Bologna, rist. 2010, XXX ss.; P. BARILE, *Libertà, giustizia e Costituzione*, Padova, 1993, XXX ss.; ID., *Le caratteristiche costituzionali dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino*, in *Atti del Convegno: I diritti dell'uomo e la partecipazione politica*, Torino, 1988, 13 ss.; ID., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 53 ss.; ID., *Le libertà costituzionali. Lezioni*, Padova, 1966, XXX ss.; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, XXX ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari-Roma, 2008, XXX ss.; ID.,

cittadino sia riproposta dalle costituzioni vigenti e tra queste dalla Costituzione italiana, in cui si alternano affermazioni di diritti dell'uomo (art. 2), della persona (art. 13), di "tutti" (es. artt. 19, 21, 24 Cost.) e del cittadino (es. artt. 3, 4, 16, 17, 18), ove dell'ultima nozione si sono nel tempo offerte definizioni più o meno letterali<sup>11</sup>.

---

*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, Bari-Roma, 2007, 724 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 21 ss.; ID., *Libertà I) problemi generali*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Roma, 1991, 1 ss.; ID., *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1989, 1 ss.; P. HABERLE, *Die Wesensgehalt Garantie des art. 19 ABS 2 Grundgesetz* (1983), trad. it. *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, a cura di P. Ridola, Roma, 1993 XXX ss.; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Bari-Roma, 2007, XXX ss.; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., XXX ss.; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Bari-Roma, 2004, XXX ss.; P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, in *Dizionario diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 1881 ss.; ID., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, 2005, XXX ss.; F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Bari-Roma, 1997, 271 ss.; G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, XXX ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 9 ss.; P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, 1991, XX ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti e doveri dei cittadini*, *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960, 726 ss. Per una prospettiva particolare da ultimo: S. HOLMES – C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes* (1999), trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di C. Fusaro, Bologna, 2000, 91 ss.

<sup>11</sup> Sul riconoscimento dei "diritti fondamentali" degli stranieri e sul diritto all'eguaglianza rispetto al cittadino in tale ambito: Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 329; Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245; Corte cost., 25 febbraio 2011, n. 61; Corte cost., 9 febbraio 2011, n. 40; Corte cost., 22 ottobre 2010, n. 299; Corte cost., 22 luglio 2010, n. 269; Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249; Corte cost., 28 maggio 2010, n. 187; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306; Corte cost., 16 maggio 2008, n. 148; Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432; Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252; Corte cost., 12-27 luglio 2000, n. 376; Corte cost., 17-26 giugno 1997, n. 203; Corte cost., 12-19 gennaio 1995, n. 28; Corte cost., 19 giugno 1969, n. 104; Corte cost., 15 novembre 1967, n. 120. Sulla condizione giuridica dello straniero cfr. da ultimo: A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Riv. Ass. It. Cost. (AIC)*, 2011/2; P. STANCATI, *La disciplina multilivello dello status libertatis del non cittadino, con particolare riferimento al concorso del parametro internazionale con i presidi di garanzia costituzionali: note critiche e ricostruttive, in Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, a cura di G. D'Ignazio – S. Gambino, Milano, 2010, 343 ss.; ID., *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in AA. VV., *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti - Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 25 ss.; S. CASTELLAZZI, *La condizione giuridica dello straniero*, in *Il diritto dell'immigrazione*, a cura di V. Gasparini Casari e G. Cordini, vol. I, Modena, 2010, 141 ss.; V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA. VV., *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti - Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 3 ss. e in *Dir. soc.*, 2009, 537 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in AA. VV., *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti - Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 133 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del noncittadino*, *ivi*, 163 ss. E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, *ivi*, 229 ss.; ID., *Straniero (status dello)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, 5787 ss.; ID., *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 158 ss.; F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giur. cost.*, 2005, 4675 ss.; V. RAPARELLI, *Straniero (condizione giuridica dello) (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 2008, 1 ss.; A. DI STASI, *Straniero (posizione giuridica dello)*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. XV, 449 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 105 ss.; ID., *I doveri costituzionali degli immigrati*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther, Torino 2007, 86 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, XXX ss.; L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino 1996; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002, XXX ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997, 127 ss.; G. D'ORAZIO, *Straniero (condizione giurica*

La Costituzione italiana considera espressamente le singole facoltà di cui si compone l'ampia "libertà" riconosciuta ad ogni persona dalle dichiarazioni settecentesche, dedicando a ciascuna di esse apposite norme, che tutelano il domicilio (art. 14), la corrispondenza (art. 15), il divieto di "prestazioni imposte" (art. 23) e così via. La libertà di movimento vi è distinta nel diritto di circolazione all'interno del territorio nazionale e in quello di espatrio (art. 16, co. 1° e 3° Cost.), secondo una tradizione che è comune al costituzionalismo europeo<sup>12</sup>.

La separazione formale tra libertà personale (art. 13 Cost.) e libertà di circolazione (art. 16) non equivale tuttavia ad una piena differenziazione dei due diritti, ritrovandosi nel tempo interpretazioni che ne propongono correlazioni secondo diverse prospettive<sup>13</sup>.

La difficoltà nel tracciare una linea di demarcazione tra la libertà personale e quella di circolazione - come tra la prima e le ulteriori posizioni di libertà ad essa strettamente correlate, primo fra tutti il divieto di prestazioni imposte *ex art. 23 Cost.*<sup>14</sup> - corrisponde alle molteplici interpretazioni formulate nel tempo per la libertà personale che qui si possono solo brevemente richiamare<sup>15</sup>: dalle più restrittive che ne circoscrivono l'ambito di tutela alla sola dimensione "fisica" della persona<sup>16</sup>, a quelle più ampie che

---

dello) I) *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993, 1 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali - L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 203 ss.

<sup>12</sup> Cfr. fra molti: P.J. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, 1991; J. GOIZUETA VÉRTIZ, *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Valencia, 2007; D.C. TURACK, *Freedom of Movement: The Right of a United Kingdom Citizen to Leave His Country*, in 31 *Ohio St. L.J.* (1970), 247 ss.; A. PENA-GAÑA, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir*, Thèse Aix-en-Provence, 1998; F. FINES, *Liberté d'aller et venir*, in *Juriclasseur Administratif*, fasc. 204, 03, 2008, 1 ss.

<sup>13</sup> Oltre ai riferimenti citati nelle note successive, cfr. fra molti: M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (Libertà di)*, cit., 15 ss.; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, XXX ss.; ID., *Rapporti civili, Art. 13 e Art. 16*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 13 ss. e 114 ss.; U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, cit., 2 ss.; G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, vol. II, Milano, II ed., 2006, XXX ss.

<sup>14</sup> Sui rapporti tra libertà personale e divieto di prestazioni imposte da ultimo: D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Torino 2007, 201 ss.

<sup>15</sup> Cfr. da ultimo: A. CERRI, *Libertà (libertà personale - diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 2008, 1 ss.; ID., *Libertà. II. Libertà personale*, *ivi*, vol. XVI, Roma, 1990, 1 ss.; S. RODOTÀ, *Variazioni sulla libertà personale*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, 2005, XXX ss.; A. BURATTI, *Libertà personale*, in *Il diritto - Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. IX, 84 ss.; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, XXX ss.

<sup>16</sup> Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 29 ss.; S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, XXX ss.;

vi ricomprendono la libertà psichica e morale<sup>17</sup>, sino a quelle che la intendono come garanzia del pieno sviluppo della persona umana, ponendo al centro della protezione la “dignità sociale” dell’individuo<sup>18</sup>.

La prospettiva che consente una più agevole differenziazione è probabilmente quella che – pur non trascurando le rispettive specificità e differenze giuridiche e culturali – evidenzia una correlazione tra libertà personale e *habeas corpus*<sup>19</sup>, e dunque valorizza l’originaria formulazione come libertà “dagli arresti”, che si coglie nel riferimento a

---

<sup>17</sup> Cfr. fra molti: P. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205 ss.; A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 287 ss.; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, XXX ss.; ID., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 111 ss.; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. II, Torino, 1960, 1642 ss.; ID., *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. V, Padova, 1958, 403 ss.; R. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, XXX ss. Da ultimo, fra molti: P. CARETTI – U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2010, 467; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2000, 535.

<sup>18</sup> Cfr. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 98 ss., 120 ss.; A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2012, 144; A. BARBERA – F. COCOZZA – G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in *Manuale di diritto pubblico, I. Diritto pubblico generale*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997, 244 ss.

<sup>19</sup> Sull’*habeas corpus* fra molti: V. PATANÈ, *Il writ di habeas corpus*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 167 ss.; R. GAMBINI MUSSO, *Habeas corpus*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, vol. VI, 58 ss.; W.F. DUKER, *A constitutional history of Habeas Corpus*, London, 1980, XXX ss.; H. STREET, *Le garanzie della libertà personale nel Regno Unito*, in *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino 1977, 85 ss.; D.J. MEADOR, *Habeas corpus and Magna carta: dualism of power and liberty*, Charlottesville, 1966, XXX ss.; F.W. MAITLAND, *The constitutional history of England: a course of lectures*, Cambridge, 1961, XXX ss.; B. DELIGNIÈRES, *Le writ d'habeas corpus ad subjiciendum en droit anglais*, Paris, 1952, XXX ss. Da ultimo: J. FARBEY and R.J. SHARPE with S. ATRILL, *The Law of Habeas Corpus*, Third Ed., Oxford, 2011, 1 ss.; P.D. HALLIDAY, *Habeas corpus. From England to Empire*, United States of America, 2010, 39 ss.; G. COPPI, *Il writ di habeas corpus - Le origini del baluardo delle libertà civili*, in *Le Carte e la Storia*, 2009, 133 ss.; E.M. FREEDMAN, *Habeas corpus, Rethinking the Great Writ of Liberty*, New York and London, 2001, 1 ss.

provvedimenti di detenzione, ispezione, perquisizione personale e così via<sup>20</sup>, secondo una lettura che colloca l'attuazione della norma costituzionale sulla libertà personale prevalentemente nel perimetro del diritto processuale penale<sup>21</sup>.

La rispettiva autonomia della libertà personale e di quella di circolazione è confermata in ogni caso dalla diversa disciplina dei presupposti e poteri legittimati a disporre la limitazione, ove la prima è assistita da una riserva assoluta di legge e da una riserva di giurisdizione, fatto salvo «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge» il potere dell'autorità di pubblica sicurezza di adottare «provvedimenti provvisori che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria» e convalidati nelle successive quarantotto (art. 13, co. 2° e 3°, Cost.).

---

<sup>20</sup> Per la differenziazione di libertà di circolazione e soggiorno e libertà personale: Corte cost., 24 novembre – 7 dicembre 1994, n. 419, ove si sottolinea come «l'elemento qualificante della restrizione della libertà personale» vada individuato nella «degradazione giuridica dell'individuo» che si determina quando sia provocata «una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*»; ne consegue che l'ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio incide sulla libertà di circolazione e soggiorno, l'ammonizione sulla libertà personale (poiché comporta obblighi di non uscire prima e non rincasare dopo una certa ora). La conclusione in tal senso supera in particolare la tesi che aveva tentato di tracciare la linea di demarcazione tra i due diritti riconducendo all'art. 16 Cost. le sole limitazioni della libertà di circolazione determinate da atti generali e applicando le garanzie previste in tema di libertà personale per tutti i provvedimenti comunque idonei a incidere sul diritto individuale di circolazione: P. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, cit., XXX ss.; M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno*, in *La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Vicenza, 1967, 545 ss. *Contra ex multis*: P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torini, 1994, 231 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 172: «la libertà di “movimento” e quella di “stabilimento” attengono insomma ad un momento cronologicamente successivo a quello della libertà della persona: la presuppongono e la sviluppano, ma con discipline costituzionali che si sono volute diverse. Rientrano tutte in quella che è stata chiamata “libertà di autodeterminazione”, ma le seconde riguardano la particolare relazione tra persona e territorio».

<sup>21</sup> L'attenzione della dottrina processualpenalistica al tema della disciplina costituzionale della libertà personale si deve in particolare all'ampio ricorso alle misure cautelari e alla c.d. “crisi di effettività della pena” che ne è conseguita, cfr. da ultimo: V. GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova, VI ed., 2012, 395 ss., ove si evidenzia l'attuazione data al modello di cui all'art. 13 Cost., «a cominciare dal principio di legalità», nella disciplina delle misure cautelari (artt. 272-279 c.p.p.); G. SPANGHER, *Libertà personale (diritto processuale penale)*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. IX, 94 ss.; G. CHIODI, *Custodia preventiva e garanzie della libertà personale nel primo decennio repubblicano: il caso della scarcerazione automatica*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano, 2010, 233 ss. Sulla precedente evoluzione del dibattito, tra gli altri: M. CHIAVARIO, *Problemi attuali della libertà personale*, Milano, 1985, XXX ss.; ID., *Libertà personale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XIX, 1 ss.; ID., *Processo e garanzie della persona*, vol. I, Milano, 1982, 28 ss., vol. II, Milano, 1984, 299 ss.; L. BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 438 ss.; V. GREVI, *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989; ID., *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 315 ss.; ID., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, XXX ss.; M. PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, XXX ss.; C.U. DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, 1 ss.

La libertà di circolazione, al contrario, è garantita dalla sola riserva di legge relativa, che è in questo caso rafforzata, poiché le limitazioni possono essere stabilite soltanto «in via generale» e «per motivi di sanità o di sicurezza» (art. 16, co. 1°, Cost.)<sup>22</sup>.

Ma ciò che è qui di particolare interesse è l'ulteriore differenziazione determinata dalla diversa titolarità dei due diritti, ove il primo è riconosciuto ad ogni persona, mentre il secondo è proprio dei soli dei *cittadini*<sup>23</sup>, secondo una tradizione che si ritrova in molte costituzioni europee<sup>24</sup> e che al contempo dà l'esatta misura della differenziazione tra libertà personale e libertà di circolazione, che a sua volta corrisponde a un diverso riferimento storico-culturale: l'una è un diritto dell'uomo, mentre l'altra si ricollega alla definizione stessa di "territorio" come elemento costitutivo della sovranità entro il quale non sono più possibili partizioni in ragione dei diversi titoli del principe sovrano<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. fra molti G. AMATO, *Rapporti civili, Art. 13*, cit., 6 ss.; P. GIOCOLI NACCI–F. MASTROVITI, *La libertà di circolazione e soggiorno*, in *Libertà costituzionali e limiti amministrativi, Trattato di diritto amministrativo*, dir. da G. Santaniello, vol. XII, Padova, 1991, XXX ss.

<sup>23</sup> Sul territorio come elemento costitutivo della sovranità si veda *infra*, cap. II, par. 1 e spec. nt. 17; da ultimo A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, 85 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995, 49 ss.; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, 1997, 25 ss. Ritiene che l'art. 16 Cost. tuteli anche il diritto di circolazione e soggiorno dello straniero regolarmente soggiornante: E. GROSSO, *Straniero (status dello)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5790 ss.; ID., *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., 170. Sul mancato riconoscimento del «diritto alla circolazione transazionale» come «esempio di forza della sovranità»: A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, cit., 398 ss.

<sup>24</sup> Cfr. oltre all'art. 16 Cost., per la Spagna, art. 19, Cost.: «*Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*»; per il Portogallo, art. 44, co. 1°, Cost.: «*A todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional*»; per la Germania, art. 11 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: «Tutti i tedeschi hanno il diritto di muoversi liberamente nel territorio federale»; per la Grecia, art. 5, par. 4°, Cost.: «I provvedimenti amministrativi individuali capaci di limitare la libera circolazione o il libero stabilimento nel paese di ogni cittadino Greco, oltre che la libertà di entrarvi e uscirne, sono vietati», per la Bulgaria, art. 35 Cost.: «Ognuno è libero di scegliere un luogo di residenza e ha il diritto di circolare sul territorio del paese e di lasciare il paese»; per la Romania, art. 25, co. 1°, Cost.: «Il diritto di libera circolazione sul territorio nazionale è garantito». Negli Stati Uniti il «*right to travel*» è ricondotto al *XIV Amendment* della *United States Constitution*, ove si prevede che «*nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*»: L.B. BOUDIN, *The Constitutional Right to Travel*, in *Columbia Law Review*, Vol. 56, No. 1 (Jan., 1956), 48-49. Per la qualificazione del «*right of Americans to travel in the United States*» come un «*right of national citizenship*»: Mr. Justice Douglas, *concurring opinion* in U.S. Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941); nello stesso senso già Chief Justice Taney, *dissenting opinion* in U.S. Passenger Cases, 48 U.S. 7 How. 283 283 (1849): «*We are all citizens of the United States, and, as members of the same community, we must have the right to pass and repass through every part of it without interruption, as freely as in our own States*»; Per una norma costituzionale che sembra riconoscere il diritto di circolare a tutti gli individui, cfr. art. 52, co. 1°, Cost. polacca: «la libertà di movimento e la scelta del luogo di residenza e soggiorno nell'ambito del territorio della Repubblica polacca devono essere assicurate a chiunque».

<sup>25</sup> Cfr. fra molti L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, I. Teoria del diritto*, cit., 726.

Oltre a esprimere il diritto dell'individuo di spostarsi e scegliere ove stabilire la sede dei propri interessi, l'enunciazione del diritto di circolare e soggiornare in *qualsiasi* parte del territorio nazionale è norma di garanzia dell'unità e indivisibilità dell'organizzazione statale, che assume un particolare rilievo negli ordinamenti regionali o federali (es. Spagna, Germania, Italia, ma anche Stati Uniti<sup>26</sup>).

Nell'ordinamento italiano l'affermazione della libertà di circolazione delle persone in chiave di limite dell'autonomia regionale unitamente al divieto di istituire dazi di importazione, esportazione o transito e di limitare la libera circolazione delle cose o l'esercizio del diritto al lavoro (art. 120, co. 1°, Cost.) pone in rilievo secondo taluno la dimensione innanzi tutto economica della garanzia di unità e indivisibilità ad essa sottesa<sup>27</sup>. Dimensione economica che non a caso ritroviamo nell'americana "*interstate commerce clause*" ove la disciplina del commercio tra i singoli Stati è attribuita in via esclusiva al Congresso<sup>28</sup>. In tale chiave la rilevanza economica si precisa come creazione di un mercato unitario prima negli Stati nazionali e poi in sede federale.

La protezione dell'unicità e indivisibilità del "mercato interno" a livello nazionale o federale non esaurisce tuttavia gli effetti della libera circolazione dei cittadini: lo spostamento della popolazione da una zona del territorio all'altra – che si tratti di una regione, di un *Land* o di una *Comunidad autónoma* - favorisce allo stesso tempo la diffusione della lingua comune e la circolazione di abitudini e tradizioni, facilitando la

---

<sup>26</sup> Cfr. *supra*, nt. 1 e 2.

<sup>27</sup> Le Regioni possono porre limiti alla circolazione delle persone per le sole finalità enunciate dall'art. 16 Cost.: Corte cost., 28 gennaio – 6 febbraio 1991, n. 51. Per la differenza tra art. 120 e art. 16 Cost., poiché il primo si riferisce anche agli stranieri e alla circolazione di beni mobili: U. DE STERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, cit., 79. Evidenzia la dimensione economica della libera circolazione, richiamando la *Magna Charta* (1215), per la speciale considerazione prestata ai diritti di circolazione dei mercanti: M. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 14. L'art. 120 Cost. è espressione di «almeno quattro valori recepiti in altre disposizioni costituzionali: il principio di eguaglianza, di unità e indivisibilità della Repubblica, il diritto al lavoro e la libertà di iniziativa economica»: A. PUBUSA, *Art. 120*, in *Le Regioni, le Province e i Comuni*, t. I, *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna – Roma, 1985, 457; I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, cit., 17 ss. In Spagna cfr. art. 157, co. 2°, Cost.: « 2. *Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias [...] que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios*».

<sup>28</sup> *United States Constitution*, Section 8 : «*The Congress shall have Power to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States*». Cfr. U.S. Supreme Court, *Crandall v. State of Nevada*, 73 U.S. 6 Wall. 35 35 (1867), ove si dichiara l'incompatibilità con la Costituzione di una norma statale che imponeva una tassa per il transito delle persone attraverso le frontiere: «*every citizen of the United States from the most remote states or territories, is entitled to free access not only to the principal departments established at Washington, but also to its judicial tribunals and public offices in every state in the Union*»; confligge con l'*interstate commerce clause* una norma che punisce chiunque trasporti - o assista nel trasporto - all'interno dello Stato una persona indigente che non sia ivi residente: U.S. Supreme Court, *Edwards v. California*, cit.

conoscenza reciproca e il superamento di particolarismi locali, per una migliore integrazione della popolazione nazionale.

La libertà di circolazione e soggiorno, una volta conformatasi come nozione propria degli ordinamenti statali, ha assunto una sua specificità nel diritto dell'Unione europea<sup>29</sup>, ove è stata riconosciuta originariamente a beneficio dei soli cittadini economicamente attivi<sup>30</sup>, poi a *tutti* i cittadini (art. 21 TFUE).

Il progressivo riconoscimento del diritto di circolazione e soggiorno a prescindere dallo *status* di “*marketbürger*”<sup>31</sup> corrisponde all'intento di «segnare una nuova tappa nel processo di integrazione europea»<sup>32</sup> e continua il percorso avviato con l'istituzione delle Comunità europee e l'instaurazione del “mercato unico”, con l'affermazione di un diritto che nella sua dimensione fondamentale e individuale pare sempre più tributario delle culture costituzionali nazionali<sup>33</sup>.

La libertà di circolazione e soggiorno contribuisce a definire lo *status* dei cittadini europei insieme agli ulteriori diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione<sup>34</sup>, tanto nei confronti delle istituzioni europee, come il diritto di voto alle elezioni del

---

<sup>29</sup> I diritti enunciati in sede europea hanno assunto una configurazione autonoma a seguito di un'evoluzione giurisprudenziale propria, seppur in uno «scenario» che si caratterizza come «intecostituzionale» per le influenze reciproche tra Costituzioni nazionali e Trattati europei: A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti e A. Ruggeri, Torino, 2010, 16. Cfr. P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 55 ss.; L. VIOLINI, *Costituzione europea e costituzioni nazionali: una relazione complessa*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, a cura di A. Pisaneschi e L. Violini, Milano, 2007, sez. II, 211 ss.

<sup>30</sup> Prima dell'introduzione della cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht (1992). Cfr. *infra*, par. 3.

<sup>31</sup> Cfr. E. FERRARI, *L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 931, nt. 1; M. O'NEILL, *The Struggle for the European Constitution*, London and New York, 2009, 291.

<sup>32</sup> TFUE, preambolo. Da ultimo osserva come l'immigrazione favorisca la concorrenza nel mercato del lavoro costituendo nel contempo un elemento di affievolimento delle identità nazionali: H.J. CHANG, *23 Things They Don't tell You about Capitalism* (2010), trad. it. *23 cose che non ti hanno mai detto sul capitalismo*, Milano, 2012, 40-41.

<sup>33</sup> A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, 2007, 409 e 412; F. SNYDER, *The unfinished constitution of the European Union: principles, processes and culture*, in *European Constitutionalism Beyond the State*, edited by J.H.H. Weiler and M. Wind, Cambridge, 2003, 69-70: «*Eu constitutional culture may be conceived of as an onion, consisting of three layers: modern or postmodern legal culture, Western legal culture and a legal cultural specific to the EU regional integration scheme*»

<sup>34</sup> Diritti «civili e politici» secondo F. DAVID, *La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des Etats membres*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, 553. Sul rapporto tra cittadinanza e diritti politici, civili e sociali: T. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976, 9 ss.

Parlamento europeo<sup>35</sup>, o il diritto ad una buona amministrazione<sup>36</sup>, quanto nei confronti delle istituzioni dei paesi membri, come il diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali alle stesse condizioni dei cittadini nazionali<sup>37</sup>, o quello di protezione

---

<sup>35</sup> Art. 20, § 2, lett. b, TFUE, art. 39, Carta dir. fond. U.E. Nei confronti delle istituzioni dell'Unione sono riconosciuti inoltre i diritti di petizione al Parlamento europeo, di ricorso al Mediatore, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei Trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua (art. 20, § 2, lett. b e art. 24, § 2, 3 e 4, TFUE, artt. 43, 44 e 46, Carta dir. fond. U.E.) e di iniziativa legislativa (art. 11 TUE e art. 24, § 1, TFUE). Cfr.: J. PERTEK, *L'iniziativa citoyenne: un pas vers la citoyenneté participative*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, 71 ss.; T. WOOLFSON, *L'iniziativa citoyenne: un pas vers la démocratie directe dans l'Union européenne*, in *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, sous la direction de C. Cheneviere et G. Duchenne, Louvain-la-Neuve, 2011, 51 ss.; E. GROSSO, *La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea»*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. Zagrebelsky, Roma-Bari, 2005, 172 ss.; ID., *I cittadini europei e i diritti di partecipazione nella Carta di Nizza: un'occasione perduta?*, in *Quad. cost.*, 2003, 53 ss.; ID., *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, 2001, 58 ss.

<sup>36</sup> Concorrono ad assicurare la partecipazione «alla vita democratica dell'Unione» (art. 10, § 3, TUE) il diritto alla protezione dei propri dati personali nel rapporto con le istituzioni (art. 16 TFUE, art. 8, Carta dir. fond. U.E.) e il diritto di accesso ai documenti (art. 15, § 3, TFUE, art. 42, Carta dir. fond. U.E.). Cfr.: C. Giust. UE, 21 giugno 2012, C-135/11 P, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds GmbH*; C. Giust. UE, 21 settembre 2010, C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Commissione c. API*; C. Giust. UE, 29 giugno 2010, C-28/08 P, *Commissione c. The Bavarian Lager Co. Ltd*; C. Giust. UE, 26 gennaio 2010, C-362/08 P, *Internationaler Hilfsfonds eV c. Commissione*. Sul diritto a partecipare alla vita democratica dell'Unione da ultimo: C. PINELLI, *Le «Disposizioni relative ai principi democratici»*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, Bologna, 2010, 135 ss. Sul diritto ad una buona amministrazione (art. 41, Carta dir. fond. U.E.), da ultimo: S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, 2011, 109 ss.; I. RABINOVICI, *The Right to Be Heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Public Law* 18, no. 1, 2012, 149 ss.; A. SIMONATI, *The Principles of Administrative Procedure and the EU Courts: an Evolution in Progress?*, in *Review of European Administrative Law*, 2012, vol. 4, nr. 1, 46 ss.; ID., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Padova, 2009, 163 ss.; A. BARTOLINI, *Le situazioni soggettive procedurali di derivazione europea*, in *Procedura, procedimento, processo*, Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007, a cura di L. Perfetti, Padova, 2011, 391 ss.; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 537 ss.; J. PONCE SOLÉ, *EU Law, Global Law and the Right to Good Administration*, in E. CHITI and B.G. MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, 2011, Part 2, 133 ss.; J.P. JACQUÉ *Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Revue française d'administration publique*, 2011, n. 137-138, 79 ss.; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss.; ID., *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *I principi generali dell'azione amministrativa*, a cura di M.P. Chiti e G. Palma, Atti del Convegno di Napoli 3 febbraio 2006, Napoli, 2006, 168 ss.; L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 789; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2009, 21 ss.; M.C. RUNAVOT, *La "bonne administration": consolidation d'un droit sous influence européenne*, in *Revue française de droit administratif*, 2010, n. 2, 395 ss.; J. MENDES, *La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative*, in *Revue française d'administration publique*, 2009, n. 131, 555 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta, Pt. Generale, t. I, Milano, 2007, 51 ss.; L. AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, in *Droit administratif européen*, sous la direction de J.B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruxelles, 2008, 493 ss.

<sup>37</sup> Art. 22, § 1, TFUE, art. 40, Carta dir. fond. U.E. Per la piena libertà delle forme in tema di documenti di identità dei soggetti da ammettere al voto ex d.lgs. 12 aprile 1996, n. 197: Cons. St., sez. V, 30 agosto 2011, n. 4863. Nei confronti delle istituzioni nazionali il Trattato riconosce inoltre il diritto a un accesso non discriminatorio alle elezioni europee (art. 22, § 2, TFUE).

diplomatica e consolare nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui si ha la cittadinanza non sia rappresentato, con cui si afferma una rilevanza della cittadinanza europea nell'ordinamento internazionale<sup>38</sup>.

È tuttavia attraverso il riconoscimento del diritto di circolazione e soggiorno, in combinato disposto con il principio di non discriminazione in ragione della nazionalità (art. 18 TFUE), che l'ordinamento dell'Unione perviene a riconoscere ai cittadini europei un più ampio catalogo di diritti nei confronti degli ordinamenti dei paesi membri, che si tratti di quelli di destinazione o di quelli di provenienza<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Art. 23 TFUE. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Tutela consolare dei cittadini dell'Unione nei paesi terzi. Bilancio e prospettive*, Bruxelles, 23.3.2011 COM(2011) 149 def. Cfr. da ultimo: S. TOUZE, *Aspects récents (et choisis) de la protection consulaire des citoyens de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, 79 ss.

<sup>39</sup> Cfr. *ex multis*: D. GOTTARDI, *La libera circolazione delle persone: dai lavoratori ai cittadini. L'impatto del principio della parità di trattamento*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, Istituzioni Cambiamento sociale*, vol. III, *Diritto della previdenza sociale e del mercato del lavoro. Diritto europeo. Lavoro pubblico*, Napoli, 2011, 1463 ss.; G. VESPERINI, *Vincolo europeo e diritti nazionali*, Milano, 2011, 67 ss.; P. ECKHOUT, *The Growing Influence of European Union Law*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, Issue 5, 2011, 1493 ss.; R.C.A. WHITE, *Revising Free Movement of Workers*, *ivi*, 2011, 1575 ss.; F. WOLLENSCHLÄGER, *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, in *European Law Journal*, vol. 17, No. 1, January 2011, 14 ss.; S. O'LEARY, *Free Movement of Persons and Services*, in *The Evolution of EU Law*, edited by P. Craig and G. de Búrca, Oxford, 2011, XX; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, USA, 2010, 422 ss.; E. PATAUT, *Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, 617 ss.; C. MORVIDUCCI, *La libera circolazione dei cittadini nell'Unione europea*, Torino, 2009, 45 ss.; S. MANGIAMELI – G. SAPUTELLI, *Instaurazione del mercato interno e attuazione delle libertà fondamentali*, in *L'ordinamento europeo*, vol. III, *Le politiche dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2008, 34 ss.; E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, The Netherlands, 2007, 113 ss.; E. FERRARI, *L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà*, cit., 937 ss.; S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna, 2007, 65 ss.; M. CONDINANZI – B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione dell'Unione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, cit., 108 ss.; C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, 187; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, cit., 30, 367 ss.; M. CONDINANZI – A. LANG – B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, 24 ss.; P. RODIÈRE, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, 167 ss.; A. CELOTTO, *La cittadinanza europea*, in *Una Costituzione per l'Unione Europea*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2006, 173 ss.; S. BORELLI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Agg. II, Torino, 2003, 632 ss.; A.P. VAN DER MEI, *Free Movement of Persons Within the European Community*, Oxford – Portland Oregon, 2003, 43 ss.; G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 77 ss.; E. CASTORINA, *Diritto alla non discriminazione e cittadinanza europea: uno sguardo al cammino costituente dell'Unione*, in *Rass. parl.*, 2000, 779; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 5 ss. Evidenza come la libertà di circolazione e soggiorno sia nel diritto comunitario un veicolo per l'affermarsi della cittadinanza e per la protezione dei diritti fondamentali: G. ORLANDINI, *La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di S.B. Caruso – S. Sciarra, *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, vol V, Torino, 2009, 494 ss.. Sulla connotazione politica della cittadinanza europea nella Carta di Nizza: C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Milano, 2005, 309.

La centralità della libertà di circolazione dei cittadini europei nell'ordinamento dell'Unione si viene ad affermare anche in ragione di un'interpretazione adeguatrice che, come si è anticipato, ha portato progressivamente a sminuire la formulazione letterale del Trattato che differenzia i cittadini (non economicamente attivi) dai lavoratori. In un primo tempo si è applicata la disciplina sui lavoratori a soggetti non ancora o non più attivi nel mercato del lavoro quali studenti, persone in cerca di occupazione o persone già occupate<sup>40</sup>; successivamente si è pervenuti al riconoscimento del diritto a beneficio dei "cittadini" *tout court*, senza ulteriori specificazioni concernenti l'attività esercitata (art. 21 TFUE).

Letteralmente il Trattato continua a distinguere gli uni dagli altri, poiché solo per i lavoratori è affermato un diritto "pieno" e incondizionato di circolare e soggiornare nel territorio dell'Unione (art. 45 TFUE), mentre per i cittadini non economicamente attivi il riconoscimento è subordinato a limiti e condizioni «previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi» e specialmente ai requisiti di disponibilità finanziaria posti dal diritto secondario<sup>41</sup>; nelle interpretazioni più recenti tuttavia si afferma il progressivo superamento delle limitazioni economiche in ragione del carattere fondamentale del diritto dei cittadini di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione europea<sup>42</sup>.

## 2. I diritti del cittadino europeo che circola.

Nell'ordinamento dell'Unione europea l'affermazione del diritto di circolazione e soggiorno di lavoratori e cittadini ha determinato l'enunciazione di una serie di ulteriori

---

<sup>40</sup> Cfr. *infra*, par. 3.

<sup>41</sup> In particolare la dimostrazione della disponibilità di «risorse economiche sufficienti» e di un'assicurazione malattia, richieste al cittadino non occupato «affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante»: Dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, art. 7, § 1, lett. b. Agli studenti si richiede di disporre di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di fornire una dichiarazione sulla disponibilità di risorse economiche sufficienti (*ivi*, lett. c). Cfr., tra le altre: C. giust. CE, 29 aprile 2004, C-482 e C-493/01, *Orfanopoulos e Olivieri c. Land Baden-Wurtemberg*.

<sup>42</sup> Cfr. C. giust. UE (grande Sezione), 23 febbraio 2010, C-480/08, *Teixera c. London Borough of Lambeth*; C. giust. CE, 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*; C. giust. CE, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast, R c. Secretary of State for the Home Department*; C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk c. Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*. Cfr. fra molti: E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, cit., 153 ss.; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 143 ss.; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination*, cit., 456 ss.

posizioni soggettive a beneficio degli uni e degli altri nei confronti delle istituzioni nazionali dei paesi membri, posizioni soggettive che comprendono quelli che nelle elaborazioni tradizionali sono detti diritti di libertà, ma anche diritti di prestazione a contenuto sociale.

L'evoluzione degli ordinamenti giuridici moderni ha mostrato come la concessione del «pacífico esercizio di qualche diritto» abbia di per sé determinato l'affermazione del carattere giuridico degli ordinamenti stessi, poiché ha consentito di «inculcare negli uomini» la stessa *idea dei diritti* e dunque della giuridicità dell'ordinamento che li pone<sup>43</sup>.

Così si è detto per il diritto di proprietà nel XVIII sec. (rivoluzione americana, ma anche francese<sup>44</sup>), ove la tendenziale eguaglianza di condizioni dei cittadini americani – determinata da presupposti di fatto, ma anche e soprattutto dall'ordinamento giuridico<sup>45</sup> – determinò innanzi tutto l'affermazione dell'*idea* stessa di un diritto individuale di proprietà di nuova specie, consentendo agli uomini di “riconoscerne” e apprezzarne gli effetti giuridici. Con anticipo rispetto al continente europeo i coloni conobbero in modo generalizzato una condizione proprietaria diffusa: poiché ciascuno aveva «un bene particolare da difendere»<sup>46</sup>, fu spontaneo individuare una dimensione giuridica per tale stato affermatosi in fatto, con il riconoscimento di un diritto «*naturale, innato e inalienabile*» di essere proprietari, a beneficio di *tutti gli uomini*<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835), trad. it., *La democrazia in America*, Milano, 2007, 245-246.

<sup>44</sup> La diffusione della piccola proprietà fondiaria nella Francia rurale dell'*ancien régime* è una delle condizioni che determinano la Rivoluzione, perché i diritti feudali sono particolarmente odiosi proprio in ragione della qualità di proprietario fondiario del contadino francese: A. de TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution* (1856), trad. it., *L'antico regime e la Rivoluzione*, Milano, 1994, 63 ss.

<sup>45</sup> L'eguaglianza di condizioni materiali dei coloni fu favorita dalle leggi sulla successione che prevedevano divisioni egualitarie con frazionamento delle proprietà e superamento del c.d. “diritto di primogenitura”: A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., 58 ss.

<sup>46</sup> A. de TOCQUEVILLE, *op. ult. cit.*, 245: «Io mi chiedo quale sia nei nostri giorni il mezzo per inculcare negli uomini l'idea dei diritti e di porgliela, per così dire, sotto gli occhi; mi sembra che ve ne sia uno solo, e cioè concedere a tutti il pacífico esercizio di qualche diritto. [...] in America non vi sono proletari; ciascuno, avendo un bene particolare da difendere, riconosce per principio il diritto di proprietà».

<sup>47</sup> Cfr. ad es. *Pennsylvania Constitution of 1776, Declaration of Rights*, art. 1, citato in nt. 7. In generale sull'evoluzione del diritto di proprietà come archetipo dei diritti di libertà cfr. fra molti: W.H.R. CURTLER, *The enclosure and redistribution of our land*, Oxford, 1920, XXX ss.; D.R. DENMAN, *Origins of ownership*, London, 1958, XXX ss.; R. SCHLATTER, *Private property: the history of an idea*, London, 1951, XXX ss.; P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 439 ss.; ID., *L'Europa del diritto*, cit., 113 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, cit., 635 ss.; G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, cit., 44 ss. Sul diritto di proprietà e le sue evoluzioni fra molti: S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo*

L'affermazione della dimensione giuridica del diritto individuale di proprietà a sua volta favorì un analogo processo di riconoscimento per le ulteriori posizioni di vantaggio che l'ordinamento veniva via via a porre con le Dichiarazioni dei diritti (1776)<sup>48</sup>.

Altri hanno individuato l'"idea madre" dei diritti individuali enunciati nelle dichiarazioni del XVIII sec. nella libertà di religione, che i cittadini europei vollero affermare per prima in ragione delle sanguinose persecuzioni e guerre di religione che avevano caratterizzato i secoli precedenti<sup>49</sup>. Il riconoscimento della libertà di religione<sup>50</sup> ha così non solo preceduto ma più propriamente determinato quello degli altri diritti individuali (di domicilio, stampa, associazione...) che si sono detti nella prima «contenuti in potenza», e questo perché esso ha consentito di segnare un «circolo

---

diritto, Milano, 1954, XXX ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, vol. VIII, t. 2, Milano, 1995, XXX ss.; ID., *Proprietà e possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, vol. I, Milano, 2008, 295 ss.; U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, XXX ss.; ID., *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, 2000, XXX ss.; E. CATERINI, *Proprietà*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, 3 ss.; J.W. ELY, *The guardian of every other right: a constitutional history of property rights*, New York – Oxford, 2008, 3<sup>a</sup> ed., 10 ss.; M. DAVIES, *Property. Meanings, histories, theories*, Oxon, 2007, 49 ss.; J. WATSON HAMILTON, *Different Views of the Cathedral: The Literature on Property Law Theory*, in *Property and the Law in Energy and Natural Resources*, edited by A. McHarg, B. Barton, A. Bradbrook, L. Godden, Oxford, 2010, 19 ss.

<sup>48</sup> Cfr. ancora A. de TOCQUEVILLE, *op. ult. cit.*, 512: «in ogni secolo si trova un fatto singolare e dominante, al quale gli altri si collegano, che dà quasi sempre origine a un'idea madre o a una passione principale, che finisce per attrarre nel suo cammino tutti i sentimenti e tutte le idee, come un gran fiume raccoglie in sé tutti i ruscelli circostanti». Cfr. da ultimo J. RIFKIN, *Il sogno europeo*, Milano, 2004, 147: «Nel Settecento un cittadino della Virginia, Arthur Lee, sintetizzò l'alta considerazione con cui, su entrambe le sponde dell'Atlantico, era tenuta la proprietà, dichiarando: "Il diritto di proprietà è il custode di ogni altro diritto, e privarne le persone significa deprivarle della loro libertà"».

<sup>49</sup> Sulla "storia della tolleranza", da ultimo: M.L. LANZILLO, *Dalla tolleranza al multiculturalismo*, in *Paura dell'Altro. Identità occidentale e cittadinanza*, a cura di F. Bilancia, F.M. Di Sciullo e F. Rimoli, Roma, 2008, 143 ss.; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, cit., 19 ss.; R.H. BAINTON, *The Travail of Religious Liberty* (1951), trad. it. *La lotta per la libertà religiosa*, Bologna, rist. 1999, XXX ss. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality* (2008), trad. it. *Libertà di coscienza e religione*, Bologna, 2009, XXX ss.

<sup>50</sup> Sulla libertà di religione è di particolare interesse il dibattito tra John Rawls e Jürgen Habermas sul ruolo della religione nella sfera pubblica, ricordato da ultimo da I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Napoli, 2011, 114 e spec. nt. 101, ove si richiamano fra gli altri: J. RAWLS, *Political liberalism* (1993), trad. it. *Liberalismo politico*, a cura di S. Veca, Milano, 1994, 53 ss.; D. DOMBROWSKI, *Rawls and Religion*, Albany, 2001, 3 ss.; J. HABERMAS, *Religion in der Öffentlichkeit* (2005), trad. it. *La religione nella sfera pubblica. Presupposti cognitivi dell' "uso pubblico della ragione" da parte dei cittadini credenti e laicizzati*, in ID., *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, 2006, XXX ss.; ID., *Die Zukunft der menschlichen Natur - Auf dem Weg zur liberalen Eugenetik?* (2001), trad. it. *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, 2002, XXX ss.; R. AUDI – N. WOLTERSTOFF, *Religion in the Public Square. The Place of Religious Convictions in Political Debate*, Lanham, 1997, 1 ss.; P. WEITHMANN, *Religion and the Obligation of Citizenship*, Cambridge, 2002, 8 ss.

intangibile» riservato alla libertà dell'individuo nei suoi rapporti con lo Stato, che dal credo religioso si è aperto agli altri ambiti di manifestazione della personalità<sup>51</sup>.

La libera circolazione dei cittadini sembra svolgere il medesimo ruolo di “idea madre” nell'ordinamento dell'Unione europea, poiché ne fonda il carattere giuridico nei rapporti con gli *individui* che grazie alla tutela prevista per la libertà di circolare negli Stati membri sono posti nella condizione di apprezzare personalmente gli effetti giuridici diretti dell'ordinamento dell'Unione europea - altrimenti e spesso avvertito come lontano ed estraneo ai rapporti individuali - riconoscendone dunque l'effettiva giuridicità<sup>52</sup>.

Il diritto di circolazione è una posizione giuridica soggettiva che il diritto dell'Unione riconosce inizialmente ai soli lavoratori, poi, come si è visto, a tutti i cittadini, configurando un diritto individuale il cui godimento è diretto e generalizzato in un ordinamento pur sovranazionale. L'effetto è rafforzato dall'affermazione di una serie di ulteriori diritti che nella libera circolazione trovano la propria ragione istitutiva.

Il diritto di circolare liberamente nel continente europeo - e quindi al di fuori dei confini nazionali - non è nuovo per gli ordinamenti dei paesi membri: si è ricordato come la circolazione tra uno Stato e l'altro fosse effettiva nel XIX secolo e come la fissazione di severe condizioni di chiusura dei confini nazionali risalga soltanto alla prima metà del XX sec.<sup>53</sup>.

Progressivamente da esso derivano ulteriori posizioni giuridiche soggettive, che alla libertà di circolare sono funzionali o strettamente correlate. La definizione di una tutela

---

<sup>51</sup> Cfr. G. JELLINEK, *System der subjectiven öffentlichen Rechte* (1892, 1905), trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, 106; F. RUFFINI, *Corso di diritto ecclesiastico italiano, La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Torino, 1924, 120-121 e anche 184-185; ID., *La libertà religiosa, Storia dell'idea*, Torino, 1901, rist. Milano, 1967, 176. Cfr. A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961, 131 ss.; M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 167 ss.; Id., *Libertà*, Bologna, 1999, XXX ss.; J. LUTHER, *L'idea dei diritti fondamentali nel protestantesimo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1991, 329 ss.

<sup>52</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *I “diritti” tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 715 ss.: «Secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, [i diritti] non vengono in rilievo soltanto quali situazioni giuridiche soggettive, ma soprattutto quali tratti caratterizzanti che innervano l'ordinamento comunitario nel suo profilo oggettivo: la Comunità – si afferma – non considera dunque i “diritti” quali riflessi sul soggetto delle norme di diritto oggettivo, ma, al contrario, parte dai “diritti” per costruire sé stessa ed il proprio ordinamento normativo».

<sup>53</sup> J. SCHIEFER, *Il mercato del lavoro in Europa : libera circolazione e migrazione dei lavoratori*, Milano, 1961, XXX, ove si ricorda in particolare la l. 12 ottobre 1867 della Federazione Nord Tedesca (e poi del Reich) che escludeva l'obbligo del passaporto per gli stranieri (fatta eccezione per i lavoratori stagionali provenienti dalla Polonia); da ultimo nello stesso senso: T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Bologna, 2001, 46.

giuridica europea del diritto di circolare favorisce il riconoscimento allo stesso livello di tali diritti ulteriori a beneficio di coloro che del primo abbiano fatto esercizio.

Non è possibile nell'economia del presente lavoro affrontare – neppure incidentalmente – la complessa questione della rilevanza giuridica o dei limiti entro i quali è meritevole una tutela<sup>54</sup> dei diritti, neppure con specifico riferimento alle posizioni soggettive accordate ai cittadini europei, per i quali è noto l'iniziale ancoraggio a un elemento di transnazionalità, che è ritenuto inesistente ove la tutela risulti circoscritta a “situazioni puramente interne” all'ordinamento di origine del cittadino, a protezione di chi non abbia affatto circolato in ordinamenti di altri Stati membri<sup>55</sup>. Nel tempo si è talora ritenuta sufficiente una transnazionalità anche solo “potenziale”<sup>56</sup>, o ancora si è affermato un definitivo superamento del limite originario<sup>57</sup>.

Appare qui sufficiente sottolineare che la rilevanza delle norme poste dall'ordinamento dell'Unione Europea per gli ordinamenti degli Stati membri trova riscontro anche con riferimento al diritto di circolazione del cittadino europeo<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Per tutti nella dottrina italiana: G. GORLA, *Il contratto*, XXX.

<sup>55</sup> Cfr. da ultimo: C. giust. UE, 7 giugno 2012, C-27/11, *Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*; C. giust. UE, 21 dicembre 2011, C-482/10, *Cicala c. Regione Siciliana*; C. giust. UE, 22 dicembre 2010, C-245/09, *Omalet NV c. Rijksdienst voor Sociale Zekerheid*; C. giust. CE, 16 dicembre 2004, C-293/03, *My c. Office National des Pensions (ONP)*. Cfr.: G. VESPERINI, *Vincolo europeo e diritti nazionali*, cit., 88 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, 265 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010, 27 ss.; A. TRYFONIDOU, *Reverse Discrimination in EC Law*, 2009, The Netherlands, 3 ss.; S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 162 ss.; A. ILIOPOULOU, *op. ult. cit.*, 267 ss.; N. NIC SHUIBHNE, *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On ?*, in *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39(4), 731 ss.; M. POIARES MADURO, *The Scope of European Remedies: the Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination*, in *The Future of Remedies in Europe*, edited by C. Kilpatrick, T. Novitz, P. Skidmore, Oxford and Portland, Oregon, 2000, 117 ss.

<sup>56</sup> Cfr. C. giust. CE, 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello c. Regno del Belgio*.

<sup>57</sup> Cfr. C. giust. UE, 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, relativa al diniego di permesso di soggiorno opposto a cittadino colombiano emigrato in Belgio i cui figli avevano acquisito la cittadinanza belga.

<sup>58</sup> Per la protezione prevista negli ordinamenti internazionali per lo *status* di cittadino: Dichiarazione dei diritti dell'uomo (ONU, 1948): art 15. «1. Ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza. 2. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza». Nell'ordinamento italiano il riferimento è all'art. 22 Cost.: «Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome»; per la Spagna: Art. 11, co. 2°, Cost., «*Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad*»; per la Germania: art. 16, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: «La cittadinanza germanica non può essere tolta. La perdita della cittadinanza può avvenire soltanto in base ad una legge e, contro la volontà dell'interessato, solo se questi non divenga in conseguenza apolide»; per la Polonia, art. 34, co. 2°, Cost.: «Un cittadino polacco non può perdere la cittadinanza polacca, salvo il caso di rinuncia».

La tutela del diritto di circolazione e soggiorno ha determinato l'affermazione per cui gli Stati membri possano legittimamente privare della cittadinanza nazionale il proprio cittadino - che abbia circolato - osservando non solo le norme nazionali ma anche quelle dell'ordinamento dell'Unione<sup>59</sup>, anzitutto il principio di proporzionalità<sup>60</sup>, proprio in ragione dell'attribuzione della cittadinanza europea che presuppone quella nazionale.

Perché la circolazione del cittadino europeo avvenga in effettive «condizioni di dignità»<sup>61</sup> occorre che a questi siano riconosciuti «almeno certi diritti politici, e

---

<sup>59</sup> Cfr. E. PATAUT, *Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, 619 : «au droit de chacun des États de déterminer ses propres nationaux; au droit de l'Union le soin d'en tirer des conséquences quant à la citoyenneté de l'Union».

<sup>60</sup> Ad es. consentendo all'interessato di optare per la cittadinanza di un altro paese membro: C. giust. UE (grande sezione), 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann c. Freistaat Bayern*; cfr. anche C. giust. CE, 7 luglio 1992, C-369/90, *Micheletti*. Cfr. F. MARCHADIER, *L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue critique de droit International privé*, 2012, 61 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, cit., 251 ss.; E. PATAUT, *op. ult. cit.*, 617 ss. Sul principio di proporzionalità da ultimo: C. giust. UE, 8 luglio 2010, C-343/09, *Afton Chemical Limited c. Secretary of State for Transport*; C. giust. UE, 29 giugno 2010, C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*; C. giust. UE, 24 giugno 2010, C-375/08, *Luigi Pontini e a.*; C. giust. UE, 8 giugno 2010, C-58/08, *Vodafone LTD e a. c. Secretary of State Business, Enterprise and Regulatory Reform*; C. giust. UE, 20 maggio 2010, C-365/08, *Agrana Zucker GmbH c. Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*; C. giust. UE, 16 marzo 2010, C-325/08, cit.; C. giust. UE, 21 gennaio 2010, C-311/08, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) c. Regno del Belgio*; C. giust. CE, 7 luglio 2009, C 558/07, *S.P.C.M. SA, e a. c. Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*; C. giust. CE, 7 luglio 2009, C-369/07, *Commissione c. Repubblica ellenica*; C. giust. CE, 11 giugno 2009, C 33/08, *Agrana Zucker GmbH c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*; C. giust. CE, 19 maggio 2009, C-531/06, *Commissione c. Repubblica italiana*; C. giust. CE, 19 maggio 2009, C-171/07 e C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes, e a. c. Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*. Cfr.: S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 110 ss.; A. BARAK, *Proportionality and Principled Balancing*, in *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Issue 1, 2010, 1 ss.; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2ème ed., Bruxelles, 2009, 36 ss.; D.U. GALETTA, *Le principe de proportionnalité, in Droit administratif Européen*, cit., 357 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 74 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità, in L'ordinamento europeo, vol. II, L'esercizio delle competenze*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2006, 225 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 19 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 157 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 108 ss.; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, London, 1996, 115 ss.

<sup>61</sup> Reg. UE n. 492/2011, cit., Considerando n. 6. Sulla dignità dell'uomo cfr. da ultimo: G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, cit., 1077 ss.; G. SILVESTRI, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, *ivi*, 1179 ss.; L. CARLASSARE, *Dignità della persona e libertà di cura*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli, 2011, 567 ss.; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, *ivi*, 43 ss.; P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana, in La tutela della dignità dell'uomo*, a cura di E. Ceccherini, Napoli, 2008, XXX ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella costituzione repubblicana*, Torino, 2011, XXX ss.; ID., *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione Repubblicana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, Napoli, 2011, 2661 ss.; ID., *Dignità dell'uomo, diritti sociali e tutela dell'immigrato*, in *Paura dell'Altro*, cit., 319 ss.; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 3123 ss.; A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino, 2008, 1 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, in *Dizionario sistematico di Diritto costituzionale*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2008, 381 ss.; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Bari-Roma, 2009, XXX ss.; E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport, 2002, XXX ss. Si rinvia inoltre a A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione: L'esperienza*

amministrativi, in qualsiasi paese dell'Unione si trovi di fatto a soggiornare», ove il riconoscimento intende consentire una partecipazione minima e un'integrazione possibile nella società in cui il cittadino europeo abbia scelto di risiedere, con l'effetto di favorire la circolazione sul territorio dell'Unione<sup>62</sup>.

Nella libertà di circolazione e soggiorno si è perciò individuata la ragione giuridica di buona parte delle posizioni soggettive configurate dall'ordinamento dell'Unione europea come attributi della cittadinanza: non solo di quelle espressamente riconosciute dai Trattati, ma anche di quelle – ancor più numerose – riconosciute in via interpretativa. Posizioni soggettive che storicamente si sono affermate perché favoriscono la libera circolazione e il soggiorno e che oggi costituiscono lo “*status*” di cittadino europeo<sup>63</sup>, da intendersi nel senso tradizionale come una qualità attributiva di una serie di diritti e doveri tra i quali viene ad annoverarsi lo stesso diritto di libera circolazione.

Tra esse si ricorda anzitutto il diritto di “incolato” che dalla libertà di circolazione si distingue perché protegge non il diritto di spostamento *all'interno* dell'Unione, ma quello del cittadino europeo a non essere allontanato *verso territori extra europei*<sup>64</sup>.

---

*statunitense*, Milano, 1974, XXX ss. Con specifico riguardo all'ordinamento europeo: P. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di M. Siclari, Torino, 2003, 43 ss.; F. POLITI, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo*, vol. I, *I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2006, 43 ss.; R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2005, 63 ss.; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 86 ss.; M. OLIVETTI, *Art. 1. Dignità umana*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto, Bologna, 2001, 45 ss.; F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S.P. Panunzio, Napoli, 2005, XXX ss.

<sup>62</sup> Cfr. M. BARBERIS, *L'Europa del diritto*, cit., 209, ove si individua nel diritto di circolazione e soggiorno il “principio fondamentale” di tutti i diritti collocati nel Titolo V della Carta di Nizza; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, cit., 47 ss., ove si offre una panoramica dei diritti dei cittadini europei nei confronti delle istituzioni dell'Unione e dei paesi membri ricordando come essi siano «nati, originariamente, soprattutto per completare il principio di libera circolazione».

<sup>63</sup> Sulla nozione di “*status*” si vedano fra molti: G. MIELE, *Principii di diritto amministrativo*, I, Padova, 1966, 65 ss.; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, Bologna, 2005, 163 ss.; P. RESCIGNO, *Status (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, vol. XXX, 1 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 197 ss.; L. LENTI, *Status*, in *Dig. disc. civ.*, Torino, 1999, vol. XIX, 29 ss.; B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1998, XXX ss.; G. ALPA, *Status e capacità : la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari-Roma, 1993, XXX ss. Da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Milano, 2009, 149.

<sup>64</sup> Cfr. C. giust. CE, 26 novembre 2002, C-100/01, *Ministre de l'Intérieur c. Oteiza Olazabal*. Per una ricostruzione degli (scarsi) limiti posti dall'ordinamento internazionale al potere degli Stati di escludere gli stranieri dal proprio territorio, derivanti in particolare dal diritto al rispetto della vita familiare (art. Conv. Eur. Dir. Uomo), dal divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3), dalle esigenze del commercio internazionale: C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 797 ss. Cfr. anche M.

Diritto di incolato che già gli ordinamenti degli Stati membri correlano strettamente a quello di libera circolazione configurandolo come il diritto del cittadino a non essere espatriato contro la propria volontà e a rientrare in qualsiasi momento<sup>65</sup>. L'ordinamento dell'Unione offre tutela all'"incolato europeo" ove si è affermata l'illiceità di provvedimenti di espulsione pronunciati nei confronti delle persone (extracomunitarie) da cui il cittadino europeo è inseparabile perché gli offrono un mantenimento non occasionale, anche ove si siano applicate norme nazionali di per sé non in contrasto con quelle europee<sup>66</sup>.

---

CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, cit., 818; G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 890.

<sup>65</sup> Il diritto di incolato è riconosciuto dalle stesse norme costituzionali che tutelano la libera circolazione, in Italia con l' art. 16, co. 3°, Cost.: «Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge»; in Spagna con l'art. 19, co. 2°, Cost.: «*Asimismo, [los españoles] tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos*»; in Grecia con l'art. 5, par. 4°, Cost., (cit. *supra* in nt. 1); in Portogallo con l'art. 44, co. 2°, Cost.: «*A todos [os cidadãos] é garantido o direito de emigrar ou de sair do território nacional e o direito de regressar*»; in Polonia con l'art. 52, co. 4°, Cost.: «Un cittadino polacco non può essere espulso dal paese né può essergli impedito il rientro»; in Romania con l'art. 25, co. 2°, Cost.: «A ogni cittadino è garantito il diritto di stabilire il proprio domicilio o residenza ovunque nel paese, di emigrare e di ritornare nel proprio paese». Cfr. Corte cost., 10 luglio 1974, n. 244: «[...] il cittadino [...] ha diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo e non può esserne allontanato per nessun motivo. Di contro, lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni, e per lo più, per un periodo determinato, sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile». Cfr. G. BUNIVA, *Dei diritti civili e del loro godimento*, in P. ELLERO, *Archivio giuridico*, vol. III, Bologna, 1869, 73: «è inoltre unanimemente riconosciuto che allo straniero non spetta il diritto d'incolato, cioè di abitare nel Regno, e che il governo del Re può porlo al confine per provvedimento amministrativo. Gravi motivi d'ordine e di sicurezza rendono indispensabile questa facoltà nel governo». Il diritto di incolato è un "diritto politico", spesso indicato tra i contenuti essenziali – o «nucleo irriducibile» - della cittadinanza nazionale, in ragione della tendenza all'ampliamento del catalogo di diritti fondamentali dell'uomo in quanto tale: cfr. R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, cit., 53: «Lo Stato moderno non ha il diritto, pur avendone la capacità, di imporre l'uscita o impedire l'entrata ai propri cittadini»; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, cit., 32 ss.; C. AMIRANTE, *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. VI., Roma, 2003, 8; G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 756-757: «in ogni caso assolutamente inammissibile è l'espulsione a tempo indeterminato del cittadino dal territorio italiano»; M. MAZZIOTTI, *Espatrio (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 729 ss.

<sup>66</sup> C. giust. UE, 15 novembre 2011, C- 256/11, *Dereci c. Bundesministerium für Inneres*; C. giust. UE, 5 maggio 2011, C-434/09, *McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*; C. giust. UE, 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*; C. giust. CE, 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen c. Secretary of State for the Home Department*; C. giust. CE, 25 luglio 2008, C-127/08, *Metock e a. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*. Cfr. D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 40 ss.; D. MARTIN, *Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité*, cit., 339 ss.; S. PLATON, *Le champ d'application des droits de citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci, De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, 23 ss.; A. WIESBROCK, *Union Citizenship and the Redefinition of the "Internal Situations" Rule: The Implications of Zambrano*, in *12 German Law Journal*, (2011), 2077 ss.; C. BERNERI, *Le pronunce «Zambrano» e «McCarthy»: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari Sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini europei*, in *Quad. Cost.*, 2011, 696 ss.; F. VECCHIO, *Il caso «Ruiz Zambrano» tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 1249; F. DINELLI, *Le*

Il diritto di circolazione e soggiorno interagendo con lo *status* di cittadinanza europea<sup>67</sup> fonda altri diritti che hanno la caratteristica di essere propri delle “tradizioni costituzionali comuni” ai paesi membri<sup>68</sup>, sia nella versione “minima” delle dichiarazioni dei diritti sette - ottocentesche, sia in quella dei sistemi di *welfare state*: il diritto alla conservazione e utilizzazione del proprio nome (diritto all’identità) che si ritrova nel riconoscimento del diritto del cittadino che abbia circolato a utilizzare il cognome acquisito secondo l’ordinamento giuridico di un altro Stato membro<sup>69</sup>, il diritto a condurre un’esistenza dignitosa<sup>70</sup>, al “rispetto della propria vita familiare”<sup>71</sup>, e ancora

---

*appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, cit., 271 ss.

<sup>67</sup> A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination*, cit., 40: l’evoluzione della libertà di circolazione delle persone coincide con la formazione «*d’un statut de ressortissant communautaire, présageant celui de citoyen européen*».

<sup>68</sup> Art. 6, § 3, TUE. Per l’utilizzazione della nozione nella giurisprudenza europea cfr. da ultimo: *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*; C. Giust. C. giust. UE, 28 aprile 2011, C- 61/11 PPU, *El Dridi*; C. giust. UE, 22 dicembre 2010, C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*. Cfr. da ultimo: J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e «costituzionalizzazione» della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 539 ss.; A. IANNIELLO SALICETI, *Il significato delle tradizioni costituzionali comuni nell’Unione europea*, in *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, a cura di G. Rolla, Milano, 2010, 139 ss.; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 52 ss.; M. CARTABIA, “*Unita nella diversità*”, *il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Una Costituzione per l’Unione europea*, cit., 185 ss.; A. RUGGERI, *Rapporti tra corte costituzionale e corti europee, bilanciamenti interordinamentali e «controlimiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Riv. Ass. It. Cost. (AIC)*, 1/2011 ; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 17 ss. e 179 ss.

<sup>69</sup> Il dovere di riconoscere e utilizzare i documenti di identità degli altri Stati membri si pone come titolo giuridico a sanzione dell’illiceità di un diniego di consentire l’utilizzazione di un cognome acquisito in un altro Stato membro: C. giust. UE, 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, relativa a cittadina austriaca residente in Germania cui le autorità austriache rettificano il cognome acquisito con l’adozione da un cittadino tedesco per contrasto con la legge sull’abolizione dei titoli nobiliari; C. giust. CE, 14 ottobre 2008, *Grunkin e Paul c. Standesamt Niebüll*, relativa a un cittadino tedesco registrato nel paese di nascita (Danimarca) con il cognome di entrambi i genitori, che le autorità tedesche si rifiutano di riconoscere; C. giust. CE, 2 ottobre 2003, C-148/02, cit. È illecito anche il diniego di utilizzare una particolare grafia per il proprio nome (es. v al posto di w): C. giust. CE, 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija*. Cfr. C. HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell’ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, in *Diritto al nome e all’identità personale nell’ordinamento europeo*, a cura di C. Honorati, Milano, 2010, 3 ss.; G. ROSSOLILLO, *La legge applicabile al nome alla luce delle convenzioni internazionali e dei principi comunitari*, *ivi*, 91 ss.; L. TOMASI, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, *ivi*, 111 ss.; A. ILIOPOULOU, *What’s in a name?, Citoyenneté, égalité et droit au nom. A propos de l’arrêt Garcia Avello*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2004, 559 ss.

<sup>70</sup> Che risulta compromesso dall’espulsione dal territorio dell’Unione dei familiari che provvedono al sostentamento del cittadino europeo: cfr. *supra*, nt. XX.

<sup>71</sup> Art. 8, Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il diritto alla vita familiare è «principio generale del diritto comunitario», per tutte: C. giust. CE, 27 aprile 2006, C-441/02, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*. Cfr.: A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 5 ss.; M. GNES, *Il diritto comunitario ed i limiti nazionali al ricongiungimento familiare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 13 ss.; S. NINATTI, *Il diritto alla vita familiare all’esame della Corte di Giustizia*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2009, XXX ss.; M. LUGHEZZANI, *Libera circolazione e politiche nazionali di controllo dell’immigrazione. Il caso del ricongiungimento dei familiari extracomunitari di cittadini UE*, in *Lav. dir.*, 2009, 613 ss.; R. FERNHOUT,

a vedersi attribuite alle stesse condizioni dei cittadini nazionali le prestazioni di assistenza sociale<sup>72</sup> (sovvenzioni per l'acquisto della proprietà immobiliare<sup>73</sup>, sussidi alla formazione<sup>74</sup>, prestiti convenzionati per studenti<sup>75</sup>, e così via), specie ove il relativo riconoscimento sia subordinato a requisiti indirettamente discriminatori tra cui innanzi tutto la residenza<sup>76</sup>.

Altre posizioni soggettive possono invece apparire di minore rilievo come il diritto a non avere trattamenti discriminatori in materia tributaria o fiscale<sup>77</sup> o ancora quello alle

---

*Recent Case Law on Social Benefits and Family Reunification*, in *Rethinking the Free Movement of Workers: the European Challenges Ahead*, edited by P. Minderhoud and N. Trimikliniotis, Nijmegen, The Netherlands, 2009, 87 ss.; J. HANDOLL, *The Metock Case. Union Citizenship, Family Reunion and the Abuse of Rights*, *ivi*, 173 ss.; R. NUNIN, *Libertà di circolazione dei lavoratori e diritti del familiare cittadino extracomunitario*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 817 ss.; E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio tra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 347 ss.; P. STRATOTI, *Cittadinanza dell'Unione europea e libera circolazione dei familiari del lavoratore migrante*, in *Giust. civ.*, 2004, 12, 553 ss.

<sup>72</sup> La pronuncia capostipite in tema è C. giust. CE, 12 maggio 1998, C-85/96, *Maria Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, su un'indennità di educazione per i figli negata a cittadina spagnola residente in Germania; cfr. anche C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk c. Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, su un diniego di prestazione finanziaria a uno studente, ove si afferma che il diritto dell'Unione «non esclude una certa solidarietà finanziaria tra cittadini comunitari» purché essi non divengano un peso «irragionevole» per i paesi di destinazione; C. giust. CE, 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, sul diniego del reddito minimo garantito a un cittadino francese legalmente residente in Belgio. Cfr. da ultimo: S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa, I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, XXX ss.; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination*, *cit.*, 68 ss.; ID., *Citoyenneté européenne et principe de non discrimination*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, 51 ss.; P. MINDERHOUD, *Free Movement, Directive 2004/83 and Access to Social Benefits*, in *Rethinking the Free Movement of Workers: the European Challenges Ahead*, *cit.*, 69 ss.; S. GAMBINO, *Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria*, in *Quad. cost.*, 2003, 67; E. MENICETTI, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 851-852; M. PROTTO, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern e la cittadinanza europea*, *ivi*, 881 ss.

<sup>73</sup> C. giust. CE, 17 gennaio 2008, C 152/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, sull'attribuzione di sovvenzioni per l'acquisto della proprietà immobiliare con riserva a contribuenti soggetti a obbligo fiscale illimitato e purché utilizzato per costruire o acquistare un'abitazione sul territorio nazionale. Cfr. anche C. giust. CE, 26 ottobre 2006, C-345/05, *Commissione c. Portogallo*.

<sup>74</sup> C. giust. CE, 23 ottobre 2007, C-11/06 e C 12/06, *Morgan c. Bezirksregierung Köln, e Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, sul diniego di una borsa di studio opposto a cittadine nazionali che intendevano frequentare formazioni all'estero.

<sup>75</sup> C. giust. CE, Grande Sezione, 15 marzo 2005, C-209/03, *Bidar c. London Borough of Ealing*: la situazione di un cittadino dell'Unione che soggiorna legalmente in un altro stato membro rientra nel campo d'applicazione *ratione materiae* del Trattato alla luce dell'art. 149 TCE.

<sup>76</sup> Cfr. da ultimo F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, *cit.*, 188 ss. e 329 ss.

<sup>77</sup> Contrasta con il diritto di circolazione dei cittadini l'applicazione di un trattamento fiscale sfavorevole per aver circolato: C. giust. CE, 9 novembre 2006, C-520/04, *Turpeinen*; C. giust. CE, 29 aprile 2004, C-224/02, *Pusa c. Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö*. Per l'affermazione secondo cui «il Trattato non garantisce che il trasferimento delle proprie attività sia neutro sotto il profilo fiscale»: Corte giust. Ue, 15 settembre 2011, C-240/10, *Schulz-Delzers c. Finanzamt Stuttgart III*; C. giust. CE, 12 luglio 2005, C-403/03, *Schempp c. Finanzamt München V*. Cfr. S. KINGSTON, *The Boundaries of Sovereignty: The ECJ's Controversial Role Applying the Internal Market Rules to Taxation*, in *Cambridge Yearbook of European*

indennità per le vittime di guerra, che risulta all'evidenza correlato allo *status* di cittadino nazionale perché riconosciuto «in ragione dei servizi prestati alla Nazione»<sup>78</sup>.

Si deve riconoscere che in “quarant’anni di libera circolazione”<sup>79</sup> l’ordinamento dell’Unione ha elevato a principio fondante dei diritti soggettivi del cittadino europeo ciò che nella cultura costituzionale degli Stati membri è stato relegato ad “uno dei tanti” diritti soggettivi dei cittadini.

### 3. *La libera circolazione dei lavoratori: elemento costitutivo del mercato comune e diritto fondamentale degli individui.*

L’ordinamento giuridico dell’Unione continua a distinguere tra cittadini europei che sono lavoratori e coloro che non sono economicamente attivi, poiché, come si è anticipato, il Trattato afferma un diritto incondizionato alla libera circolazione soltanto per i primi, che si tratti di lavoratori subordinati (art. 45 TFUE), o di lavoratori autonomi (artt. 49, 56 e 57 TFUE). Al c.d. “*homo economicus*” il diritto secondario equipara i soli titolari del diritto di “soggiorno permanente”, secondo una *ratio* che valorizza il grado di integrazione nella società nazionale, atteso che esso è acquisito automaticamente dopo i 5 anni di residenza (dir. 2004/38, cit., art. 16)<sup>80</sup>.

Nell’ordinamento comunitario in origine non era evidente riconoscere una libertà fondamentale degli individui nel diritto di circolazione e soggiorno, poiché si riteneva

---

*Legal Studies*, Cambridge, 2007, 287: la tassazione diretta è «*one of the fundamental sacrosanct bastions of national sovereignty*».

<sup>78</sup> C. giust. CE, 26 ottobre 2006, C-192/05, *Tas-Hagen e Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, sul diniego di un’indennità della specie indicata opposto a cittadini olandesi residenti in Spagna; *contra* C. giust. CE, 16 settembre 2004, C-386/02, *Baldinger c. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*, ove il diniego di una pensione per ex prigionieri di guerra è opposto dalle autorità tedesche a cittadino austriaco che aveva prestato servizio nell’esercito tedesco durante la seconda guerra mondiale in ragione del difetto del requisito di cittadinanza nazionale.

<sup>79</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi*, Bruxelles, 13.7.2010, COM(2010)373 def., 2. Cfr. K. GROENENDIJK, *Forty Years of Free Movement of Workers: Has It Been a Success and Why?*, in *Rethinking the Free Movement of Workers: the European Challenges Ahead*, cit., 11 ss.

<sup>80</sup> R.C.A. WHITE, *Revising Free Movement of Workers*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 33, Issue 5, 2011, art. 10, 1565: «*Defining who is a worker and examining the benefits of having and retaining this worker status remain as important today as they were in the late 1980s*». Nella definizione del diritto di soggiorno permanente l’ordinamento dell’Unione mostra di (dir. 2004/38, cit., art. 16). Cfr.: M. ORLANDINI, *La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati*, cit., XXX ss.; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, cit., 439 ss..

che esso fosse unicamente un fatto giuridico utile alla definizione macroeconomica del mercato unico, di cui era considerato elemento di favore per la circolazione dei fattori produttivi: non solo le merci e i capitali, ma anche il lavoro inteso come prestazioni di servizio o più semplicemente come mera forza lavoro.

L'incontro di domanda e offerta dei fattori di produzione in un grande mercato comune consente la migliore allocazione delle risorse economiche, proteggendo lo spostamento della manodopera dalle zone di sottoccupazione a quelle in cui la corrispondente domanda ecceda<sup>81</sup>.

L'emergere della dimensione di libertà fondamentale del diritto di circolazione<sup>82</sup> come una posizione soggettiva che pertiene all'individuo - seppur ancora inteso come economicamente attivo<sup>83</sup> - richiama la tradizionale libertà di emigrazione riconosciuta negli ordinamenti giuridici nazionali sin dalle prime dichiarazioni dei diritti fondamentali<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Il paese fondatori maggiormente interessato alla libera circolazione dei lavoratori fu non a caso l'Italia, in cui sin registrava il più alto tasso di disoccupazione; altrettanto non a caso la piena attuazione del diritto fu rinviata sino al c.d. "boom economico" degli anni '60: F. WOLLENSCHLÄGER, *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, cit., 3; K. GROENENDIJK, *Forty Years of Free Movement of Workers: Has It Been a Success and Why?*, cit., 12.

<sup>82</sup> Cfr. Reg. CEE n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità*, Considerando n. 3, «considerando che la libera circolazione costituisce per i lavoratori e per le loro famiglie un *diritto fondamentale*; che la mobilità della manodopera nella Comunità dev'essere uno dei mezzi che garantiscano al lavoratore la possibilità di migliorare le sue condizioni di vita e di lavoro e di facilitare la sua promozione sociale, contribuendo nel contempo a soddisfare le necessità dell'economia degli Stati membri; che occorre affermare il diritto di tutti i lavoratori degli Stati membri di esercitare l'attività di loro scelta all'interno della Comunità», oggi codificata nel Reg. UE n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione*, Considerando n. 4. La proclamazione nei Trattati di finalità sociali quali il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della popolazione degli Stati membri e la relativa promozione sociale favorisce l'emergere della dimensione di diritto fondamentale della libertà di circolazione: cfr. Trattato Cee (1957), art. 2 e poi nella versione risultante dal Trattato di Maastricht (1992), ove si richiamano in particolare le finalità di promozione di «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale» e «il miglioramento del tenore e della qualità della vita». Sulla dimensione "sociale" del diritto europeo, fra molti: P. CRAIG, *Eu Administrative Law*, XX; M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Padova, 2009, 87.

<sup>83</sup> «[...] È considerato emigrante [...] ogni cittadino che espatrii *esclusivamente a scopo di lavoro manuale o per esercitare il piccolo traffico*, o vada a raggiungere il coniuge, ascendenti, discendenti, fratelli, zii, nipoti e gli affini negli stessi gradi, già emigrati a scopo di lavoro [...]» (R.d.l. 13 novembre 1919, n. 2205, *Testo unico dei provvedimenti sull'emigrazione e sulla tutela giuridica degli emigranti*, art. 10). Sulla nozione europea di "marketbürger": XXX

<sup>84</sup> Cfr. ad es. Costituzione dell'Impero tedesco (1849), § 136: «La libertà di emigrazione non è limitata per volontà dello Stato. Non si possono riscuotere tasse sull'emigrazione». Oggi cfr. In Italia art. 35, co. 4°, Cost.: «[La Repubblica] riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero»; in tema Corte cost., 16 dicembre 1986, n. 269, ove si evidenzia come l'affermazione di un tale diritto fondamentale segni una rottura rispetto all'ordinamento autoritario, che guardava con sfavore l'emigrazione di massa perché «le braccia e la mente

In tale configurazione essa è volta ad assicurare al singolo lavoratore le migliori condizioni per la sua realizzazione professionale con la scelta in tutto il mercato unico dell'occupazione maggiormente corrispondente alle sue inclinazioni e capacità in «condizioni obiettive di libertà e di dignità»<sup>85</sup>.

L'obiettivo di un'uniforme applicazione della libertà di circolazione e soggiorno ha portato l'ordinamento dell'Unione a fornire un'interpretazione europea di cosa si intenda per "lavoratore" - c.d. "nozione autonoma"<sup>86</sup> -, in realtà non lontana da quelle

---

dei cittadini devono essere a disposizione dello Stato». Per l'enunciazione della libertà di emigrazione in Portogallo, v. art. 44, co. 2°, Const.; in Romania art. 25, co. 2°, Cost. (citati entrambi *supra* in nt. 1). Sul progressivo riconoscimento della libertà di emigrare negli ordinamenti giuridici europei cfr. già V. GROSSI, *Emigrazione*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. IV, Milano, 1905, pt. II, 121 ss.; più di recente: P. CARRETTA, *Emigrazione (disciplina della)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 838-839; U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, cit., 85.

<sup>85</sup> Reg. UE n. 492/2011, cit., Considerando n. 6.

<sup>86</sup> È lavoratore «chiunque svolga, essendovi obbligato, un'attività a beneficio e sotto la direzione di un'altra persona, che gli imponga determinate prestazioni da compiere secondo le sue direttive e degli orari da osservare, dietro versamento di una retribuzione»: C. giust. CE, 11 settembre 2008, C-228/07, *Petersen c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitmarktservice Niederösterreich*; C. giust. CE, 17 luglio 2008, C-94/07, *Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung*, con nt. di S. BORELLI, *La nozione di "lavoratore" e l'efficacia dell'art. 39 Trattato Ce*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 225; C. giust. CE, 30 marzo 2006, C-10/05, *Mattern e Cikotic c. Ministre du Travail et de l'Emploi*; C. giust. CE, 6 novembre 2003, C-413/01, *Ninni-Orosche c. Bundesminister für Wissenschaft*; C. giust. CE, 8 giugno 1999, C-337/1997, *C.M.P. Meusen c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*; C. giust. CE, 26 febbraio 1992, C-357/89, *Raulin c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*; C. giust. CE, 31 maggio 1989, C-344/87, *Bettray c. Staatssecretaris van Justitie*; C. giust. CE, 19 marzo 1964, C-75/63, *Unger in Hoekstra c. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*. L'interpretazione elaborata in sede di applicazione dell'art. 45 TFUE è stata capace di influenzare altri settori in cui sono perseguiti obiettivi di armonizzazione degli ordinamenti nazionali, come in tema di pari opportunità (art. 157 TFUE): Dir. 2006/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, *riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego* (rifusione), art. 6, applicabile a tutta la «popolazione attiva», compresi lavoratori autonomi, lavoratori la cui attività è interrotta per malattia, maternità, ecc., persone in cerca di lavoro, pensionati, invalidi, e loro aventi causa; cfr. C. giust. CE, C-256/01 del 2004, cit.; in materia di tutela della salute e sicurezza dell'ambiente di lavoro, orari, e così via; in tema di previdenza sociale, ove la disciplina posta è strumentale all'effettività del diritto di circolazione e soggiorno (art. 48 TFUE): Reg. CE n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, *relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, applicabile ai «cittadini di uno Stato membro, agli apolidi e ai rifugiati residenti in uno Stato membro *che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri*, nonché ai loro familiari e superstiti», a prescindere dall'esistenza di un rapporto di lavoro e dai caratteri di tale rapporto; il previgente Reg. n. 1408/71, cit., art. 1, si riferiva a «qualsiasi persona coperta da assicurazione obbligatoria o facoltativa continuata contro uno o più eventi corrispondenti ai settori di un regime di sicurezza sociale»; cfr. M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., 152, ove si evidenzia un «processo di universalizzazione soggettiva delle norme di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale». La nozione presupposta dall'art. 45 TFUE «potrebbe rivestire valenza generale e costituire la chiave di lettura» di altre norme: S. MARETTI, *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro, La nozione di datore di lavoro, lavoratore e rappresentanze dei lavoratori*, Torino, 2003, 153. In altri ambiti di disciplina si rinvia direttamente agli ordinamenti dei singoli Stati membri, specie ove si voglia assecondare un mero coordinamento delle discipline nazionali (art. 156 TFUE): Dir. 2001/23/Ce del Consiglio del 12 marzo 2001 *concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti*, art. 2, § 1, lett. d e § 2, ove il "lavoratore" è «ogni persona che nello Stato membro interessato è tutelata come tale nell'ambito del diritto nazionale del lavoro»; Dir. 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, *concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro*, art. 2, § 2: «La presente direttiva non

elaborate negli ordinamenti nazionali<sup>87</sup>, ove il rapporto di subordinazione è rilevato secondo la tecnica del “multiple test”, o “faisceau d’indices”<sup>88</sup>, che si appunta sulla ricerca di diversi elementi tra cui è preminente il potere di direttiva del datore di lavoro<sup>89</sup>.

---

pregiudica il diritto nazionale per quanto riguarda la definizione dei termini “lavoratore subordinato”...». Cfr. M. LUZZANA, *Nozione comunitaria di lavoratore subordinato e rinvio alla normativa degli Stati membri*, in *Orient. giur. lav.*, 1999, II, 84; S. GIUBBONI, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in *Il lavoro subordinato*, cit., Torino, 2009, 68 ss.

<sup>87</sup> La nozione europea di lavoratore è stata «ricavata alla luce di principi fondamentali comuni ai diversi contesti europei»: L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2008, 100. La nozione giuridica europea non è molto diversa da quella dell’ordinamento italiano, ove il «prestatore di lavoro subordinato» è «chi si obbliga, mediante retribuzione a collaborare nell’impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore» (art. 2094 c.c.), né da quelle proprie degli ordinamenti inglese, francese e tedesco: A. JEAMMAUD – A. LYON-CAEN, *Lavoro nel diritto della Repubblica francese*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., vol. VIII, Torino, 1992, 278; W. DÄUBLER, *Lavoro nel diritto della Repubblica federale tedesca*, *ivi*, 260. Non rileva il fatto che gli ordinamenti nazionali utilizzino termini non coincidenti: in Italia “lavoratore” (artt. 35 e ss. Cost.; l. 20 maggio 1970, n. 300, “Statuto dei lavoratori”) ma anche “prestatore di lavoro subordinato” (art. 2094 c.c.); in Spagna “trabajador” (art. 35, Const.; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*); in Francia e Regno Unito “employé” (o “salarie”) e “employee” (rispettivamente: *Code du travail*, Art. L1111-1; *Employment Rights Act 1996*), ma anche “travailleur” o “worker” (rispettivamente: *Préambule de la Constitution* de 1946, art. 8; *Employment Rights Act 1996*, sect. 230); in Germania “arbeiter” e “angestellter” (operai e impiegati), riconducibili alla categoria unitaria dei “arbeitnehmer” (§ 622 *Bürgerliches Gesetzbuch*): cfr. G. CAVALIER – R. UPEX, *The Concept of Employment Contract in European Union Private Law*, 55 *Int’l & Comp. L.Q.*, 2006, 602 - 604.

<sup>88</sup> La tecnica del c.d. “multiple test”, o “faisceau d’indices” consiste nel ricercare più elementi reciprocamente indipendenti che possono costituire - ove compresenti - significativi “sintomi” della sussistenza *de facto* del rapporto: es. impegno a eseguire la prestazione personalmente, stabilità del rapporto, esclusività, soggezione a ordine e controllo del datore di lavoro per luogo di esecuzione della prestazione, orari e modalità, utilizzazione di strumenti e struttura messi a disposizione da questi, ecc.: A. SUPLOT, *Au-delà de l’emploi, Transformations du travail et devenir du droit de travail en Europe*, Paris, 1999, 39 ss.

<sup>89</sup> L’ordinamento dell’Unione considera specificamente oltre alla subordinazione l’onerosità della prestazione e il suo carattere “reale ed effettivo”. Sulla prima: C. giust. CE, C-268/99 del 2001, cit.; la qualità di lavoratore non è esclusa dal fatto che l’attività esercitata non assicuri un reddito idoneo costringendo l’interessato a ricevere altre risorse, dalla famiglia o dal sistema nazionale di assistenza (in tal caso purché non sia imposto un peso “eccessivo” al sistema nazionale di welfare): C. giust. CE, 23 marzo 1982, C-53/81, *Levin c. Segretario di Stato alla giustizia*; C. giust. CE, 3 giugno 1986, C-139/85, *Kempf c. Segretario di Stato alla giustizia*; C. giust. CE, 4 giugno 2009, C-22/08 e C-23/08, *Vatsouras e Koupatantze c. Arbeitsgemeinschaft*. La retribuzione non è definita nel suo ammontare minimo, nemmeno con rinvio al reddito minimo definito dai sistemi nazionali di assistenza, poiché gli Stati membri potrebbero servirsi di tale definizione per limitare la circolazione europea. Essa può consistere in prestazioni in natura, purché a carattere corrispettivo: C. giust. CE, 5 ottobre 1988, C-196/87, *Steyman c. Segretario di Stato alla giustizia*. Non è reale ed effettiva - ma “marginale ed accessoria” - un’attività prevista a fini di rieducazione o reinserimento, ad es. nell’ambito di un programma per tossicodipendenti: C. giust. CE, 31 maggio 1989, C-344/87, *Bettray c. Segretario di Stato alla giustizia*. Il carattere reale ed effettivo della prestazione non è escluso ove il rapporto di lavoro sia a tempo parziale: C. giust. CE, C-53/81 del 1982, cit.; C. giust. CE, 18 luglio 2007, C-213/05, *Geven c. Land Nordrhein-Westfalen*; o sia uno stage o tirocinio, purché il tirocinante abbia compiuto un numero di ore sufficienti a familiarizzarsi con il lavoro: C. giust. CE, sez. III, 10 dicembre 2009, C-345/08, *Pesla c. Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern*; C. giust. CE, 17 marzo 2005, C-109/04, *Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen*; C. giust. CE, C-10/05 del 2006, cit.; C. giust. CE, 26 febbraio 1992, C-3/90, *Bernini c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*. La prestazione è reale ed effettiva anche se nell’ambito di un rapporto di durata particolarmente breve: C. giust. CE, C-413/01 del 2003, cit.; o di un “contratto a chiamata”, salvo si riscontrino ritmo irregolare e durata limitata delle prestazioni: C. giust. CE, C-357/89 del 1992, cit. Cfr. M. CONDINANZI E B. NASCIBENE, *Cittadinanza e*

La libertà di circolazione e soggiorno del lavoratore postula l'eliminazione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità per quanto riguarda l'accesso all'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e, anche prescindere da eventuali trattamenti discriminatori, l'effettività del diritto di rispondere a offerte di lavoro, di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri, di prendervi dimora per svolgervi un'attività di lavoro e di rimanervi alla sua cessazione (art. 45, § 2 e 3 TFUE). Soltanto l'invocazione di un interesse pubblico preminente consente agli ordinamenti nazionali di limitare tale diritto, purché ciò avvenga nel rispetto del principio europeo di proporzionalità<sup>90</sup>.

Ne deriva l'illiceità di qualsiasi trattamento in violazione del principio di non discriminazione in ragione della nazionalità (art. 18 TFUE), secondo un costrutto che è sicuramente proprio all'ordinamento dell'Unione ma cui non risultano certo estranee le elaborazioni sviluppatesi negli ordinamenti nazionali con riferimento al sindacato sul principio di eguaglianza<sup>91</sup>. Il lavoratore è così protetto da qualsiasi trattamento

---

*libera circolazione delle persone*, cit., 122: hanno carattere reale ed effettivo le prestazioni che «rientrano di regola nel mercato del lavoro, nel senso che per esse esista una domanda e un'offerta».

<sup>90</sup> Occorre in particolare che l'interesse invocato risponda a lecite "esigenze imperative", siano assenti misure alternative e il sacrificio imposto non sia eccessivo: c.d. "Test di Gebhard" da C. giust. CE, 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*. Eventuali limitazioni del diritto di circolazione e soggiorno possono essere preordinata alla dimostrazione di un vincolo affettivo sufficientemente stretto con il territorio in cui il cittadino ha scelto di risiedere: C. giust. CE, 18 luglio 2007, C-213/05, *Geven c. Land Nordrhein-Westfalen*; o possono essere finalizzate a consentire controlli a sorpresa sul persistere dei requisiti presupposto di una provvidenza sociale: C. giust. UE, 18 luglio 2006, C-460/04, *De Cuyper c. Office national de l'emploi*. Evidenzia come il Trattato finisca per tutelare un diritto coincidente con quello «*known in national constitutional traditions, to pursue an economic activity without being unduly restricted by regulation*» (es. art. 41 Cost.): E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, cit., 109.

<sup>91</sup> Sul principio di eguaglianza e non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione europea cfr. da ultimo: S. SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, 2011, 97 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, 121 ss.; M. BARBERA, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, in *I diritti fondamentali in Europa*, a cura di E. Paciotti, Roma, 2011, 63 ss.; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 74-75; M. LOSANA, *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione Europea: modelli di riconoscimento, tecniche di realizzazione, strumenti di garanzia*, Napoli, 2010, 12 ss.; P. ZIOTTI, *Il principio di eguaglianza/non discriminazione nell'ordinamento comunitario, in relazione alla portata del principio nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, vol. III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, 1235 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Il principio di eguaglianza nell'Unione Europea*, in *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, a cura di A. Lucarelli - A. Patroni Griffi, Napoli, 2009, 255 ss.; P. CARETTI, *Uguaglianza e diritto comunitario*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Milano, 2009, 209 ss.; D. SCHIEK, V. CHEGE (eds.), *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, London and New York, 2009, XXX ss.; F. SORRENTINO, *La Costituzione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Pt. Generale, t. I, 40 ss.; L. AZZENA, *La costruzione del principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 1419 ss.; L. FERRAJOLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea*, a cura di A. Galasso, Milano, 2007, 20 ss.; A. ILIOPOULOU, *Le*

discriminatorio ingiustificato, che sia diretto (clausole di salvaguardia, precedenze, quote di lavoratori nazionali)<sup>92</sup>, o – come più spesso accade – indiretto, poiché distinguendo secondo «razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali» o altri elementi culturali o storici, determina un trattamento deteriore anche solo potenziale per un particolare gruppo nazionale, a prescindere dalla volontà storica del legislatore<sup>93</sup>.

---

*principe d'égalité et de non-discrimination*, in *Droit administratif européen*, cit., 435 ss.; C. AUBIN – B. JOLY, *De l'égalité à la non-discrimination: politique européenne et approche des inégalités en France*, in *Droit social*, 2007, 1295 ss.; O. DOYLE, *Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 3, 2007, 537 ss.; G. BRAGA, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo*, vol. I, cit., 299 ss.; D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire: Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, 2006, XXX ss.; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, 2003, XXX ss.; G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 1 ss.; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, XXX ss.; S. FREDMAN, *Equality: A New Generation?*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 30, No. 2, 2001, 145 ss.; F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della corte costituzionale e della corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 2001, 179 ss. Sul principio di eguaglianza in una prospettiva comparata: E. PALICI DI SUNI, *Il principio di eguaglianza*, in ID. (a cura di), *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione europea*, Padova, 2011, 279 ss.; N. BELLOUBET-FRIER, *Le principe d'égalité*, in *AJDA*, 1998, 152 ss.

<sup>92</sup> C. giust. CE, 4 aprile 1974, C-167/73, *Commissione c. Repubblica francese*, per la riserva dei ¾ dei posti sulle imbarcazioni francesi ai cittadini nazionali; C. giust. CE, 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa c. Siderurgica Gabrielli Spa*, sulla norma che impone che le operazioni di movimento delle merci nei porti siano riservate a imprese che impiegano cittadini italiani; C. giust. CE, 10 luglio 2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, sull'obbligo di sanzionare un imprenditore che aveva dichiarato di assumere solo operai autoctoni.

<sup>93</sup> Per una definizione di discriminazione diretta e indiretta cfr. Dir. 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, *che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*, art. 2, § 2: «a) sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari»; nello stesso senso: Dir. 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, *che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, art. 2, § 1. La discriminazione indiretta comprende ogni «*established patterns or regulatory or private behaviour that for cultural-historic reasons, work to the disadvantage of a given group*»: E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, cit., 20. Sull'origine della nozione nella giurisprudenza della Corte suprema americana e specialmente in 401 U.S. 424 *Griggs v. Duke Power Co.* (1971): D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 131 ss. In generale sul «diritto antidiscriminatorio», oltre ai riferimenti citati supra, in nt. 68, cfr. da ultimo: I. CASTANGIA, G. BIAGIONI, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2011, XXX ss.; B. MICOLANO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2009, XXX ss.; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, XXX ss.; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Bologna, 2009, XXX ss.; M. BELL, *Racism and Equality in the European Union*, Oxford, 2008, XXX ss.; C. FAVILLI, P. MONACO (a cura di), *Materiali per lo studio del diritto antidiscriminatorio*, Firenze, 2008, XXX ss.; M. BARBERA, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Milano, 2007, XIX ss.; E. ELLIS, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2005, XXX ss.

Atti o fatti non discriminatori ma che abbiano l'effetto di dissuadere i cittadini dall'esercizio del diritto di circolazione (c.d. *market access test*) sono da ritenersi illeciti ove frappongano ostacoli o semplicemente determinino per chi abbia circolato una situazione di svantaggio, che può essere direttamente correlata all'impiego (es. condizioni di esercizio della prestazione e di retribuzione), o relativa a un "vantaggio sociale o fiscale" normalmente attribuito al lavoratore<sup>94</sup> o ai familiari a suo carico<sup>95</sup>.

Ciò che più caratterizza il diritto di circolazione e soggiorno dei lavoratori nella sua dimensione di libertà fondamentale dell'ordinamento europeo è l'applicabilità a chi non ha in atto un rapporto di lavoro, specie ove si consideri come l'originaria disciplina si

---

<sup>94</sup> Reg. UE n. 492/2011, cit., art. 7, § 2. Le pronunce sui vantaggi sociali sono particolarmente numerose e riguardano benefici di diversa natura, per tutte: C. giust. UE, grande sezione, 17 gennaio 2012, C-347/2010, *Salemink c. Raad van bestuur* (sussidi di invalidità); C. giust. CE, 10 settembre 2009, C-269/07, *Commissione c. Repubblica federale di Germania* (premi previdenziali); C. giust. CE, 18 luglio 2007, C-212/05, *Hartmann c. Freistaat Bayern* (assegni parentali); C. giust. CE, 16 febbraio 2006, C-185/04, *Öberg c. Försäkringskassan, länskontoret Stockholm* e C-137/04, *Rockler c. Försäkringskassan* (assegni parentali); C. giust. CE, 7 settembre 2004, C-469/02, *Commissione c. Regno del Belgio* (indennità di interruzione carriera per congedo parentale); C. giust. CE, 16 settembre 2004, C-400/02, *Merida c. Repubblica federale di Germania* (indennità di disoccupazione); C. giust. CE, 20 giugno 2002, C-299/01, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo* (reddito minimo garantito); C. giust. CE, 30 settembre 1975, C-32/75, *Cristini c. SNCF* (riduzioni sui trasporti pubblici). Sono vantaggi sociali anche i sussidi per studi universitari, purché correlati al lavoro e salvo che l'interessato non si sia licenziato: C. giust. CE, 21 giugno 1988, C-39/86, *Lair c. Università di Hannover*. Sui vantaggi fiscali (spec. deduzioni e detrazioni di contributi previdenziali e assicurativi o altri redditi negativi): C. giust. CE, 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*; C. giust. CE, 13 novembre 2003, C-290/01, *Schilling e Fleck-Schilling c. Finanzamt Nürnberg-Süd*; C. giust. CE, 16 ottobre 2008, C-527/06, *Renneberg c. Staatssecretaris van Financiën*; C. giust. CE, 18 luglio 2007, C-182/06, *Granducato del Lussemburgo c. Lakebrink*; C. giust. CE, 23 aprile 2009, C-544/07, *Rüffler c. Dyrektor Izby Skarbowej we Wrocławiu Ośrodek Zamiejscowy w Walbrzychu*; C. giust. CE, 30 gennaio 2007, C-150/04, *Commissione c. Regno di Danimarca*.

<sup>95</sup> I figli del lavoratore hanno diritto a integrarsi nella società del paese di destinazione frequentandone gli istituti di insegnamento o formazione professionale, anche ove il genitore abbia smesso di lavorare e sia tornato nel paese di origine: Reg. UE n. 492/2011, cit., art. 10. Cfr. C. giust. UE (grande Sezione), 23 febbraio 2010, C-310/08, *London Borough of Harrow c. Ibrahim*; C. giust. UE (grande Sezione), 23 febbraio 2010, C-480/08, *Teixeira c. London Borough of Lambeth*; C. giust. UE, 21 gennaio 2010, C-462/08, *Bekleyen*; C. giust. CE, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast, R c. Secretary of State for the Home Department*; C. giust. CE, 11 aprile 1973, C-76/72, *Michel S. c. Fonds national de reclassement social des handicapés*.

rivolgesse ai soli lavoratori qualificati<sup>96</sup> e – contro all’attuale divieto di discriminazione in ragione dell’età – favorisse i più giovani<sup>97</sup>.

È così tutelato anche chi sia in cerca di lavoro, purché sia effettiva la ricerca e l’interessato abbia “buone” possibilità di essere assunto<sup>98</sup>, o gli studenti, la cui mobilità assume importanza ai fini della realizzazione del mercato unico quale strumento per la formazione di manodopera qualificata (art. 165 TFUE)<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> L’originaria affermazione della libertà di circolazione riguarda i soli lavoratori «di qualificazione confermata» del settore carbosiderurgico, cui è rilasciata una “carta di lavoro” che consente il riconoscimento delle qualifiche professionali a chi si sposta all’interno della Comunità europea del carbone e dell’acciaio: Trattato CECA (1952), art. 69, eseguito con l’Accordo sulla libera circolazione dei lavoratori dell’8 dicembre 1954. Cfr. A. MATTARELLA, *La libera circolazione dei lavoratori nella Comunità economica europea*, Milano, 1982, 36 ss.; C. LEGA, *La liberté de circulation des travailleurs dans les pays de la “Communauté européenne du Charbon et de l’Acier”*, Milano, 1957, 5 ss.

<sup>97</sup> Cfr. art. 50, TCEE (1957): «Gli Stati membri favoriscono, nel quadro di un programma comune, gli scambi di giovani lavoratori». La norma intendeva favorire la formazione di una “maestranza europea”: C. LEGA, *op. ult. cit.*, 16. Sull’abolizione delle discriminazioni in ragione dell’età: art. 10, TFUE; art. 21, Carta dir. fond. Un. eur.; Dir. 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000, cit., considerando nn. 11, 12, 25, 29 e artt. 1 e 6. Da ultimo: C. giust. UE (grande sez.), 13 settembre 2011, C-447/09, *Prigge e a. c. Deutsche Lufthansa AG*; C. giust. UE (grande sez.), 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*; C. giust. UE (grande sez.), 12 gennaio 2010, C-229/08, *Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*; C. giust. UE (grande sez.), 12 gennaio 2010, C-341/08, *Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*; cfr. da ultimo: E. BRIBOSIA, T. BOMBOIS, *Interdiction de la discrimination en raison de l’âge: du principe, des ses exceptions et de quelques hésitations*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, 41 ss.; A. TORRICE, *La discriminazione per età e il ruolo del giudice nazionale secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *L’integrazione attraverso i diritti, L’Europa dopo Lisbona*, Atti del I Workshop in Diritto dell’Unione europea e internazionale, Venezia, Palazzo Ducale, 26-27 marzo 2010, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Roma, 2010, 391 ss.; O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull’età*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit., 125 ss..

<sup>98</sup> Dir. 2004/38/CE, cit., art. 14, § 4, lett. b. Gli Stati membri sono tenuti a concedere ai c.d. “job seekers” un periodo minimo di soggiorno (tre mesi), il cui decorso non può essere addotto a ragione unica e sufficiente di un’espulsione, salvo si dimostri che sono divenuti un peso eccessivo per le casse nazionali: C. giust. CE, 26 febbraio 1991, C-292/89, *Antonissen c. Secretary State for Home Affairs*; C. giust. CE, 20 febbraio 1997, C-344/95, *Commissione c. Regno del Belgio*. Chi abbia presentato un’istanza per sussidi pubblici non diviene automaticamente un eccessivo peso per il sistema nazionale di assistenza, poiché occorre «esaminare se si tratta di difficoltà temporanee e tener conto della durata del soggiorno, della situazione personale e dell’ammontare dell’aiuto concesso»: Dir. 2004/38/CE, cit., considerando 16. La qualità di “job seeker” è esclusa ove l’interessato si trovi nell’ «impossibilità oggettiva» di trovare lavoro, perché inabile: C. giust. CE, 26 maggio 1993, C-171/91, *Tsiotras c. Landeshauptstadt*. In origine la parità di trattamento era limitata alle “condizioni di accesso all’impiego”: C. giust. CE, 18 giugno 1987, C-316/85, *Lebon c. Centre public d’aide social*. La tutela supera persino la lettera attuale del Trattato ove la libera circolazione è garantita solo nel caso di comprovata intenzione di rispondere a un’offerta di lavoro “effettiva”: cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi*, cit., § 2.3.

<sup>99</sup> L’azione dell’Unione è specificamente intesa a «favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti» (art. 165 TFUE). Cfr.: C. giust. UE, 14 giugno 2012, C-542/09, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*: un requisito di residenza prolungata sul territorio per la concessione di finanziamenti per studiare all’estero può essere giustificato dalla finalità di favorire la mobilità di studenti che normalmente studierebbero sul territorio nazionale; C. giust. UE, 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol, Chaverot c. Gouvernement de la Communauté française*; C. giust. CE, 13 febbraio 1985, C-293/83, *Gravier c. Città di Liegi*. Cfr.: A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non discrimination*, cit., 209 ss.; S. BORELLI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, cit., 636; M.P. BELLONI, *La libera circolazione dei lavoratori e il diritto all’istruzione superiore nella Comunità europea*, Padova, 1995, 130 ss.

Alcuni effetti inoltre si producono anche ove la condizione di lavoratore sia cessata (c.d. “*right to remain*”<sup>100</sup>): per pensionamento, disoccupazione involontaria<sup>101</sup> o temporanea inabilità<sup>102</sup>, oltre che a beneficio dei familiari nell’ipotesi di decesso dell’interessato<sup>103</sup>, con una garanzia comprensiva di tutte le prestazioni «la cui concessione dipenda dalla previa esistenza di un rapporto di lavoro»<sup>104</sup>.

#### 4. *I limiti alla libertà di circolazione dei lavoratori: impieghi nelle pubbliche amministrazioni (rinvio) e “public policy proviso”*

Due tipi di limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori sono ammessi espressamente dall’ordinamento dell’Unione europea: per gli «impieghi nelle pubbliche amministrazioni» (art. 45, § 4, TFUE), ove tuttavia sono coinvolti – come vedremo – i soli impieghi nelle pubbliche amministrazioni che coincidono con l’esercizio dei “pubblici poteri”<sup>105</sup>, e per «motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica» (c.d. “*public policy proviso*”, art. 45, § 3, TFUE)<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> Già riconosciuto dal Reg. (CEE) n. 1251/70 della Commissione, del 29 giugno 1970, *relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego*.

<sup>101</sup> C. giust. CE, C-413/01 del 2003, cit.: la disoccupazione non può considerarsi *ex se* volontaria nel caso di stipulazione di un rapporto sin dall’inizio a tempo determinato.

<sup>102</sup> Dir. 2004/38/CE, cit., art. 7, § 3

<sup>103</sup> Dir. 2004/38/CE, cit., artt. 12 e 17. Cfr. C. giust. CE, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*; C. giust. CE, 30 settembre 1975, C-32/75, cit.; C. giust. CE, 11 aprile 1973, C-76/72, cit.

<sup>104</sup> C. giust. CE, 21 giugno 1988, C-39/86, *Lair c. Università di Hannover*, sul diniego di un sussidio per gli studi universitari opposto ad una cittadina francese che aveva lavorato alcuni anni in Germania; C. giust. CE, C-228/07 del 2008, cit., sul diniego di una prestazione finanziaria per perdita del presupposto della residenza opposto a un individuo già occupato come lavoratore dipendente.

<sup>105</sup> Cfr. *infra*, cap. III, par. 1.

<sup>106</sup> Analoghe limitazioni sono previste per il diritto di stabilimento (art. 52 TFUE), movimento di capitali (art. 65, § 1, n. 2, TFUE), realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (artt. 72 e 276 TFUE) e libera circolazione dei lavoratori di paesi e territorio d’oltre mare (art. 202 TFUE). Più ampia la previsione corrispondente in materia di libera circolazione delle merci, ove sono ammessi: «i divieti o restrizioni all’importazione, all’esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale», purché non costituiscano «un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri» (art. 36 TFUE).

Le deroghe intendono entrambe salvaguardare un'area tradizionalmente riservata alla competenza degli Stati membri (art. 4, § 2, TUE), un tempo ritenuta espressione di prerogative di "sovranità" nazionale<sup>107</sup>.

Negli ordinamenti nazionali - come vedremo - l'accesso agli impieghi pubblici che comportino l'esercizio di prerogative di pubblico potere è un diritto tradizionalmente riservato ai cittadini poiché trattasi di funzioni strettamente connesse con la sovranità nazionale e che richiedono dunque un vincolo di fedeltà particolare<sup>108</sup>.

La deroga alla libertà di circolazione e soggiorno per gli impieghi nelle pubbliche amministrazioni è circoscritta dall'ordinamento dell'Unione europea ai posti caratterizzati dall'esercizio di quelle che un tempo si indicavano come "funzioni di prerogativa" o "regalie"<sup>109</sup>.

Dall'originaria accezione di «*bon ordre, sûreté, salubrité*» - in cui sono ricomprese come noto pubblica sicurezza e sanità pubblica<sup>110</sup> - deriva negli ordinamenti nazionali la più recente elaborazione della nozione di ordine pubblico che è pur sempre ritenuta la ragione giustificatrice di ogni attività di polizia, in cui non a caso nello Stato moderno si riassumevano tutti i poteri esercitati dal sovrano ("Stato di polizia")<sup>111</sup> e dalla quale

---

<sup>107</sup> Cfr. M.A. SENDÍN GARCÍA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión europea*, Salamanca, 2005, 43, secondo cui si tratta in entrambi i casi di una «*reserva de soberanía*», in un caso *ratione personae* e nell'altro *ratione materiae*; R. CARANTA, *La libertà di circolazione e i lavoratori nel settore pubblico*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 21 ss.

<sup>108</sup> Cfr. ad es. art. 54 Cost.; *infra*, cap. II, par. 1.

<sup>109</sup> Cfr. *infra*, cap. III, par. 1.

<sup>110</sup> Cfr. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. IV, Milano, 1904, pt. I, 262; A. CHIAPPETTI, *L'attività di polizia. Aspetti storici e dogmatici*, Padova, 1973, 47 e ss.; ID., *Polizia (Diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, XXX ss. L'espressione è ripresa nell'ordinamento francese contemporaneo dal *Code général des collectivités territoriales*, art. L2212-2. Per la disamina della nozione di ordine pubblico nell'ordinamento francese si vedano fra molti: E. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, 1984, 562 ss.; B. LEPINEUX, *Approche institutionnelle de l'ordre public, Les fondements idéalistes de la notion à l'épreuve de son contenu réaliste*, Paris, 2008, XXX ss.; P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Montpellier, 1962, XXX ss.; P.H. TEITGEN, *La police municipale générale: l'ordre public et les pouvoirs du Maire*, Paris, 1934, XXX ss.. Da ultimo ricomprende nell' "ordre public" anche le «*respect de la dignité de la personne humaine*»: B. PLESSIX, *Police administrative - Apports de l'année - 2011 - France*, in *Ius Publicum*, 1/2011, 3 ss., [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com); J.M. DELARUE, *Puissance publique ou impuissance publique ? Rapport général*, in *AJDA*, 1999, 108 ss.

<sup>111</sup> Per «assicurare a ogni suddito la maggiore felicità possibile»: G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 118 e s.

solo più di recente si sono enucleati gli altri settori di amministrazione attiva come le finanze, la difesa e l'amministrazione della giustizia<sup>112</sup>.

Nell'ordinamento dell'Unione europea il limite alla libertà di circolazione e soggiorno per «motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica» consente di espellere o negare ai lavoratori l'accesso al territorio di uno Stato membro, ma anche di impedire loro di uscire dal territorio nazionale<sup>113</sup>, secondo un costrutto che pare richiamare i limiti posti alla libertà di circolare nella tradizione giuridica costituzionale degli Stati membri<sup>114</sup>.

Come per lo più avviene negli ordinamenti nazionali<sup>115</sup>, il diritto dell'Unione europea non offre una definizione generale e astratta dei presupposti di ordine pubblico e

---

<sup>112</sup> O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, 263.

<sup>113</sup> C. giust. UE, 17 novembre 2011, C-434/10, *Aladzhev c. Zamestnik direktor na Stolichna direksia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti*; C. giust. CE, 10 luglio 2008, C-33/07, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București c. Jipa*.

<sup>114</sup> Per l'Italia art. 16 Cost.; per la Germania art. 11 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: il diritto di circolazione «può essere limitato soltanto dalla legge o in applicazione di una legge e unicamente nei casi in cui l'assenza di mezzi di sussistenza sufficienti imponga degli oneri particolari alla collettività, oltre che nei casi in cui ciò si renda necessario per evitare un pericolo che minacci l'esistenza dell'ordinamento costituzionale liberale e democratico della Federazione o di uno Stato, o per lottare contro rischi di epidemia, catastrofi naturali o incidenti particolarmente gravi, o per proteggere la gioventù minacciata d'abbandono o per prevenire illeciti penali»; per la Grecia art. 5, co. 4°, Cost.: misure limitative della libertà di circolazione possano essere adottate «in eccezionali casi di emergenza e soltanto per prevenire la commissione di crimini, in base alla decisione di un tribunale penale come previsto dalla legge [...]» e decisione interpretativa *sub* art. 5, co. 4°: sono compatibili con la Costituzione le «misure necessarie per la protezione della sanità pubblica o della salute di persone malate, come previsto dalla legge»; per la Bulgaria art. 35 Cost.: il diritto di circolazione e soggiorno «può essere ristretto solo in forza di una legge in nome della sicurezza nazionale, della sanità pubblica e dei diritti e libertà degli altri cittadini». Cfr. Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Protocollo n. 4 (16 settembre 1963), art. 2: «1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio. 3. L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui».

<sup>115</sup> Nell'ordinamento italiano l'ordine pubblico è definito come «il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni» (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, art. 159). Cfr.: Corte cost., 5 luglio 1971, n. 168: «la locuzione "ordine pubblico" delle leggi anteriori al 1948 deve intendersi come «ordine pubblico costituzionale che deve essere assicurato appunto per consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo»; Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19: l'ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale e va identificato con l'«ordine istituzionale del regime vigente»; Corte cost., 6 maggio 2009, n. 129. Per la disamina della nozione, oltre agli autori cit. in nt. XX, si vedano fra molti: G. CAIA, *La «sicurezza urbana» e l'evoluzione oggettiva delle istituzioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Napoli, 2011, 1096 ss.; ID., *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir. da S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, t. I, Milano, 2003, XXX ss.; G. TROPEA, *La polizia amministrativa e la sicurezza pubblica nel quadro del riparto di competenze Stato - regioni - autonomie locali*, in *Ius Publicum*, 1/2011, 3 ss., [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com); ID., *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti fra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, 96 ss.; S. FOÀ, *Sicurezza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999, 131 ss.; M. MAZZAMUTO, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Dir. amm.*, 1998, 450

sicurezza pubblica, ma pare riconoscere la competenza degli Stati membri nell'individuazione dei contenuti ad essi riferibili<sup>116</sup>.

L'economia del presente lavoro non consente di soffermarsi sulla nozione di ordine pubblico, la cui complessità è nota tanto per gli ordinamenti nazionali, quanto per quello dell'Unione europea, ove essa ha conosciuto un'evoluzione autonoma che ha rivelato la sussistenza di logiche e caratteri propri, superando la prospettiva di un mero rinvio agli ordinamenti nazionali<sup>117</sup>. Basti sul punto rilevare come l'emanazione di provvedimenti di espulsione dei cittadini europei per motivi di ordine pubblico paia rara e spesso motivata da comportamenti simili nei vari ordinamenti: specialmente lo spaccio di

---

ss.; G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 437; A. CERRI, *Ordine pubblico, II) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, 4 e *ivi*, postilla di agg. 2008; G. LANDI, *Pubblica sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 923 e ss.; U. ALLEGRETTI, *Ordine pubblico e libertà costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 486 ss.; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig.*, vol. XII, Torino, 1965, 130; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, CLXV, 1963, 111 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, 191 ss. Per le evoluzioni dell'ordine pubblico a seguito degli attentati terroristici del XIX sec.: S. CASSESE, *I paradossi dell'emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in *Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006, 223. Per l'ordinamento francese cfr. *supra*, nt. XX. Nell'ordinamento britannico la nozione giuridica di "ordine pubblico" coincide con quella di "public policy" piuttosto che con quella di "public order": alla prima è riferibile un significato ampio sulla falsariga di quello dell'ordine pubblico degli ordinamenti continentali, la seconda coincide con «the maintenance of the peace»: L. WOOD, "Public Policy" Discrimination in the EEC: A Proposal for Assuring the Free Movement of Workers, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 8, Issue 3, 1984, 462; per una comparazione che prende le mosse dal diritto internazionale privato: G. HUSSERL, *Public Policy and Ordre Public*, in *Virginia Law Review*, Vol. 25, No. 1 (Nov., 1938), 37 ss. Definisce la "public policy" come «a principle of judicial legislation or interpretation founded on the current needs of the community»: P.H. WINFIELD, *Public Policy in the English Common Law*, in *Harvard Law Review*, Vol. 42, No. 1 (Nov., 1928), 92.

<sup>116</sup> Cfr. C. giust. CE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (in tema di libera circolazione di servizi): i motivi di ordine pubblico possono essere invocati a tutela della dignità umana per vietare lo sfruttamento commerciale di un gioco in cui siano simulati omicidi; C. giust. CE, 14 marzo 2000, C-54/99, in tema di libera circolazione dei capitali: la mancata specificazione dei motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza viola il principio di certezza del diritto.

<sup>117</sup> Cfr. S. SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, cit., 47 ss.; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU*, cit., 480 ss.; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non discrimination*, cit., 479 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea, I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, 163 ss.; ID., *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2005, Torino, 503 ss.; L. TRIFONE, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2005, 7 ss.; D. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 1999, XXX ss.; L. DANIELE, *I limiti alla libera circolazione: gli impieghi nella pubblica amministrazione e l'ordine pubblico*, in *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 1998, XX; M.C. BOUTARD LABARDE, *L'ordre public en droit communautaire*, in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la direction de T. Revet, Paris, 1996, 83 ss.; E. PICARD, *L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public*, in *Actualité juridique droit administratif (AJDA)*, 1996, 55 ss.

stupefacenti<sup>118</sup> o altri comportamenti tenuti “sulla pubblica via”, che richiamano la tradizionale accezione di «*ordre dans la rue*»<sup>119</sup>.

L’ordinamento dell’Unione europea definisce vincoli di sostanza e garanzie procedurali<sup>120</sup>, che intendono innanzi tutto proteggere il mercato unico impedendo un uso surrettizio dei motivi di ordine pubblico a fini di protezione dei mercati nazionali<sup>121</sup>.

Ma i più significativi limiti all’utilizzazione della clausola si fondano sulla tutela della libertà di circolazione intesa come diritto fondamentale del lavoratore, ma anche del cittadino non economicamente attivo<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> Il traffico di stupefacenti è vietato dallo stesso diritto dell’Unione, che lo considera una «minaccia per la salute, la sicurezza e la qualità di vita dei cittadini dell’Unione europea»: cfr. Decisione quadro 2004/757/Gai del Consiglio del 25 ottobre 2004, *riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti*, Considerando n. 1 e Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell’Unione economica Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica Francese, art. 71, n. 1. Cfr. Corte giust. UE, 16 dicembre 2010, C-137/09, *Josemans c. Burgemeester van Maastricht*.

<sup>119</sup> I casi reperibili dagli anni ’70 ad oggi sono poco più di una quindicina. I motivi di ordine pubblico sono invocati per reati connessi a detenzione e spaccio di stupefacenti in Germania: C. giust. UE, 23 novembre 2010, C-145/09, *Land Baden-Württemberg c. Tsakouridis*; C. giust. CE, 29 aprile 2004, C-482 e C-493/01, *Orfanopoulos e Olivieri c. Land Baden-Württemberg*; C. giust. CE, 11 novembre 2004, C-467/02, *Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg*; C. giust. CE, 27 aprile 2006, C-441/02, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*; Bulgaria: C. giust. UE, 17 novembre 2011, C-430/10, *Gaydarov c. Direktor na Glavna direksia “Ohranitelna politsia” pri Ministerstvo na vatrešnite raboti*; in Grecia: C. giust. CE, 19 gennaio 1999, C-348/96, *Calfa*; Regno Unito: C. giust. CE, 27 ottobre 1977, C-30/77, *Regina c. Boucherau*; Paesi Bassi: Corte giust. UE, 16 dicembre 2010, C-137/09 (in tema di libera circolazione dei servizi). Altri comportamenti tenuti “sulla strada” sono sanzionati in Belgio: C. giust. CE, 18 maggio 1982, C-115/81 e 116/81, *Adoui c. Regno del Belgio e Città di Liegi*; *Dominique Cornuaille c. Regno del Belgio*, in tema di prostituzione; e in Austria: C. giust. CE, 2 giugno 2005, C-136/03, *Dörr e Ünal c. Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten, e Ünal c. Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg*, in cui il secondo caso (Ünal) è relativo a un cittadino condannato per rissa e violazione della legge sulla patente di guida. Nella casistica residua si segnalano in particolare i Paesi Bassi, cui si riferiscono due sole pronunce, entrambe motivate dalla mancata esibizione di documenti di identità validi: C. giust. CE, 7 giugno 2007, C-50/06, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*; C. giust. CE, 17 febbraio 2005, C-215/03, *Oulane c. Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*.

<sup>120</sup> Dir. 2004/38/Ce, cit., artt. 31 e 32, sul diritto al ricorso giurisdizionale dell’interessato e il diritto a presentare istanza di revoca del divieto d’ingresso «dopo il decorso di un congruo periodo». Cfr. C. giust. CE, 2 giugno 2005, C-136/03, cit.: è insufficiente il mero controllo di legittimità occorrendo valutare anche l’ “opportunità” del provvedimento; C. giust. CE, 7 giugno 2007, C-50/06, cit. Cfr. G. VESPERINI, *Vincolo europeo e diritti nazionali*, cit., 79 ss.

<sup>121</sup> I motivi di ordine pubblico non possono essere invocati per fini economici: Dir. 2004/38/Ce, cit., art. 27, §1. Si tratta di un limite essenziale che si fonda sulla «vocazione globale» dell’ordinamento giuridico comunitario, che è appunto l’eliminazione degli ostacoli alla realizzazione del mercato unico: E. PICARD, *op. ult. cit.*, 66. Per il pericolo di un uso distorto della “*public policy proviso*” a fini di protezione dei mercati nazionali dall’afflusso di lavoratori disoccupati da Spagna e Portogallo (all’epoca appena entrati nelle Comunità europee): L. WOOD, *op. cit.*, 449 ss.

<sup>122</sup> Il riconoscimento dello *status* di cittadinanza europea ha determinato una lettura particolarmente restrittiva della *public policy proviso*: F. WOLLENSCHLÄGER, *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, cit., 17.

La considerazione di tale diritto individuale impone agli Stati membri di dimostrare che il comportamento personale del singolo<sup>123</sup>, valutato in tutti i suoi aspetti, costituisce «una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società»<sup>124</sup>, sicché è illecito il diniego di accesso al territorio per ragioni di prevenzione generale o in forza di automatismi che si fondino ad es. sulla mera sussistenza di condanne penali<sup>125</sup>. Del pari essa richiede la specifica considerazione del pregiudizio che il provvedimento arreca all'integrità della vita familiare dell'interessato, che è diritto fondamentale strumentale a quello di libera circolazione e «principio generale del diritto europeo»<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Sono in contrasto con il diritto dell'Unione le espulsioni di massa come quelle disposte nel 2010 dal Governo francese nei confronti delle popolazioni rom: Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2010, *sulla situazione dei rom e la libertà di circolazione nell'Unione europea*, P7\_Ta(2010)0312.

<sup>124</sup> Dir. 2004/38/Ce, cit., art. 27, § 2. Il diniego di accesso al territorio non può essere determinato dalla mera mancata esibizione di un documento di identità valido, purché il cittadino europeo sia in grado di provare altrimenti la cittadinanza: C. giust. CE, 17 febbraio 2005, C-215/03, cit. Il requisito di attualità della minaccia impone di considerare anche i fatti successivi all'emanazione del provvedimento, specie ove sia trascorso un lasso di tempo considerevole: C. giust. CE, 29 aprile 2004, C-482 e C-493/01, cit., relativa a cittadino condannato per vari reati e affetto da HIV, di cui è disposta l'espulsione al termine di un periodo di detenzione durante il quale se ne era considerevolmente aggravato lo stato di malattia; C. giust. CE, 11 novembre 2004, C-467/02, cit., per l'obbligo di valutare la sottoposizione spontanea dell'interessato a un trattamento di disintossicazione. Il principio di non discriminazione in ragione della nazionalità e la serietà della minaccia determinano il divieto di sanzionare un cittadino europeo per un comportamento che non sia oggetto di trattamento repressivo ove tenuto da un cittadino nazionale: C. giust. CE, 26 novembre 2002, C-100/01, cit.; salvo si tratti di un comportamento lecito per i cittadini dello Stato membro ma vietato dal diritto di tutti gli altri Stati e da quello dell'Unione (consumo di cannabis nei *coffeeshop* olandesi): Corte giust. UE, 16 dicembre 2010, C-137/09; il provvedimento di diniego di espatrio non può fondarsi unicamente su un comportamento tenuto in uno Stato membro diverso da quello emanante (difetto di serietà e attualità della minaccia): C. giust. CE, 10 luglio 2008, C-33/07, cit. In considerazione del livello di serietà della minaccia possono adottarsi misure meno restrittive dell'espulsione: C. giust. UE, 17 novembre 2011, C-434/10, cit., relativa al diniego di espatrio per la sussistenza di un debito tributario (22.000) euro in capo a una società amministrata dal cittadino, il quale lamenta in particolare come gli sia in tal modo impedito di esercitare un'altra attività economica; C. giust. CE, 26 novembre 2002, C-100/01, *Ministre de l'Intérieur c. Olazabal*: l'emanazione di un provvedimento meno severo dell'espulsione (divieto di risiedere in alcuni dipartimenti confinanti con la frontiera spagnola) è compatibile con il diritto dell'Unione europea. Nello stesso senso: Dir. 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, *relativa ai servizi nel mercato interno* (c.d. *direttiva Bolkestein*), Considerando n. 41.

<sup>125</sup> Cfr.: C. giust. UE, 17 novembre 2011, C-430/10, cit., per il diniego di espatrio in ragione di una condanna penale per traffico di stupefacenti già scontata; C. giust. CE, 7 giugno 2007, C-50/06, cit.; C. giust. CE, 27 aprile 2006, C-441/02, cit. Segnala uno scorretto recepimento sul punto da parte di Italia e Finlandia: Commissione delle Comunità europee, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2004/38/Ce relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri*, Bruxelles, 10.12.2008, COM(2008) 840 def., 8.

<sup>126</sup> Vedi *supra*, par. 1, nt. XX; cfr. anche C. giust. CE, 29 aprile 2004, C-482 e C-493/01, cit., relativa a un provvedimento di espulsione comminato a un cittadino greco sposato con cittadina tedesca e con figli residenti in Germania (Orfanopoulos).

La tutela prevista per la libertà di circolazione e soggiorno differisce in ragione del grado di integrazione del cittadino all'interno della società<sup>127</sup>, determinando una graduazione dei presupposti che ne legittimano la limitazione con cui sono distinti i “meri” motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza, i «*gravi* motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza» opponibili al cittadino europeo titolare di un diritto di soggiorno permanente e i «*motivi imperativi* di pubblica sicurezza», gli unici idonei a legittimare l'espulsione del cittadino che abbia soggiornato nello Stato membro nei precedenti dieci anni o che sia minorenni<sup>128</sup>.

L'ordinamento dell'Unione costringe in tal modo a sciogliere il rapporto tra motivi di ordine pubblico e di sicurezza pubblica che la tradizione giuridica continentale ritiene per lo più costitutivo di un'endiadi<sup>129</sup>, identificando i secondi prevalentemente con la comprovata sussistenza di minacce terroristiche o eversive<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Dir. 2004/38/Ce, cit., art. 28, § 1: «prima di adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, lo Stato membro ospitante tiene conto di elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e l'importanza dei suoi legami con il paese d'origine».

<sup>128</sup> Dir. 2004/38/Ce, cit., art. 28, § 2 e 3.

<sup>129</sup> Cfr. *supra*, nt. XX. Nell'ordinamento italiano si veda inoltre il riparto delle competenze amministrative di polizia ove si definiscono come «funzioni e compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e sicurezza pubblica» quelli concernenti «le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico» (d.lgs. n. 112 del 1998, cit., art. 159). Sui rapporti tra i «motivi di sicurezza» che possono limitare la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini (art. 16 Cost.) e l'ordine pubblico, nel senso che la prima ricomprenda il secondo in quanto coincidente con l'«ordinato vivere civile» che è «meta di uno Stato di diritto, libero e democratico»: Corte cost., 14 giugno 1956, n. 2; i motivi di sanità e pubblica sicurezza possono ricomprendere anche «pericoli per la pubblica moralità» (es. prostituzione, traffico di stupefacenti, tratta delle donne): Corte cost., 13 dicembre 1962, n. 126. Cfr. M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (Libertà di)*, cit., 20, secondo cui la sicurezza comprende «i concetti di ordine, sicurezza pubblica e pubblica moralità»; G. MANFREDI, *La nozione di polizia amministrativa nel diritto italiano*, in *Ius Publicum*, 1/2011, 9-10, [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com). Con riferimento all'ordinamento europeo si veda D. TRAINA, *La libertà di circolazione dei lavoratori comunitari*, Milano, 1990, 72, ove si ritiene che la sicurezza pubblica implichi una «nozione meno “politica” di minaccia a quelle condizioni o a quei valori del convivere sociale che comunemente vengono definiti “ordine pubblico”», con rinvio a C. giust. CE, 28 novembre 1978, C-16/78, *Choquet*, ove il presupposto di sicurezza pubblica è stato utilizzato a fondamento dell'obbligo di procurarsi la patente di guida dello Stato ospitante (sicurezza della circolazione stradale). La conclusione in tal senso è contraddetta dalla successiva evoluzione dell'ordinamento europeo.

<sup>130</sup> I motivi di sicurezza pubblica coincidono con «il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali, alla sopravvivenza della popolazione per rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali, alla coesistenza pacifica tra i popoli o il pregiudizio degli interessi militari»: C. giust. UE, 23 novembre 2010, C-145/09, cit., ove una condanna per associazione in traffico di stupefacenti in grandi quantità è ricondotta ai motivi di ordine pubblico, salvo «presenti un livello di gravità tale da minacciare direttamente la serenità e la sicurezza fisica della popolazione nel suo insieme o di gran parte di essa»; C. giust. CE, 26 novembre 2002, C-100/01, cit.: rientra nel perimetro della pubblica sicurezza la partecipazione a un gruppo armato e organizzato (terrorismo basco). Cfr. anche Dir. 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, cit., Considerando n. 41: «la nozione di pubblica sicurezza comprende le questioni di incolumità pubblica».

I motivi di sanità pubblica trovano una definizione di diritto positivo nell'ordinamento dell'Unione che - con esercizio di discrezionalità tecnica - richiama a tal fine le sole malattie «con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell'Organizzazione mondiale della sanità», ferma restando la possibilità di invocare «altre malattie infettive o parassitarie contagiose», che siano oggetto di disposizioni di protezione applicabili ai cittadini dello Stato membro<sup>131</sup>.

##### 5. Libera circolazione dei lavoratori e pubbliche amministrazioni nazionali.

Da tempo si è rilevato come l'ordinamento giuridico dell'Unione europea dispieghi molteplici effetti sulla disciplina di organizzazione e attività delle pubbliche amministrazioni nazionali, determinando l'emergere di quello che si è definito come “diritto amministrativo europeo”<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Dir. 2004/38/Ce, cit., art. 29. La precedente Dir. 64/221/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ammetteva la limitazione del diritto di circolazione per motivi di sanità pubblica per le «1. malattie per le quali è prescritto un periodo di quarantena, indicate nel regolamento sanitario internazionale n. 2 del 25 maggio 1951 dell'Organizzazione mondiale della sanità; 2. tubercolosi dell'apparato respiratorio attiva o a tendenza evolutiva; 3. sifilide; 4. altre malattie infettive o parassitarie contagiose a condizione che nel paese ospitante esse siano oggetto di disposizioni di protezione per i cittadini». Erano considerate «malattie ed infermità che possono mettere in pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza» la tossicomania e le «alterazioni psicomentali più evidenti; stati manifesti di psicosi d'agitazione, di psicosi delirante o allucinatoria, di psicosi confusionale» (Allegato alla direttiva).

<sup>132</sup> Si vedano da ultimo fra molti: G. DELLA CANANEA, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali*, in *Diritto amministrativo europeo, Principi e istituti*, a cura di G. della Cananea, Milano, 2011, 1 ss.: «non vi è settore, dall'agricoltura alle banche, dalla preservazione dell'ambiente alla disciplina dei servizi pubblici, dove i diritti nazionali non presentino una componente indotta dal diritto dell'Unione europea. Essa interviene ormai anche nei settori più gelosamente custoditi dagli Stati, ossia l'ordine pubblico e la giustizia»; S. CASSESE – M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, *ivi*, 185 ss.; A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Sobre el Derecho Administrativo Europeo*, in A. SÁNCHEZ BLANCO, M.A. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, J.L. RIVERO YSERN (coords.), *El nuevo derecho administrativo: libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Salamanca, 2011, 103 ss.; G. VESPERINI, *Vincolo europeo e diritti nazionali*, cit., 111 ss.; E. CHITI – B.G. MATTARELLA (Eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues, and Comparison*, Berlin-Heidelberg, 2011, XXX ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, IV ed., 121 ss.; S. STICCHI DAMIANI – F. VETRÒ, *Introduzione*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Sticchi Damiani e F. Vetrò, Torino, 2010, IX ss.; P. CRAIG, *Eu Administrative Law*, XXX ss.; J.B. AUBY – J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Introduction générale*, in *Droit administratif européen*, cit., 1 ss.; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 301 ss.; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 345 ss.; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit., XXX ss.; F. MERUSI, *L'integrazione fra legalità comunitaria e legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43 ss.; G. VESPERINI, *Le discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali: un'introduzione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, a cura di S. Battini, G. D'Auria, G. della Cananea, C. Franchini, A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperini, Milano, 2008, 23 ss.; G. DELLA CANANEA, *Sur le droit administratif européen*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2008, XXX ss.; D.U. GALETTA, *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien: un cadre général*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1473 ss.; M. RÜFFERT,



Non vale a limitare la libera circolazione dei lavoratori europei neppure la differente natura giuridica di diritto pubblico o privato del rapporto di lavoro<sup>135</sup>, né le mansioni esercitate, siano esse impiegate od operaie<sup>136</sup>.

L'applicazione alle pubbliche amministrazioni nazionali della libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori europei è in tal modo intervenuta a circoscrivere la tradizionale riserva in favore dei cittadini nazionali dell'accesso ai pubblici impieghi, di cui si cercherà di ripercorrere, seppur in breve, le ragioni<sup>137</sup>.

L'ordinamento dell'Unione europea ha imposto la progressiva apertura della maggior parte degli impieghi pubblici ai cittadini europei delimitando l'ammissibilità della riserva nazionale alla sola area deputata all'esercizio dei "pubblici poteri"<sup>138</sup>: ne è risultata l'elaborazione di una "nozione europea di pubblica amministrazione" strettamente correlata all'applicazione della libertà di circolazione e soggiorno, secondo un'evoluzione che si ritrova nella disciplina europea della concorrenza e nell'individuazione delle nozioni di organismo di diritto pubblico e organizzazione *in house providing*, di cui si offrirà una ricostruzione al fine di una migliore comprensione degli effetti dell'ordinamento dell'Unione europea sulle pubbliche amministrazioni nazionali<sup>139</sup>.

I "pubblici poteri" non sono evidentemente estranei all'influenza dell'ordinamento dell'Unione europea: le pubbliche amministrazioni nazionali si trovano anche in tali settori a esercitare direttamente competenze attribuite all'ordinamento dell'Unione europea in un *continuum* istituzionale con gli organi di tale ordinamento. La

---

<sup>135</sup> Cfr. C. giust. CE, 12 febbraio 1974, C-152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*. Il rapporto di lavoro dei funzionari pubblici è in regime di diritto pubblico in molti paesi membri, tra cui Francia, Spagna, Belgio. Per una panoramica completa dei 27 paesi dell'Unione: J. ZILLER, *Free movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Part II, *Country files*, Report for the European Commission, European Commission, 2010. Per un'analisi approfondita di alcuni ordinamenti (Germania, Francia, Spagna, Belgio, Gran Bretagna): S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, Milano, 2007, 85 ss.

<sup>136</sup> In Germania le mansioni attribuite sono strettamente correlate al tipo rapporto: i *Beamten* sono funzionari in regime di diritto pubblico cui è riservato l'esercizio delle "potestà sovrane", mentre *Angestellten* e *Arbeitern* sono rispettivamente operai e impiegati contrattualizzati: A. ALBANESE, *Impiego pubblico e impiego privato presso la pubblica amministrazione in Germania e Spagna*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 167; S. SASSI, *op. ult. cit.*, 98.

<sup>137</sup> Cfr. *infra*, cap. II, par. 1.

<sup>138</sup> Cfr. *infra*, cap. III, par. 1.

<sup>139</sup> Cfr. *infra* cap. III, par. 1.

configurazione assunta dal “sistema amministrativo europeo”<sup>140</sup> insieme all’attribuzione dello *status* di cittadino dell’Unione suggerisce di rileggere il nesso pubbliche amministrazioni-cittadinanza in chiave di cittadinanza europea, giungendo a rimettere in discussione la stessa eccezione alla libera circolazione dei lavoratori per i pubblici poteri<sup>141</sup>, secondo una prospettiva che pare capace di facilitare una migliore integrazione dei cittadini dell’Unione negli Stati membri in cui abbiano scelto di risiedere<sup>142</sup>.

L’analisi delle condizioni di effettività dell’accesso dei cittadini europei alle pubbliche amministrazioni nazionali richiede di soffermarsi sulle procedure di reclutamento disciplinate dagli ordinamenti giuridici dei paesi membri, che paiono ritrovare un modello comune nel concorso pubblico, che ha saputo nel tempo soddisfare le ragioni di un reclutamento meritocratico e imparziale<sup>143</sup>.

L’approfondimento dei caratteri delle procedure concorsuali consente di individuare nel concorso pubblico un sistema idoneo a garantire un accesso alle pubbliche amministrazioni al riparo da irragionevoli discriminazioni in ragione della nazionalità dei candidati e dunque capace di offrire una garanzia alla libera circolazione dei lavoratori europei, e ciò malgrado alcune specificità nazionali che possono talora essere sembrate difficilmente conciliabili con una piena apertura ai cittadini europei<sup>144</sup>.

È noto che il diritto dell’Unione europea disciplina ormai approfonditamente il diritto del lavoro<sup>145</sup>, senza che venga in rilievo la qualità pubblica o privata del datore di lavoro: con riguardo alla costituzione dei rapporti di pubblico impiego la relazione dialettica tra ordinamento dell’Unione europea e principio del concorso pubblico viene in rilievo anche con riguardo alla disciplina posta dalle norme dell’Unione sui rapporti di lavoro

---

<sup>140</sup> Cfr. E. CHITI e C. FRANCHINI, *Le figure organizzative*, in *Diritto amministrativo europeo*, cit., 69.

<sup>141</sup> Cfr. *infra* cap. III, par. 2.

<sup>142</sup> Cfr. *infra*, cap. II, par. 3.

<sup>143</sup> Cfr. *infra*, cap. III, par. 1-2-3.

<sup>144</sup> Il riferimento è al sistema delle “*écoles administratives*” francesi: cfr. *infra*, cap. V, par. 3.

<sup>145</sup> Cfr. *ex multis* M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, cit., XXX ss.; C. BARNARD, *Ec Employment Law*, cit., 3 ss.; E. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un’analisi “genealogica”*, in *Diritto del lavoro - Vol. IX: Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, a cura di F. Carinci - A. Pizzoferrato, Torino, 2010, 131 ss.; R. SALOMONE, *Multilevel governance e trasformazioni del diritto del lavoro nazionale*, *ivi*, 195 ss.; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un’analisi delle fonti*, in *Il lavoro subordinato*, cit., XX; G.G. BALANDI, *Lavoro (lavoratori subordinati e tutela)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Pt. speciale, t. III, 1297 ss.

a termine, che pongono limiti inderogabili alle possibilità di rinnovo o proroga a tutela del carattere normalmente a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro subordinato, senza che nell'ordinamento italiano ciò pervenga a porre in discussione il carattere di "principio inderogabile" del concorso<sup>146</sup>. Si vedrà come tale carattere di principio inderogabile risulti confermato dalla recente applicazione delle procedure concorsuali ad organizzazioni formalmente private, ma "sostanzialmente pubbliche"<sup>147</sup>, e ciò nonostante le deroghe e i tentativi di superamento dei concorsi che si ritrovano negli ordinamenti nazionali<sup>148</sup>.

Nell'approfondimento della relazione tra principio del concorso pubblico e libera circolazione dei lavoratori si analizzeranno i presupposti dell'effettivo accesso di questi ultimi alle pubbliche amministrazioni nazionali, soffermandoci in particolare su alcune discipline strumentali alla libera circolazione che l'ordinamento dell'Unione europea ha previsto per la circolazione di lavoratori autonomi e professionisti, ma di cui da tempo è emersa la specifica rilevanza nei procedimenti volti alla costituzione dei rapporti di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Il riferimento è qui precipuamente alle norme in tema di mutuo riconoscimento di diplomi e qualifiche professionali che - seppur rivolte in via eminente ai professionisti - sono incontestabilmente efficaci anche con riguardo ai lavoratori dipendenti, specialmente ove per l'instaurazione dei rapporti si richieda la titolarità di qualifiche o diplomi determinati, o qualora sia prestata specifica considerazione alle precedenti esperienze professionali dei candidati, ove la libera circolazione dei lavoratori impone di considerare i periodi di servizi prestati in altri paesi membri<sup>149</sup> senza aprioristiche preclusioni<sup>150</sup>.

Se la libera circolazione dei lavoratori europei dispiega i suoi effetti sui rapporti di pubblico impiego, i principi in tema di diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi (artt. 49, 56 e 57 TFUE) assumono rilievo per la costituzione di rapporti di lavoro autonomo da parte delle pubbliche amministrazioni, ove la disciplina europea trova

---

<sup>146</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 4.

<sup>147</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 5.

<sup>148</sup> Cfr. *infra*, cap. II, par. 3.

<sup>149</sup> Si vedano C. giust. CE, 12 maggio 2005, C-278/03, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust. CE, 9 settembre 2003, C-285/01, *Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la solidarité*.

<sup>150</sup> Cfr. *infra*, cap. V, par. 1-2.

specifica attuazione innanzitutto nelle norme che tutelano la concorrenza in materia di contratti di appalto pubblico<sup>151</sup>.

La comparazione dei principi posti dall'ordinamento dell'Unione europea per lavoratori autonomi e subordinati e dell'attuazione ad essi data direttamente con norme di tale ordinamento (appalti) o con discipline poste dagli ordinamenti nazionali in ragione di una tradizione costituzionale comune (concorsi) condurrà all'individuazione di un "sistema" che si cercherà di ricomporre innanzi tutto alla luce di una *ratio* unitaria di tutela della concorrenza<sup>152</sup>.

La disamina dei sistemi di accesso al pubblico impiego alla luce della libera circolazione dei lavoratori consente solo un breve accenno a quella che può essere individuata quale ulteriore *ratio* giuridica a supporto dell'adozione di sistemi di reclutamento meritocratici e imparziali, *ratio* giuridica che solo indirettamente si collega alla precedente, ma che i tempi attuali di profonda crisi economica impongono di richiamare, seppur soltanto per brevi cenni. Il riferimento è qui all'esigenza di controllo delle risorse pubbliche e di un oculato conferimento di "beni", quali i posti di lavoro pubblico, di cui è evidente la scarsità in tempo di crisi, esigenze che paiono trovare uno strumento di tutela nel principio del concorso pubblico<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Cfr. *infra*, cap. V, par. 4.

<sup>152</sup> Cfr. *infra*, cap. V, par. 4.

<sup>153</sup> Cfr. *infra*, cap. V, par. 5.

## CAPITOLO II

### *Cittadinanza e pubblica amministrazione in Europa: dagli Stati nazionali all'ordinamento dell'Unione.*

**SOMMARIO:** 1. Accesso ai pubblici uffici e cittadinanza nazionale. - 2. Cittadinanza dell'Unione europea e accesso all' "amministrazione europea integrata". -6. Il reclutamento nelle pubbliche amministrazioni come strumento d'integrazione alla *societas* e come effettività della funzione.

#### *1. Accesso ai pubblici uffici e cittadinanza nazionale.*

L'accesso dei cittadini agli impieghi nelle amministrazioni pubbliche è limitato dalla cittadinanza nazionale, che è requisito soggettivo che gli ordinamenti nazionali richiedono - tradizionalmente e sino ad epoca recente con pochissime eccezioni - alle persone fisiche quantomeno per acquisire lo *status* di funzionario pubblico.

Alcuni Stati membri prescrivono in norme a carattere costituzionale l'esclusione dei non cittadini dall'accesso agli impieghi pubblici, ammettendo talora la deroga con norme di legge<sup>154</sup>.

Al pari di molte altre in Europa<sup>155</sup>, la Costituzione italiana si limita invece a correlare - senza porre come requisito soggettivo<sup>156</sup> - lo *status* di cittadinanza e l'accesso ai pubblici

---

<sup>154</sup> È previsione costituzionale in Lussemburgo (art. 11, co. 2°) e in Belgio con una formulazione pressochè coincidente: «*Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers*» (art. 10, co. 2°), in Danimarca: «*No person shall be appointed a civil servant unless he is a Danish subject*» (Section 27), Grecia: «*Only Greek citizens shall be eligible for public service, except as otherwise provided by special laws*» (art. 4, co. 4°), in Estonia (art. 30), Finlandia (Section 126), Romania (art. 16, co. 3°, ove si prevede in aggiunta il requisito del domicilio), Svezia (Chapter 11, art. 9), Ungheria (art. 70). In generale sul requisito di nazionalità: Santi ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, Milano, 1897, 172-173: «crediamo che un'assoluta ripugnanza a che [i diritti pubblici individuali] siano concessi allo straniero esista soltanto per quella classe che abbiamo in senso stretto chiamato "diritti politici". È logico e naturale difatti che solo il cittadino possa partecipare al governo e all'amministrazione del suo Stato». Per una rassegna sugli ordinamenti nazionali cfr. da ultimo: J. ZILLER, *Free movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Part II, *Country files*, cit.; A. CLAISSE – M.C. MEININGER, *Fonctions publiques en Europe*, cit., 67; M.I. PRAVITA, *The Access of EU Citizens to the Public Service: A Comparative Analysis*, in *Review of European Studies*, Vol. 2, No. 2, December 2010, 18 ss.

<sup>155</sup> Nello stesso senso dispongono quella francese (art. 6 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, che è preambolo della Costituzione del 1958); spagnola (art. 23), tedesca (art. 33) lettone (art. 101), lituana (art. 33), ungherese (art. 70), olandese (art. 3), polacca (art. 60).

<sup>156</sup> Cons. St., sez. II, par., 20 giugno 1990, n. 234: «la disposizione costituzionale non mira a riservare ai cittadini italiani l'accesso ai pubblici uffici, ma mira a garantire l'uguaglianza dei cittadini senza discriminazioni o limiti, e nel prevedere la possibilità di parificare – con legge nazionale – ai cittadini gli italiani non appartenenti alla repubblica, si caratterizza come una norma "aperturista" e non come "preclusiva". Cfr. da ultimo: A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006, 227.

uffici, assicurando che tutti i *cittadini* dell'uno o dell'altro sesso possano partecipare alle relative procedure d'accesso, in condizioni di eguaglianza e secondo i requisiti stabiliti dalla legge (art. 51, co. 1°, Cost.)<sup>157</sup>.

Il beneficio riservato ai cittadini può dalla legge essere esteso agli «italiani non appartenenti alla Repubblica» - un tempo detto “italiani non regnicoli”<sup>158</sup> - cioè coloro che di nazionalità italiana abitano in territori soggetti alla sovranità d'altri Stati (art. 51, co. 2°, Cost.)<sup>159</sup>. In tal modo sono parificati ai cittadini italiani coloro che, pur se titolari di altre cittadinanze nazionali, appartengano alla comunità italiana per condivisione di lingua, cultura, tradizioni, e così via<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> La norma costituzionale trova attuazione nel d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, *Testo unico sugli impiegati civili dello Stato*, art. 2, sulla cui vigenza e sottrazione alla contrattazione collettiva si veda la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni, par. 28 settembre 2004, n. 196/04; cfr. anche il d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, cui espressamente rinvia il d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 70, co. 13°.

<sup>158</sup> R.d. 30 dicembre 1923, n. 2960, art. 1, co. 2°; prima ancora il riferimento era ai «cittadini delle altre regioni italiane, quando anche manchino della naturalità» (R.d. 22 novembre 1908, n. 693, art. 3, co. 1°, n. 1). Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Padova, 1958, 91; da ultimo cfr.: S. CRESTA – S. RUSCICA, *La tutela dello straniero extracomunitario sul mercato del lavoro: accesso agli impieghi presso le amministrazioni pubbliche e possibili forme di discriminazione*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, a cura di F. Astone – F. Manganaro – A. Romano Tassone – F. Saitta, Soveria Mannelli, 2009, 140, secondo cui la norma si rivolge «agli italiani emigrati all'estero e ai loro discendenti»; ricostruisce storia e interpretazioni dell'art. 51, co. 2°, evidenziando come la norma sia stata spesso usata per sostenere un nesso imprescindibile tra diritti politici e nazionalità: A. ALGOSTINO, *op. cit.*, 72 ss.

<sup>159</sup> La considera un «relicto storico, difficilmente utilizzabile nell'ordinamento attuale, che non ammette una figura intermedia tra lo straniero e il cittadino»: U. POTOTSCHNIG, *La Pubblica Amministrazione artt. 97-98, sez. II, Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 411.

<sup>160</sup> Sulla differenza tra cittadinanza e nazionalità occorre innanzi tutto ricordare la nota prolusione di Pasquale Stanislao Mancini all'Università di Torino: P.S. MANCINI, *La nazionalità come fonte di diritto delle genti (Prolusione)*, Torino, 1851, su cui si veda da ultimo G.S. PENE VIDARI, *La prolusione di P.S. Mancini all'Università di Torino sulla nazionalità (1851)*, in *Verso l'unità italiana*, a cura di G.S. Pene Vidari, Torino, 2010, 21 ss.; cfr. inoltre: V. PAGANO, *Del diritto della nazionalità italiana*, Napoli, 1861, 12 ss.; D. FROJO, *L'Europa e le nazionalità*, Napoli, 1861, XXX ss.; M. DELOCHE, *Du principe des nationalités*, Paris, 1860, 29 ss.; L. PALMA, *Del principio di nazionalità nella moderna società europea*, Milano, 1867, 5 ss., su cui L. BORSI, *Storia Nazione Costituzione. Palma e i "Preorlandiani"*, Milano, 2007, 159 ss.; E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882, Paris, 1882, 5 ss.; C. LIPARTITI, *Le nazioni e il diritto delle nazionalità*, Bari, 1930, 161 ss. Più di recente si vedano fra molti: V. CRISAFULLI – D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 787 ss.; per la contrapposizione tra significato “volontaristico” e “naturalistico” dell'idea di nazione: F. CHABOD, *L'idea di Nazione*, a cura di A. Saitta ed E. Sestan, Bari-Roma, 1961, XXX ss.; C. MORTATI, *La rilevanza giuridica del concetto di nazione*, *Raccolta di scritti – IV: problemi di politica costituzionale*, Milano, 1972, 553 ss.; J. HABERMAS, *Überlegungen zur europäischen Zukunft*, Erker Verlag (1991), trad. it. *Cittadinanza politica e identità nazionale. Riflessioni sul futuro dell'Europa*, in *Id.*, *Morale, diritto, politica*, a cura di L. Ceppa, Torino, 1991, XXX ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, Padova, 1997, 30 ss. e 228 ss.; *Id.*, *La titolarità del diritto di voto*, cit., 35 ss.; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, 1998, 212 ss.; P. COSTA, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 3, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, 2002, 211 ss.; D. MILLER, *Citizenship and National Identity*, Cambridge, 2000, XXX ss.

La riserva ai cittadini dell'accesso all'amministrazione pubblica è stata elemento essenziale nella formazione degli stati moderni come stati nazionali e in particolar modo dello stato sorto con la Rivoluzione francese<sup>161</sup>: dopo di questa quello di *citoyen* è stato inteso come lo *status* soggettivo del popolo ormai sovrano, cui sono assicurate come diritti fondamentali dell'uomo le libertà civili e politiche<sup>162</sup>, necessarie all'individuo ma allo stesso esercizio della sovranità, in un *continuum* inscindibile tra «soggetto, diritti e appartenenza» (sovrana o di cittadinanza)<sup>163</sup>.

Nel tempo non poche sono state le eccezioni alla riserva ai cittadini degli impieghi pubblici, specie ove gli stessi avessero carattere tecnico o un alto contenuto intellettuale<sup>164</sup>. In Italia sin dal 1859 era possibile nominare stranieri in qualità di

---

<sup>161</sup> Per un'efficace sintesi del rapporto tra accesso agli impieghi pubblici e nazionalità: S. CASSESE, *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 1, 88 ss.

<sup>162</sup> Cfr. fra molti: L. DUGUIT, *Souveraineté et liberté* (1921), trad. it. *Sovranità e libertà*, a cura di V. Rapone, Torino, 2007, 121 ss.; P. VIOLA, *Il trono vuoto. La transizione della sovranità nella rivoluzione francese*, Torino, 1988, XXX ss. La definizione di cittadinanza desumibile dalla Rivoluzione francese, da cui emerge «un indice di valutazione circa la concezione democratica dello Stato moderno, la natura e i limiti della sua sovranità [...], nasconde una contraddizione interna [...] poiché nello stesso concetto su accomunano la cittadinanza passiva dell'egoismo proprietario borghese e la cittadinanza attiva della partecipazione civica»: F. MANGANARO, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Torino, 2005, 222. Sul rapporto tra diritti, cittadinanza e sovranità nella rivoluzione francese da ultimo cfr.: P. RIDOLA, *Diritto comparato e costituzionale europeo*, cit., 14 ss.; E.W. BÖCKENFÖRDE, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, trad. it., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Bologna, 2007, XXX ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 15 ss.; A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti*, cit., 80 ss.; P. COSTA, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 2, *L'età delle rivoluzioni, 1789-1848*, Roma-Bari, 2000, 5 ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, cit., 10 ss. e 187 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 712 ss.; ID., *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, cit., 51 ss.; P. COSTA, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, 1999, Roma-Bari, XVI; ID., *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione "archeologica"*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., 58 ss.; G. CORDINI, *op. cit.*, 99 ss.

<sup>163</sup> Cfr. da ultimo F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 343 ss., ove si evidenzia come l'universalismo che ispira la rivoluzione francese abbia a proprio fondamento un «*universel "national"*», poiché «*dans la philosophie révolutionnaire, la prétention morale, de droit naturel, à concerner tous les hommes se réduit en contexte en une obligation juridique, de droit positif, qui s'applique à toutes les parties prenantes d'un contrat social déterminé, c'est-à-dire aux seuls nationaux*», sicché gli stranieri sono esclusi da qualsiasi possibilità di accesso alla *fonction publique* «*encore plus absolument que sous l'Ancien Régime*». Sul rapporto tra burocrazia e Stato nella cultura occidentale cfr. fra molti: C. BLUMANN, *Le droit de la fonction publique*, in *Droits nationaux, droit communautaire, influences croisées, en hommage à Louis Dubois*, Paris, 2000, 123: «*la fonction publique se situe au cœur de l'Etat. Elle représente même la composante physique de l'Etat, elle incarne l'Etat. Chacun devine donc qu'au même titre que le régime politique, la fonction publique se trouve profondément immergée dans la spécificité nationale. Chaque fonction publique nationale est marquée par des valeurs, des traditions, des cultures ancrées dans l'identité propre à chaque Etat*».

<sup>164</sup> Cfr. M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CXLII. Da ultimo ricorda la differenziazione ai fini della riserva di accesso tra «funzioni minori» o «funzioni tecniche speciali» e «cariche superiori e direttive», che «interessano direttamente la politica», mentre le minori «riguardano la

professori universitari (l. 13 novembre 1859, art. 166)<sup>165</sup>, o nei consigli delle Camere di commercio (l. 6 luglio 1862, artt. 10 e 11)<sup>166</sup> o in generale tutte le volte che in occasione di uno specifico concorso fosse intervenuto un decreto reale di equiparazione rivolto a singoli individui (r.d. n. 2960 del 1923, cit., art. 1, co. 2°)<sup>167</sup>. Nei Paesi Bassi dal 1858 gli stranieri potevano essere assunti negli impieghi consolari, come professori, lettori o dirigenti di istituzioni pubbliche scolastiche, artistiche o scientifiche<sup>168</sup>. Similmente la *fonction publique* francese è da tempo aperta agli stranieri per l'accesso a posti di professori di Università, delle scuole di architettura e del Collegio di Francia<sup>169</sup>.

A distanza di anni è singolare notare che la stessa *ratio* normativa di un carattere tecnico delle mansioni correlate ad un posto d'impiego pubblico è stata – come vedremo - tra le motivazioni a fondamento dell'apertura ai cittadini europei, dunque dell'interpretazione restrittiva dell'eccezione alla disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori europei per gli «impieghi nelle pubbliche amministrazioni» (art. 45, § 4, TFUE).

---

semplice amministrazione»», ove per queste ultime non è previsto il requisito di nazionalità: S. CASSESE, *Stato-nazione e funzione pubblica*, cit., 88 ss.

<sup>165</sup> La possibilità di nominare stranieri alle funzioni accademiche – in qualità di professori universitari, ricercatori, lettori – appartiene alla tradizione europea sin dalle università medioevali e dallo “*jus ubique docendi*” all'epoca riconosciuto; cfr. da ultimo: M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale*, Napoli, in corso di stampa, cap. I; Andrea ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 13, 2009, 2 ss.; H. RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Cambridge, 1995, rist. 2010, 11; A.O. NORTHON, *Readings in the History of Education: Mediaeval Universities*, Teddington, 2006, 66; U. GUALAZZINI, *L'origine dello Studium Bolognese nelle più antiche vicende della Licentia Docendi*, in *Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna*, Nuova Serie, Bologna, 1985, 97 ss.; A.B. COBBAN, *The Medieval Universities: their Development and Organization*, Chatham, 1975, 27; J. VERGER, *Les Universités au Moyen Age*, Paris, 1973, 24 ss. Cita una previsione in tal senso nell'ordinamento giuridico olandese del XIX sec. (Act of 4 July 1858): J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, Groningen, 2001, 173.

<sup>166</sup> Cfr. L.M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, 334, che ricorda altresì la possibilità di nominare sudditi esteri alle cariche consolari di seconda categoria (l. 28 gennaio 1866, n. XX, art. 5).

<sup>167</sup> «Ai fini del presente decreto sono equiparati ai cittadini dello Stato [...] coloro pei quali tale equiparazione sia, in occasione di singoli concorsi riconosciuta in virtù di decreto reale».

<sup>168</sup> Wet van 4 juni 1858 *regelende de benoembaarheid van vreemdelingen tot landsbedieningen*, Stb. 46; cfr. J.E. BEENEN, *op. ult. cit.*, 173.

<sup>169</sup> Cfr. J.M. AUBY, J.B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Paris, 2002, 142; C. PERETTI, *Les étrangers dans l'enseignement supérieur*, in *Cahiers de la Fonction publique*, 2002, septembre, 13: tra il 1998 e il 2001 la percentuale di stranieri assunti a posti di ricercatore e professore universitario in Francia era pari rispettivamente al 9% e ad una quota oscillante tra 1/3 e 2/5 del totale.

La tradizione sviluppata soprattutto nelle teorie sulla soggettività giuridica di diritto internazionale<sup>170</sup> ricorda che lo stato è dato dalla compresenza di tre elementi costitutivi: territorio, popolo e sovranità, ove la cittadinanza sostanzia il secondo, che viene a coincidere con l'insieme dei cittadini che *appartengono* a quel dato stato, ne fa parte stabilmente e dà ad esso continuità in ragione della condivisione di alcuni valori fondamentali che ne caratterizzano l'ordinamento<sup>171</sup>.

Se ne distingue la "popolazione" che concettualmente individua l'insieme delle persone che si trovano su quel dato territorio e sono destinatarie degli atti d'imperio (o pubblici poteri) e il "corpo elettorale", che tra i cittadini identifica coloro che sono titolari dei diritti politici (c.d. *ius activae civitatis*).

Lo *status civitatis* e la conseguente esclusiva attribuzione di diritti e doveri identifica lo stato moderno in cui il popolo sovrano va inteso come comunità di individui che con un

---

<sup>170</sup> Cfr. fra molti: R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920, 2 ss., 69 ss.; D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1921, XXX ss.; Id., *Stato e territorio*, Roma, 1924, XXX ss.; H. KELSEN, *General theory of law and State* (1945), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, IV ed., 1994 XXX ss.; G. KOJANEC, *Stato (dir. internaz.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, cit., 787 ss.; T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1937, XXX ss.; per una critica: G. ARANGIO-RUIZ, *Stati e altri enti (soggettività internazionale)*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XVIII, 1971, 138 ss. e più di recente: ID., *Stato (dir. internaz.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, Torino, 2008, 867 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2006, 58 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999, 12 ss. Sugli elementi costitutivi della nozione di Stato nella dottrina amministrativista e costituzionalista cfr.: V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, cit., 5: «i caratteri generali che in ogni Stato si riscontrano» sono «una associazione permanente di uomini (famiglie), in relazione costante con un territorio, soggetti ad un potere sovrano verso il quale sono vincolati da un rapporto di obbedienza politica»; SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, 36 ss.; C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 48-49; A. GALANTE GARRONE, *Il diritto e lo Stato*, Torino, II ed., 1983, 135 ss.; D. FARIAS, *Stato (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, cit., 694 ss.; E. TOSATO, *Stato (dir. cost.)*, *ivi*, 761 ss., ove gli elementi costitutivi sono ricondotti a popolo, territorio, ordinamento giuridico e governo e la sovranità è considerata un attributo di quest'ultimo insieme alla politicità; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLIV, 333 ss.; ID., *Stato*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993, 7 ss.; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., 236 ss.; R. ROMBOLI, *Popolo*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XXIII, 1990, 1 ss.; ID., *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 159 ss.; D. NÖCILLA, *Popolo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 341 ss.

<sup>171</sup> SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1930, 85: lo Stato è una "corporazione" in quanto «ente che ha per elemento o sostrato una collettività di individui»; ancor meglio se lo si definisce una "comunità" perché «elemento essenziale di esso è la popolazione».

dato territorio ha un vincolo qualificato di *appartenenza*<sup>172</sup>, sicché si è detto che «lo stato-nazione [è] espressione giuridico-istituzionale del popolo» stesso<sup>173</sup>.

Si ritiene comunemente che escludere i non cittadini dal riconoscimento dei diritti e doveri connessi allo *status civitatis* – ivi compreso dall’accesso alle cariche pubbliche – rafforzi negli inclusi e per differenza l’appartenenza alla comunità, agevolando in quest’ultima l’identità<sup>174</sup>.

Tradizionalmente la cittadinanza è stata così intesa come uno «strumento di chiusura» rispetto a ciò che è altro, non soltanto verso l’esterno, perché solo chi ne è titolare ha pieno diritto di accedere e rimanere sul territorio nazionale (c.d. diritto di incolato, art. 16 Cost.)<sup>175</sup>, ma anche verso l’interno, perché circoscrive la titolarità dei diritti di

---

<sup>172</sup> Per la nozione di “cittadinanza” nel senso di “appartenenza”: Santi ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 173; P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, *passim*, ma spec. 3, 16-18, 25, 78, 20: «Il rapporto fra la comunità politica e l’individuo è il rapporto fra due grandezze strettamente complementari: non si intende l’individuo se non come membro della comunità, ma a sua volta quest’ultima non è separabile dalle parti che la compongono». Da ultimo cfr. fra molti: G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 425 ss.; A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, Torino, 2000, 93 ss., ove si indica nell’appartenenza ad una comunità il punto di connessione positiva e radicamento dei due termini di cittadinanza e sovranità; F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in *Pol. dir.*, 2000, 581: «la cittadinanza può essere intesa [...] sia nel senso di appartenenza alla polis, sia come status, centro di imputazione di diritti e doveri»; ID., *La cittadinanza e i diritti*, in *I diritti costituzionali*, vol. I, cit., XXX ss.; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., 4 ss., 20; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, cit., 5 ss.; L. BACCELLI, *Cittadinanza e appartenenza*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., 129 ss.; R. BRUBAKER, *Citoyenneté Citizenship and nationhood in France and Germany* (1992), trad. it. *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, Bologna, 1992, 48; R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 112 ss.; G. BISCOTTINI, *Cittadinanza (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 140 ss. Per la configurazione della “cittadinanza amministrativa” come «appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana», cioè a quella locale territoriale di residenza, cui consegue la «legittimazione agli obblighi di polizia amministrativa e ai servizi pubblici», cfr. fra molti: R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, *ivi*, 2004, 202, ss.; ID., *L’ossimoro della locuzione “cittadinanza globale”*, in *Dir. amm.*, 2005, 216 ss.; C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 485 ss.; I. PAOLA, *Pluricittadinanza, cittadinanza amministrativa e partecipazione all’attività dell’amministrazione*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, cit., 257 ss.; G.D. COMPORITI, *Amministrazione e cittadino*, cit., 7 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali*, *Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, cit., 3 ss.

<sup>173</sup> P. COSTA, *Cittadinanza*, cit., 79.

<sup>174</sup> La nozione di “identità” è inevitabilmente correlata a quella di “nazione” e di “appartenenza”, su cui si vedano i riferimenti alle nt. 7, 18, 23 e 24. Cfr. inoltre fra molti: A. SEN, *Identità e violenza*, Bari-Roma, 2006, XXX ss.; M. DOGLIANI, *Costituente e identità nazionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 57 ss.; L. FERRAJOLI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1993, 63 ss.; F. BILANCIA, *Paura dell’altro. Artificialità dell’identità e scelta dell’appartenenza*, in *Paura dell’Altro*, cit., 217 ss.; G.M. SALERNO, *Alla ricerca dell’identità tra legge e Costituzione*, *ivi*, 201 ss., ove si evidenzia in particolare il carattere identitario di «bandiera, Capitale, Patria, Repubblica e Nazione». Per un approccio psicoanalitico da ultimo: W. DOISE, *Confini e identità*, Bologna, 2010, 25: è il semplice fatto di «condividere lo stesso destino» a suscitare una «discriminazione valutativa in favore del gruppo di appartenenza»; per uno antropologico: F. REMOTTI, *L’ossessione identitaria*, Bari-Roma, 2010, XXX ss.

<sup>175</sup> Sul diritto di incolato cfr. *supra*, cap. I, par. 2, nt. XX.

partecipazione politica e in particolar modo di voto e di accesso alle cariche pubbliche<sup>176</sup>.

I modelli di acquisizione della cittadinanza divergono per la prevalenza del criterio della discendenza o filiazione (*jus sanguinis*) o della nascita sul territorio (*jus soli*)<sup>177</sup>, secondo tradizioni che vedono la propria origine in ragioni storiche e culturali. Il primo normalmente è ricondotto all'esperienza di comunità nazionali divise che a lungo hanno coltivato l'aspirazione all'unità istituzionale (Germania e Italia); il secondo è proprio dei paesi d'immigrazione e risponde alla necessità di estendere la leva militare obbligatoria o di porre un argine alle ricorrenti crisi demografiche (Francia)<sup>178</sup>.

Solo lo *jus soli* agevola una politica di "assimilazionismo etnocentrico", che porta ad estendere a chi è ancora straniero i diritti e gli obblighi del cittadino, negando tuttavia le differenze culturali con favore per l'affermazione di valori unitari.

Lo *jus sanguinis* protegge i componenti della comunità originaria (nazionale), sul presupposto di un legame dell'immigrato con la propria, talora fondata sulla semplice speranza di tornare un giorno nel paese di origine.

---

<sup>176</sup> Cfr. da ultimo in una prospettiva critica: A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana*, cit., 417-418: «la diseguaglianza e il valore escludente impliciti nelle cittadinanze sono rafforzati dal legame commutativo fra diritti politici e cittadinanza», ove «la statuizione della cittadinanza quale condizione per la titolarità dei diritti politici viene considerata alla stregua di un dato "naturale", logica e, molto spesso, intoccabile»; P. COSTA, *La sfida di una nuova cittadinanza che valorizzi i diritti dell'uomo contro la logica del dentro e fuori*, in *Amm. civile*, 2008, 28 ss.; R. BRUBAKER, *op. ult. cit.*, 10 e 45 ss.; D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, cit., 17 ss. In tal senso già: R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. III, Torino, 1959, 311 ss. Sulla cittadinanza fondata sulla residenza come superamento della prospettiva di esclusione: F. MANGANARO, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, cit., 224-225.

<sup>177</sup> Sui due modelli di acquisizione della cittadinanza per *jus sanguinis* o *jus soli* nell'ordinamento italiano cfr. per tutti: G. KOJANEC, *Norme sulla cittadinanza italiana. Riflessi interni ed internazionali*, Milano, 2002, II ed., XXX ss.; R. CLERICI, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1993, 171 ss.; C. ROMANELLI GRIMALDI, *Cittadinanza*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, 1988, 3 ss.; S. BARIATTI, *Cittadinanza (dir. comp. e stran.)*, *ivi*, 2 ss.; G. CORDINI, *op. cit.*, 111-115 e spec. nt. 255 per la comparazione dei diversi modelli di acquisizione della cittadinanza negli ordinamenti europei, 267 ss. Il dibattito è tornato di recente di estrema attualità a seguito dell'intervento del Presidente della Repubblica in favore di una maggiore apertura al criterio dello *jus soli*: Intervento del Presidente della Repubblica all'incontro dedicato ai "Nuovi Cittadini italiani", 15 novembre 2011, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it); F. AMABILE, *Napolitano: una legge per lo ius soli*, in *laStampa.it*, 23 novembre 2011. Cfr. inoltre D. BOLOGNINO, *Le nuove frontiere della cittadinanza sociale*, in *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, a cura di G.C. De Martin e D. Bolognino, Padova, 2010, 83 ss.

<sup>178</sup> Cfr. R. BRUBAKER, *op. ult. cit.*, *passim*; S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quad. cost.*, 2000, 38-39; per una critica della contrapposizione tra «civic» (*ius soli* - Francia) ed «ethnic nationalism» (*ius sanguinis* - Germania), con particolare riguardo ai casi francese, britannico e americano: P. SPENCER and H. WOLLMAN, *Nationalism. A critical introduction*, London-California-New Delhi, 2003, 102 ss.; D. KOSTAKOPOULOU, *The Future Governance of Citizenship*, Cambridge, 2008, 23 ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, cit., 278 ss.

Entrambi i modelli hanno conosciuto, specie di recente, acute crisi in ragione dei limiti sottesi all'una o all'altra *ratio* normativa, crisi che sono derivate dalla rivendicazione di una specificità culturale, di un'effettiva parità di *chances* o di un'attiva partecipazione alle scelte di governo delle comunità di residenza<sup>179</sup>.

Lo *status* di *civis optimo iure* - a partire dal settecento<sup>180</sup> - coincide con la titolarità dei diritti di partecipazione politica e di gestione della cosa pubblica, che si ricollega agli antichi<sup>181</sup> e supera la diversa concezione medioevale ove gli stranieri erano contrapposti ai cittadini per la sola esclusione dei diritti di successione (c.d. *legge d'albinato* o *albinaggio* o *droit d'aubaine*)<sup>182</sup>, poiché era prevalente un giustapporsi di *status*

---

<sup>179</sup> Sulla crisi recente dell'assimilazionismo alla francese: R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, cit., XXX ss.; U. MELOTTI, *Immigrazione, conflitti urbani e culture politiche in Europa*, in *Le banlieues. Immigrazione e conflitti urbani in Europa*, a cura di U. Melotti, Roma, 2007, 16 ss.; M. BOUCHER, *Les théories de l'intégration. Entre universalisme et différencialisme. Des débats sociologiques et politiques en France: analyse de textes contemporains*, Paris, 2000, XXX ss.

<sup>180</sup> Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du droit politique* (1762), *Contratto sociale ovvero principi del diritto politico*, a cura di G. Ambrosetti, Brescia, 1990, 25 e 44-45, ove si sottolinea la differenza tra «indipendenza naturale» e «libertà civile»; ID., *Lettres écrites de la montagne, II Partie, Lettre VIII*, Amsterdam, 1764, 57 ss. L'idea di una necessaria partecipazione attiva alla *societas* si ritrova negli scritti di Kant: I. KANT, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Ansicht* (1784), trad. it. *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Antologia di scritti pedagogici*, a cura di G. Formizzi, Verona, II ed. 2004, 185 ss.; ID., *Über den Gemeinspruch: «Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis»* (1793), trad. it. *Sul detto comune: «questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, III ed., 1995, XXX ss. Per una sintesi del pensiero di entrambi: P. COSTA, *Cittadinanza*, cit., 42 ss.

<sup>181</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, a cura di R. Laurenti, Roma-Bari, 1993, XXX ss. Nell'antica Roma è il *civis* che, tra le altre cose, «può esercitare le azioni popolari, essere giudice nei processi civili e giurato in quelli criminali, essere eletto alle magistrature, esercitare lo *ius militiae*, far parte dei collegi sacerdotali, prendere gli auspici, fondare una tomba, esercitare lo *ius provocationis*, sottrarsi mediante l'*exilium* alla pena capitale»: G. CRIFÒ, *La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari, 2000, 34; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., 13 e 32 ss., 49 ss. Cfr. da ultimo: P. COSTA, *Cittadinanza*, cit., 9-10, ove si evidenzia come in Aristotele «l'espressione emblematica dell'essere cittadino è la "partecipazione alle funzioni di giudice e alle cariche"» ed «è cittadino [...] solo l'individuo che possa esercitare la virtù e occuparsi, in condizioni di eguaglianza con gli altri cittadini, della cosa pubblica»; G.P. PAROLIN, *Dimensioni dell'appartenenza e cittadinanza nel mondo arabo*, Napoli, 2007, 1 ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, cit., 45 ss.; P. MAGNETTE, *La citoyenneté: une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, 2001, XXX ss.

<sup>182</sup> Nell'età comunale i diritti civili degli stranieri erano limitati dal diritto di albinaggio, dal "diritto di naufragio" - che attribuiva al Re la proprietà di persone e merci che, a seguito di naufragio, si fossero ritrovate sulla riva pertinente al territorio soggetto alla sovrana potestà - e per il sistema delle "lettere di rappresaglia", che consentiva al cittadino-creditore di uno straniero di soddisfare il proprio credito sui beni di qualsiasi concittadino di quest'ultimo che si trovasse sul territorio comunale: G. BUNIVA, *Dei diritti civili e del loro godimento*, in *Arch. giur.*, III, Bologna, 1869, 67. Cfr. da ultimo G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., 88; R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, cit., 74: tali diritti furono dapprima denunciati da C. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Paris, 1862, livre XXI, chap. XVII, 310 - ove si richiamano «les droits insensés d'aubaine et de naufrage» - e poi aboliti dall'Assemblea Costituente del 1790.

giuridici che segnavano i diversi rapporti con il *signore* e l'appartenenza alle varie corporazioni<sup>183</sup>.

Nell'*Ancien Régime* e prima ancora all'epoca dei comuni medioevali si riteneva normale scegliere gli stranieri per i più alti uffici pubblici; per la nomina del podestà si ricorreva a cittadini provenienti «da altra terra, e non delle più vicine», rinvenendosi una garanzia di imparzialità nell'estraneità alle lotte partigiane cittadine<sup>184</sup>.

La *Révolution* accompagna la riserva ai cittadini dei diritti civili e politici – ivi compreso l'accesso alle cariche pubbliche - con la partecipazione popolare alla difesa della patria e poi con la leva militare obbligatoria, che è scelta di superamento degli eserciti mercenari in ragione della crescente recrudescenza e ferocia delle guerre di epoca moderna<sup>185</sup>.

Il sacrificio imposto ai singoli non trova più compensazione in una mera mercede economica, ma al contrario esige quell'«*amour de la patrie qui a principalement sa*

---

<sup>183</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 35. Da ultimo si vedano: P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 16 ss.; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, cit., 18 ss.; G. CORDINI, *op. cit.*, 81: «in una società atomistica come quella feudale l'individuo assumeva varie e distinte configurazioni giuridiche in relazione ad ogni situazione particolare con la quale lo si confrontava. Conseguentemente si può parlare di *homo, fidelis, civis, subiectus, singularis persona* [...]. Nella corporazione medioevale si riscontra una dimensione universale del diritto, dato che le *universitas* culturali o mercantili, di regola, oltrepassavano le frontiere territoriali o politiche di ogni singola comunità feudale [...]»; T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., 10; per una descrizione recente della società di *ancien régime* come una «piramide di *societates* autonome, destinate a incastrarsi le une nelle altre a mo' di tante scatole cinesi», composta di comunità contadine, ordinamenti urbani, comunità corporative, fraternite e altre istituzioni assistenziali, ordinamenti ecclesiastici, «stati» e parlamenti: L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2006, 18 ss.

<sup>184</sup> Sono stranieri ad es. Necker o Mazzarino alla corte di Francia: cfr. L.M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, cit., 285-286. Necker non solo era cittadino ebreo, ma anche protestante, nonostante la revoca dell'Editto di Nantes del 18 ottobre 1685: J. ZILLER, *Egalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, cit., 33.

<sup>185</sup> Cfr. D. DALLOZ – A. DALLOZ, *Organisation militaire*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 34<sup>ème</sup>, II pt., Paris, 1870, 1867 ss., ove si ricordano le «*levées de masse*» dei primi anni repubblicani (1792) e la successiva introduzione della «*conscription*» con decreto della Convenzione nazionale del 24 febbraio 1793, sostituito poi con altro provvedimento del 23 agosto dello stesso anno cui si deve l'istituzione di uno stato di «*réquisition permanente*» per «*tous les français*». I sistemi di reclutamento basati sulla coscrizione furono utilizzati tra Cinque e Seicento dagli eserciti della Svezia dei Wasa e del Brandeburgo-Prussia degli Hohenzollern, per essere generalizzati a quasi tutta l'Europa dopo la Rivoluzione francese, cfr. da ultimo: P. DEL NEGRO, *Guerra ed eserciti da Machiavelli a Napoleone*, Roma-Bari, 2007, 44; W. BARBERIS, *Le armi del Principe, La tradizione militare sabauda*, Torino, 1988, 141 ss. e 305 ss., rispettivamente sui sistemi di levata di massa in uso nel Piemonte del XVII sec. - il cui apporto tuttavia non prevalse su quello mercenario - e sul reclutamento di leva all'epoca della Restaurazione.

*source dans ce sentiment irréfléchi, désintéressé et indéfinissable, qui lie le cœur de l'homme aux lieux où l'homme a pris naissance»<sup>186</sup>.*

La scelta storica è anticipata in sede teorica da Machiavelli il quale ricorda che «senza avere armi proprie nessun principe è sicuro... E l'armi proprie sono quelle che sono composte di sudditi, o di *cittadini*, o di creati tuoi: tutte l'altre son mercenarie, od ausiliarie»<sup>187</sup>.

La cittadinanza diviene così sinonimo di “immedesimazione” con il potere esercitato ed è intesa come «importante garanzia per l'indipendenza nazionale e per la sicurezza dello Stato»<sup>188</sup>, con un parallelo tra organizzazione amministrativa ed esercito che aveva già trovato una prima affermazione nell'amministrazione sabauda del settecento<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I* (deuxième partie), 13 éd., 1835, 67, che continua come segue: «*Cet amour instinctif se confond avec le goût des coutumes anciennes, avec le respect des aïeux et la mémoire du passé; ceux qui l'éprouvent chérissent leur pays comme on aime la maison paternelle. Ils aiment la tranquillité dont ils y jouissent; ils tiennent aux paisibles habitudes qu'ils y ont contractées; ils s'attachent aux souvenirs qu'elle leur présente, et trouvent même quelque douceur à y vivre dans l'obéissance. Souvent cet amour de la patrie est encore exalté par le zèle religieux, et alors on lui voit faire des prodiges. Lui-même est une sorte de religion; il ne raisonne point, il croit, il sent, il agit. Des peuples se sont rencontrés qui ont, en quelque façon, personnifié la patrie, et qui l'ont entrevue dans le prince. Ils ont donc transporté en lui une partie des sentiments dont le patriotisme se compose; ils se sont enorgueillis de ses triomphes, et ont été fiers de sa puissance. Il fut un temps, sous l'ancienne monarchie, où les Français éprouvaient une sorte de joie en se sentant livrés sans recours à l'arbitraire du monarque, et disaient avec orgueil: "Nous vivons sous le plus puissant roi du monde" ».* Sull'idea illuminista - che trovò una prima sperimentazione nella Rivoluzione americana - che la guerra fosse legittima «unicamente se combattuta in difesa della patria» e che tutti i cittadini avessero il potere/dovere di «prendere le armi per difendere le loro famiglie e loro case»: P. DEL NEGRO, *Guerra ed eserciti da Machiavelli a Napoleone*, cit., 123-126.

<sup>187</sup> Cfr. N. MACHIAVELLI, *Il principe*, Firenze, 1848, 36-40: le armi mercenarie: «sono inutili e pericolose e se uno tiene lo stato suo fondato in su l'armi mercenarie, non starà mai fermo né sicuro; perché le sono disunite, ambiziose e senza disciplina, infedeli, gagliarde tra gli amici, tra li nimici vili (...). La cagione di questo è, che non hanno altro amore né altra cagione che le tenga in campo, che un poco di stipendio; il quale non è sufficiente a fare ch'elli vogliono morire per te»; cfr. anche ID., *Dell'arte della guerra*, Milano, 1961, 334 ss. e ID., *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Milano, 1966, Lib. I, cap. XLIII, 203, raccolti in R. PUDDU, *Eserciti e monarchie nazionali nei secoli XV-XVI*, Firenze, 1975, 61 ss.: «Considerasi ancora [...] quanta differenza è da uno esercito contento e che combatte per la gloria sua, a quello che è male disposto e che combatte per l'ambizione altrui. [...] Da questo esempio si può conoscere, in parte, delle cagioni della inutilità de' soldati mercenari; i quali non hanno altra cagione che gli tenga fermi, che un poco di stipendio che tu dà loro. La qual cagione non è né può essere bastante a fargli fedeli, né tanto tuoi amici, che vogliono morire per te. [...] E perché questo amore non può nascere [...] da altro che da' sudditi tuoi, è necessario a volere tenere uno Stato, a volere mantenere una repubblica o uno regno, armarsi de' sudditi suoi [...]». Cfr. P. DEL NEGRO, *op. ult. cit.*, 12-13: Machiavelli tenta di offrire una risposta al problema politico-militare del momento: «riuscire a integrare le “masse” [...] in uno Stato e in un esercito, che aspiravano a diventare, superando la logica medioevale tendente alla frammentazione e alla differenziazione, territorialmente “nazionali” [...]»

<sup>188</sup> Cfr. L.M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, cit., 332.

<sup>189</sup> Cfr. da ultimo: M. CAMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, XXX ss. Ricorda come «la formazione di un'efficiente e fedele burocrazia fu il tratto caratterizzante della storia secolare di casa Savoia, a partire da Emanuele Filiberto e dalla sua riforma delle milizie»: V. FERRONE, *I meccanismi di*

Nella Costituzione italiana è richiamato il «*sacro dovere* di difesa della *patria*», che è attributo esclusivo del cittadino (art. 52, co. 1°, Cost.) in quanto «condizione prima della conservazione della comunità nazionale» e perciò intimamente e indissolubilmente collegato «all'appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana (e perciò alla cittadinanza)»<sup>190</sup>.

La riserva trova qui un'enfasi particolare, che si riflette nel carattere di “*sacralità*” attribuito al dovere e nell'utilizzazione, unica nel testo costituzionale, del termine “*patria*”, in ragione dell'assolutezza del sacrificio imposto a chi in guerra rischia di perdere la propria vita.

Il rapporto tra il dovere di difesa della patria e lo *status* di cittadinanza al pari del rapporto tra cittadino ed esclusivo diritto di accesso ai pubblici impieghi<sup>191</sup> trovano

---

*formazione delle élites sabaude. Reclutamento e selezione nelle scuole militari del Piemonte nel Settecento, in L'Europa tra Illuminismo e Restaurazione, Scritti in onore di Furio Diaz, Roma, 159. Sull'intreccio di rapporti tra militari e funzionari nel Piemonte del XVII secolo: W. BARBERIS, Le armi del Principe, La tradizione militare sabauda, cit., 163 e ss.; ID., Il bisogno di patria, Torino, 2004, 41-43. Per una descrizione del processo sei-settecentesco di professionalizzazione e burocratizzazione degli eserciti d'Europa: P. DEL NEGRO, op. ult. cit., 82-89.*

<sup>190</sup> Corte cost., 12 aprile 1967, n. 53, sulla norma che imponeva il servizio militare a chi avesse perso la cittadinanza italiana (l. 13 giugno 1912, n. 555, art. 8, co. 2°, e d.P.R. 14 febbraio 1964, n. 23, art. 1, lett. b, sulla leva e il reclutamento obbligatorio nell'esercito, nella marina e nella aeronautica), con nt. di G. LOMBARDI, *Dovere di difesa, servizio militare e status di cittadino*, in *Giur. cost.*, 1967, 343 ss.; Corte cost. 14 febbraio 1973, n. 16 e Corte cost., 20 gennaio 1982, n. 31: il dovere di difesa della Patria è specificazione del più ampio dovere di fedeltà alla Repubblica e di obbedienza alla Costituzione e alle leggi (art. 54) ed è «presidio dell'indipendenza e libertà della nazione»; Corte cost., 17 giugno 1992, n. 278: la portata normativa dell'art. 52 è «palesamente quella di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale», sicché è legittima l'estensione dell'obbligo militare agli apolidi, non agli stranieri perché ne risulterebbe violata la norma di diritto internazionale volta ad «impedire il sorgere di situazioni di conflitto potenziale tra opposte lealtà»; Corte cost., 18 maggio 1999, n. 172, con nt. di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi - Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1705 ss. Il principio di piena eguaglianza tra apolidi e cittadini (Convenzione di New York del 28 settembre 1954) induce a ritenerli «parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa», da ultimo: D. MEMMO, *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, Torino, 2012, 67. Per una lettura dell'art. 52 Cost. che non esclude il dovere di difesa della patria in capo agli stranieri stabilmente residenti, purchè lo stesso sia inteso sempre meno come «difesa del sacro suolo con le armi in pugno» e sempre più come «contributo alla vita e allo sviluppo della società»: A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, cit., 234 ss. Sulla difesa della patria come locuzione comprensiva di “difesa militare” e “difesa civile”, da ultimo: E. CHITI, *L'amministrazione militare*, Milano, 2007, 70.

<sup>191</sup> Cfr. da ultimo: M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, cit., 433 ss.; A. CARNAROLI, *La libera circolazione dei dipendenti pubblici in Italia e in Francia*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, 264-66.

entrambi fondamento nella *fedeltà* alla Repubblica (art. 54 Cost.)<sup>192</sup> quale intima adesione ai principi costituzionali che ne identificano la sovranità<sup>193</sup>.

L'esercizio di pubbliche funzioni è assunto a indice della sussistenza di un vincolo di appartenenza: tradizionalmente l'aver prestato servizio per l'amministrazione pubblica è considerato un titolo utile per ottenere la naturalizzazione<sup>194</sup>, o per riacquistare la cittadinanza perduta<sup>195</sup>, così come è causa di decadenza dallo *status* di cittadino il mantenimento di una posizione di impiego presso uno Stato o ente pubblico estero o un ente internazionale cui l'Italia non partecipi, nonostante l'intimazione all'abbandono del governo nazionale<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Per l'affermazione di un dovere "qualificato" di fedeltà dei funzionari pubblici cui è imposto di adempiere alle funzioni secondo «disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge» (art. 54, co. 2° Cost.), contro al dovere «a contenuto minimo» dei cittadini (art. 54, co. 1°, Cost.): G. LOMBARDI, *Fedeltà*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, 1968, Milano, 171 ss.; ID., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, XXX ss.; A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 4; C. PINELLI, *Il 1° comma dell'art. 98. Il vincolo dei funzionari al «servizio esclusivo della Nazione»*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 420-421. Cfr. L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, XXX ss.; ID., *Giuramento nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, vol. VII, 308: il dovere di fedeltà dei cittadini ha un «contenuto massimo» comprensivo di comportamenti positivi (es. difesa della patria, concorso alle spese pubbliche, ecc.), pena l'indifferenziazione rispetto all'«inosservanza». Sul dovere di fedeltà da ultimo: G. GALANTE, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico tra morale, politica e diritto*, in *Riv. Ass. It. Cost. (AIC)*, n. 00 del 02.07.2010; ID., *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, vol. III, Torino, 2006, XXX ss. I. MASSA PINTO, *Doveri e formazioni sociali. il dovere di fedeltà alla repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 52 ss.; A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, *ivi*, 140 ss.; G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, 2005, XXX ss.; pone il dovere di fedeltà (art. 54 Cost.) direttamente a fondamento dello *status* di cittadinanza: E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, cit., 104-105.

<sup>193</sup> Al dovere di fedeltà dei cittadini corrisponde la «fiducia» dell'amministrazione nei loro confronti: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CXXXVIII: «Se, infatti, il rapporto di p. impiego si fonda essenzialmente sul vincolo di fedeltà dell'impiegato verso lo Stato e di fiducia dello Stato verso l'impiegato, la presunzione di una tale reciprocità non può con sicurezza riscontrarsi se non nello Stato e in coloro che sono suoi cittadini».

<sup>194</sup> L. 5 febbraio 1992, n. 91, art. 4, co. 1°, lett. b; art. 9, co. 1°, lett. c; in tal senso già l. 13 giugno 1912 n. 555, art. 3, n. 1.

<sup>195</sup> L. n. 91 del 1992, cit., art. 13 e già l. n. 555 del 1912, cit., art. 9, n. 1.

<sup>196</sup> L. n. 91 del 1992, cit., art. 12 e già l. n. 555 del 1912, cit., art. 8, co. 3°. Cfr. da ultimo R. CLERICI, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 392 ss., ove si sottolinea come la norma imponga «concretamente una sorta di bilanciamento tra l'art. 22 e l'art. 54 della Costituzione», perché la privazione dello *status* di cittadinanza per prestazione di servizio presso un'amministrazione internazionale o di un altro stato può essere motivata da ragioni politiche, la cui considerazione è vietata dall'art. 22 Cost., ma può altresì determinare una violazione particolarmente grave del dovere di fedeltà alla Repubblica ex art. 54 Cost.

La rivendicazione di un canale privilegiato di accesso ai pubblici uffici ha talora caratterizzato i movimenti autonomistici o indipendentisti, quale strumento di affermazione della propria identità collettiva in contrapposizione a quella statale.

Si è ricordato così come una più ampia rappresentanza nell'*Indian Civil Service* con riserva di posti nei concorsi<sup>197</sup> ai più alti ruoli dell'amministrazione sia stata rivendicata come strumento di autonomia, affinché gli indiani potessero «sentire collettivamente che la responsabilità per un forte e saggio governo del popolo si basa su di loro»<sup>198</sup>.

## 2. Cittadinanza dell'Unione europea e accesso all' "amministrazione europea integrata".

Il riconoscimento dello *status* di cittadinanza europea e del diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione (artt. 20 e 21 TFUE) impone un' almeno parziale rilettura del costruito che ha accompagnato la formazione dei moderni Stati nazionali fondando il diritto di accesso alle amministrazioni dei paesi membri sulla cittadinanza nazionale.

Requisito per l'assunzione nella maggior parte degli «impieghi nelle pubbliche amministrazioni» (art. 45, § 4, TFUE) è oggi - come vedremo - la cittadinanza europea,

---

<sup>197</sup> Nell'India britannica gli impieghi pubblici erano aperti alla popolazione indigena in ragione di una tradizione che si voleva in continuità con le proclamazioni di eguaglianza di epoca settecentesca, sicché il reclutamento era almeno *prima facie* scevro di discriminazioni secondo la razza o il colore della pelle dei candidati. Le condizioni concrete di assunzione, e in special modo la localizzazione dei concorsi esclusivamente in madre patria e l'abbassamento dei limiti di età per i candidati indiani determinavano tuttavia delle disuguaglianze di fatto idonee ad ostacolarne il successo nelle procedure selettive. Cfr. M. GRIFFO, *L'India coloniale dalla «autocrazia costituzionale» alla protodemocrazia. Il dibattito sulle riforme e l'Indian Civil Service (1909-1919)*, Milano, 1999, 33 ss.; E. BLUNT, *The I.C.S., The Indian Civil Service*, London, 1938, 49 ss. e spec. 50: «*Only rich men could afford to send their sons to England, and caste restrictions prevented orthodox Hindus from crossing the "black water" [...] the principle of competition had failed to provide Indians with a chance of free admission to the service of the Crown, which the Queen, in her proclamation of 1858, had promised to them*». Al contrario in Italia i nativi di Tripolitania e Cirenaica, seppur in possesso di cittadinanza italiana, erano esclusi dagli impieghi pubblici del Regno, potendo concorrere soltanto «secondo gli ordinamenti locali»: cfr. r.d. 1° novembre 1919, n. 931 e r.d. 6 novembre 1919, n. 2401, citati in M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., CXL-CXLI. Del tutto esclusi da qualsiasi impiego pubblico erano i nativi di Eritrea e Somalia, in quanto meri «sudditi» dunque privi dello *status* di «cittadino coloniale» viceversa riconosciuto ai primi. Cfr. Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 125; ID., *Corso di diritto costituzionale*, cit., 131 s.; da ultimo: G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., 227.

<sup>198</sup> M. GRIFFO, *op. ult. cit.*, 76.

rimanendo riservati ai cittadini nazionali solo gli impieghi riferibili al nucleo dei c.d. “pubblici poteri”<sup>199</sup>.

Lo *status* di cittadino nazionale non è certo di per sé “superato”<sup>200</sup>, poiché, come si è visto<sup>201</sup>, esso è tuttora il necessario presupposto della cittadinanza europea, che – nella spesso evidenziata assenza di un “*demos*” europeo<sup>202</sup> – rischia di coincidere meramente con la somma di cittadinanze e identità nazionali<sup>203</sup>.

Tuttavia, come la costituzione di una burocrazia professionale nazionale è stata elemento utile alla costruzione degli Stati moderni perché ha contribuito al rafforzamento di un’identità collettiva rinsaldando quel vincolo di appartenenza che di

---

<sup>199</sup> Cfr. *infra*, par. 3 e 5.

<sup>200</sup> Per l’osservazione secondo cui quello di cittadinanza è un «concetto che ha esaurito la sua funzione euristica»: G.D. COMPORI, *Amministrazione e cittadino*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, cit., 7. Per una lettura che suggerisce il ripensamento dello *status* di cittadinanza nazionale senza dichiararne il superamento: S. BARTOLE, *La cittadinanza e l’identità europea*, cit., 41 e ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, cit., 44 ss.

<sup>201</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.

<sup>202</sup> Cfr. fra molti: J.H.H. WEILER, *In defence of the status quo: Europe’s constitutional Sonderweg*, in *European Constitutionalism Beyond the State*, edited by J.H.H. Weiler and M. Wind, Cambridge, 2003, 15 ss., ove si osserva come la pluralità di identità sia resa possibile e “ricomposta” grazie al «Principle of Constitutional Tolerance»; ID., *Federalismo e costituzionalismo: il “Sonderweg” europeo*, in *Diritti e Costituzione nell’Unione europea*, cit., 54 ss.; ID., *A Constitution for Europe? Some Hard Choices*, in *Integration in an Expanding European Union, Reassessing the Fundamentals*, Oxford, 2003, 17 ss.; ID., *The Selling of Europe: The Discourse of European Citizenship in the IGC 1996*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 3/1996: «it is argued as a matter of empirical observation that there is no European demos -- not a people not a nation. Neither the subjective element (the sense of shared collective identity and loyalty) nor the objective conditions which could produce these (the kind of homogeneity of the organic national-cultural conditions on which peoplehood depend such as shared culture, a shared sense of history, a shared means of communication(!) exist. Long term peaceful relations with thickening economic and social intercourse should not be confused with the bonds of peoplehood and nationality forged by language, history, ethnicity and all the rest»; ID., *The State “über alles”. Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, *ivi*, n. 6/1995, entrambi in <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/>; C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, cit., 198; A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, cit., 13, ove si evidenzia come, specialmente tra i cittadini dei paesi fondatori delle Comunità europee, «l’idea di essere *civis* europeo sta uscendo dal limbo»; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 151 ss.; G. AMATO, *Il senso dell’Europa “unita nella diversità”*, in AA. VV., *L’idea dell’Europa*, Soveria Mannelli, 2006, 63-64; M. POIARES MADURO, *Europe and the constitution: what if this is as good a sit gets?*, in *European Constitutionalism Beyond the State*, cit., 81 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., 176 ss.; S. DELLA VALLE, *Una Costituzione senza popolo? La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come potere costituente*, Milano, 2002, XXX ss.

<sup>203</sup> Sulla convivenza di un’identità europea e di una pluralità di identità nazionali cui la prima non può essere omologata: S. BARTOLE, *La cittadinanza e l’identità europea*, cit., 45 ss. Evidenzia come nell’Europa medievale la “nazione” (universitaria o come raggruppamento usato nei grandi concili) non coincide con l’origine nazionale dei suoi membri, raggruppando coloro che appartengono a più ampi raggruppamenti territoriali (es. Cismontani e Ultramontani a Bologna dal 1180): J. LE GOFF, *L’Europe est-elle née au Moyen Age?*(2003), trad. it. *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell’Europa*, Bari-Roma, 2004, 221-222.

essa si è visto costitutivo<sup>204</sup>, così l'apertura delle pubbliche amministrazioni dei paesi membri ai lavoratori europei può configurarsi come elemento identitario della cittadinanza dell'Unione, configurando uno *ius activae civitatis* che supera sempre più i confini nazionali.

Non è un caso che all'istituzione della cittadinanza europea corrisponda il delinarsi di un "sistema amministrativo europeo"<sup>205</sup> in cui le funzioni attribuite al livello sovranazionale sono esercitate sempre più in "comunione" da amministrazioni europee e nazionali, secondo un modello che si è ritenuto segnare ormai il superamento della c.d. "amministrazione indiretta", a beneficio di quella che si è detta "amministrazione integrata", "composita" o "coamministrazione"<sup>206</sup>.

Già con riguardo all'articolazione istituzionale interna si è rilevato come «la parola Stato dell'art. 114, co. 1°, Cost. vada intesa come enunciato di sintesi che individua gli organi ed enti statali della Repubblica disciplinati dalla seconda parte della Costituzione» (Parlamento, Presidenza della Repubblica, Governo, Magistratura, Corte costituzionale e così via) «cui si affiancano senza più alcuna soluzione di continuità: i comuni, le province, le città metropolitane e le Regioni», ove l'enunciato costituzionale assume il duplice significato di definizione e disciplina di organi ed enti che strutturano

---

<sup>204</sup> Cfr. J.A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli e P. Schiera, vol. I *Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1972, 86 ss.: la burocrazia è elemento essenziale dello Stato moderno dell'Europa del XVI sec. perché è "burocrazia nazionale", cui possono accedere solo coloro che fanno parte della comunità, in ciò distinguendosi dalla burocrazia professionale di Cina e Turchia che non è legata al popolo perché i funzionari sono «parti anonime di un'organizzazione puramente tecnica», che non determina lo svilupparsi di forme politiche assimilabili a quelle del moderno Stato europeo.

<sup>205</sup> Cfr. fra molti: G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 29 ss.; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, 255 ss.

<sup>206</sup> Il "ribaltamento" del modello originario, di esecuzione o amministrazione indiretta, è evidenziato tra gli altri da C. FRANCHINI, *Le nozioni di amministrazione indiretta e di coamministrazione nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, cit., 163 ss.; ID., *L'evoluzione dell'organizzazione amministrativa europea*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Sticchi Damiani e F. Vetrò, cit., 2 ss.; F. GIGLIONI, *Governare per differenza, Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012, 168; E. CHITI-C. FRANCHINI, *Le figure organizzative*, in *Diritto amministrativo europeo*, cit., 68; H.C.H. HOFMANN - G.C. ROWE - A.H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, 2011, 259 ss.; C. HARLOW, *Three phases in the evolution of EU administrative law*, in *The evolution of EU law*, edited by P. Craig and G. de Burca, Oxford, 2011, 439 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 125 ss.; L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Torino, 2009, XXX ss.; O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, 44 ss., 146 ss.; L. SALTARI, *op. ult. cit.*, 13 ss.; J. ZILLER, *Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen*, in *Droit administratif européen*, cit., 235 ss.; C. FRANCHINI, *Les notions d'administration indirecte et de coadministration*, *ivi*, 267 ss.; E. CHITI, *Les agences, l'administration indirecte et la coadministration*, *ivi*, 267 ss.; F. ASTONE, *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, Torino, 2004, 323 ss.; E. CHITI – C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, XXX ss.

la Repubblica (art. 114, co. 1°, Cost.), ma al tempo stesso di disciplina delle relative funzioni, secondo un modello che è quello di molteplici ordinamenti autonomi e derivati dall'unico ordinamento sovrano posto dalla Costituzione<sup>207</sup>.

Analogamente in molteplici settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea l'espressione "amministrazione europea" appare sempre più come enunciato di sintesi idoneo a richiamare indistintamente i livelli istituzionali dei paesi membri e gli organi dell'Unione, integrati gli uni agli altri secondo modelli diversificati: dalla sicurezza alimentare, alla tutela della concorrenza, le politiche agricole, la disciplina dei mercati finanziari, la tutela dell'ambiente, e così via.

È noto infatti che - qualora gli obiettivi dell'azione europea possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri - è direttamente l'organizzazione di quest'ultimi a dare esecuzione agli atti dell'Unione europea in modo tale che talora s'impone addirittura l'adozione di specifici moduli organizzativi, che proprio perciò trovano ormai definito il loro ordinamento anche a livello europeo.

L'influenza esercitata sull'organizzazione amministrativa nazionale incide sulle attribuzioni degli enti pubblici previsti negli ordinamenti dei paesi membri a livello centrale o territoriale<sup>208</sup> e determina talora la costituzione di appositi enti o uffici<sup>209</sup>, di

---

<sup>207</sup> R. CAVALLO PERIN e ALB. ROMANO, *Commento all'art. 1*, in *Commentario breve al Testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, 3-4.

<sup>208</sup> Per l'analisi delle ricadute dell'ordinamento dell'Unione sull'organizzazione territoriale degli Stati membri, evidenziando come gli enti locali siano talora «interlocutori diretti» delle istituzioni dell'Unione e come si sia esercitato un certo «condizionamento» in favore del decentramento specialmente nei confronti dei paesi di nuova istituzione: O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, cit., 19 ss.; P. COSTANZO e A. RUGGERI, *Unione europea e autonomie territoriali*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, cit., 451 ss.; F. ASTONE, *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, cit., 267 ss.; E. PUCCIARELLI, *Le autonomie locali italiane nelle politiche di coesione: un confronto tra principi e prassi*, in *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, a cura di G. Colombini, Napoli, 2011, 271 ss.; C. STEINDLER, *Le Regioni nella rete del policy making comunitario*, in *L'Europa delle reti*, a cura di M. Morisi - A. Predieri, Torino, 2001, 283 ss.

<sup>209</sup> Ne sono esempi l'Agenzia Nazionale per la Sicurezza Alimentare, istituita in attuazione del Reg. (CE) n. 178/2002 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 *che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare*, con d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, art. 11, conv. in l. 28 febbraio 2008, n. 31 e soppressa in attuazione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 26, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133; l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (A.G.E.A.), istituita con d.lgs. 27 maggio 1999, n. 165, art. 2, in attuazione del Reg. (CE) n. 1663/95 della Commissione, del 7 luglio 1995, *che stabilisce modalità d'applicazione del regolamento (CEE) n. 729/70 per quanto riguarda la procedura di liquidazione dei conti del FEAOG, sezione "garanzia"*. Cfr. M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, 132; L. SALTARI, *op. cit.*, 71 ss.; M. D'ALBERTI, *La "rete" europea delle Autorità di concorrenza*, in [www.learlab.com](http://www.learlab.com); E. CHITI, *La dimensione europea e globale*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2009, 398, ove si ricordano altresì il Dipartimento nazionale per le politiche antidroga e l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e dei servizi tecnici.

cui sono in alcuni casi delineate sinanco le caratteristiche costitutive specialmente con la richiesta di indipendenza e qualificazione professionale dei componenti<sup>210</sup>, superandosi la normale “indifferenza” rispetto agli assetti definiti dagli ordinamenti dei singoli Stati, intesa come espressione dell’identità nazionale (art. 4, § 2, TUE)<sup>211</sup>.

Si è osservato come le amministrazioni dei paesi membri si ritrovino in molti casi a instaurare un rapporto che si è detto di “co-dipendenza” o “doppia agenzia”, risultando “agenti” di un doppio principale: lo Stato di appartenenza e l’Unione europea<sup>212</sup>.

Le più recenti evoluzioni dell’ordinamento dell’Unione assicurano tuttavia una molteplicità di strumenti di raccordo verticale – tra Unione e paesi membri - e orizzontale – tra paesi membri – che sono stati ritenuti capaci di determinare in molti casi un’effettiva “condivisione” delle funzioni<sup>213</sup>: la convergenza degli interessi è perseguita innanzi tutto a monte, in fase di preparazione delle decisioni assunte in sede

---

<sup>210</sup> Cfr. ad es. Dir. 2002/21/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 *che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro)*, art. 3: «Gli Stati membri garantiscono l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione provvedendo affinché esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica. Gli Stati membri che mantengono la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica provvedono alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo». L’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è stata istituita in Italia con l. 31 luglio 1997, n. 249; le sue attribuzioni sono state modificate dal d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, in recepimento della Dir. 2002/21/Ce cit. Cfr. V. MINERVINI, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: due Autorità a confronto*, in *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, a cura di F. Luciani, Napoli, 2011, 19 ss.; R. CAIAZZO, *L’autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, a cura di M. D’Alberti e A. Pajno, Bologna, 2010, 317 ss.; L. SALTARI, *op. cit.*, 77 ss.; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell’ordinamento multilivello*, Milano, 2008, 110 ss.; G. GARDINI, *Le regole dell’informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Milano, 2005, 274 ss. Da ultimo sul modello delle autorità amministrative indipendenti: F. MERUSI – M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011, XXX ss.; M. D’ALBERTI, *Il valore dell’indipendenza*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, cit., 14 ss.; S. BATTINI – G. VESPERINI, *L’indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, ivi, 63 ss.; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari-Roma, 2007, XXX ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, XXX ss.

<sup>211</sup> Cfr. O. PORCHIA, *Principi dell’ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, cit., 18 ss., ove si evidenzia in particolare come l’interferenza realizzata dall’ordinamento dell’Unione sull’organizzazione territoriale degli Stati membri «pare destinata a contraddire il principio di indifferenza nei confronti degli Stati e tende a provocare un certo svuotamento della stessa autonomia dei livelli regionali».

<sup>212</sup> Cfr. L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, cit., 261 ss. Ricorda la metafora del “doppio cappello”: O. PORCHIA, *op. cit.*, 23 e 55, rispettivamente a proposito di enti territoriali e autorità indipendenti.

<sup>213</sup> Gli strumenti di raccordo sono rappresentati in particolare dalle “reti europee” di cui sono esempi fra gli altri la “Rete europea di informazione e osservazione in materia ambientale” (EIONET) e l’ “*European Competition Network*” (ECN); cfr. da ultimo M. ALBERTON, *Il ruolo e il funzionamento delle agenzie e delle reti ambientali in Europa*, in *Governance dell’economia e integrazione europea*, vol. II, *Governance multilivello, regolazione e reti*, a cura di L. Ammanati e P. Bilancia, Milano, 2008, 259 ss.; C. RABITTI BEDOGNI, *Strumenti di governance e integrazione europea in materia di tutela della concorrenza*, ivi, 17 ss.

europea e di elaborazione dei relativi strumenti di attuazione mediante il sistema dei comitati, ove i funzionari delle amministrazioni nazionali partecipano all'elaborazione dei provvedimenti assunti dalle istituzioni europee<sup>214</sup>.

La vicenda è talora ricordata ricorrendo all'espressione figurata secondo la quale le organizzazioni nazionali finiscono sempre più ad essere "catturate" da reti amministrative europee<sup>215</sup>, di cui sono in verità gli elementi costitutivi<sup>216</sup>.

Il sistema amministrativo europeo assume così più propriamente i caratteri di una "rete", o di un *continuum* istituzionale in cui l'esercizio delle attribuzioni dislocate ai livelli nazionali e comunitario risponde ad una logica corrispondente a quel dovere di leale cooperazione espresso nella Costituzione italiana con riferimento alle relazioni tra i diversi livelli istituzionali (art. 120, co. 3°, Cost.)<sup>217</sup>, che non a caso si ritrova in sede europea come principio informatore del sistema di influenze circolari che presiede ai

---

<sup>214</sup> Cfr. fra molti: M. SAVINO, *I comitati dell'Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005, 140 ss.; ID., *Il «terzo» carattere della sovranazionalità europea: i comitati europei e il procedural supranationalism*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Battini e G. Vesperini, Milano, 2006, 31 ss.; S. CASSESE – M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, cit., 207 ss.; O. PORCHIA, *op. cit.*, 135 ss.; H.C.H. HOFMANN - G.C. ROWE – A.H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, cit., 386 ss.; P. CRAIG, *Eu Administrative Law*, cit., XXX ss.; S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, Bologna, 2006, III ed., 125 ss.

<sup>215</sup> Cfr. da ultimo: E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 34 ss.; C. SARACINO, *Il "regulatory network" per l'energia elettrica e il gas: verso un modello europeo di regolazione condivisa*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Sticchi Damiani e F. Vetrò, cit., 197 ss.; D.U. GALETTA, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di «cooperazione amministrativa» dell'art. 10 Tce, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1689 ss.; C. MAGNANI, *Le reti transeuropee*, in *L'ordinamento europeo*, vol. III, cit., 615 ss.; O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, cit., 55 ss.; J.L. SAURON, *Les réseaux d'administrations communautaires et nationales*, in *Droit administratif européen*, cit., 283 ss.; L. AMMANATI, *Governance e regolazione attraverso reti*, in *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. II, *Governance multilivello, regolazione e reti*, cit., 181 ss.; H.C.H. HOFMANN and A.H. TÜRK, *Policy Implementation*, in *EU Administrative Governance*, edited by H.C.H. Hofmann and A.H. Türk, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006, 90 ss.; S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in *L'Europa delle reti*, cit., 43 ss.; A. LIPPI, *Il "policy making" europeo come "rete"*, *ivi*, 1 ss.

<sup>216</sup> Cfr. S. CASSESE – M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, cit., 221, ove si individua un'«amministrazione autenticamente europea, composita ma unitaria, con una testa sovranazionale (la Commissione), un torso trans governativo (i comitati stessi), braccia e gambe nazionali (le amministrazioni domestiche)».

<sup>217</sup> Cfr. da ultimo S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008, 101 ss.; A. GRATTERI, *I doveri di leale cooperazione*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 206 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Reg.*, 2004, 578 ss.; E. CATELANI, *Il principio di sussidiarietà e quello di leale cooperazione nel rapporto Stato/Regioni/Province/Comuni*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione*, cit., 355 ss.

rapporti tra Unione e Stati membri «nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati» (art. 4, § 3, TUE)<sup>218</sup>.

L'Unione europea esercita così le proprie attribuzioni attraverso le istituzioni nazionali in un *continuum* inscindibile che caratterizza quella che si è detta ormai l'«amministrazione europea integrata», o anche «*mega-administration*»<sup>219</sup>, di cui enti e istituzioni nazionali sono parte senza soluzione di continuità<sup>220</sup>.

L'integrazione delle amministrazioni nazionali tra loro e rispetto all'amministrazione europea è tale da riflettersi sui procedimenti amministrativi, che assumono una configurazione circolare riassunta nella definizione di “procedimenti amministrativi composti”<sup>221</sup> e sulla platea dei destinatari dell'attività amministrativa, ove i

---

<sup>218</sup> Sul dovere di leale cooperazione come “grimaldello” che consente all'ordinamento dell'Unione di «sfumare i confini di separazione tra ordinamento europeo e nazionale»: O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, cit., *passim*, ma spec. 5 ss., 240 ss. In generale da ultimo: F.G. PIZZETTI, *Il principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo*, vol. I, *I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2006, 331 ss.; A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra comunità/unione europea, stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1041 ss.

<sup>219</sup> Cfr. J. MITTAG - W. WESSELS, *The “One” and the “Fifteen”?* *The Member States between procedural adaptation and structural revolution*, in *Fifteen into One? The European Union and its member states*, ed. by W. WESSELS, A. MAURER and J. MITTAG, Manchester, 2003, 441: «We have seen a persistent extension in the participation of administrations and in the development of their role as active and strong multi-level players. Empirical trends towards a “mega-administration” are clearly visible, in and by which Community and national administrations link their channels of influence and merge their respective sources to create networks».

<sup>220</sup> Cfr. da ultimo: M.P. CHITI, *loc. ult. cit.*; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 135 ss. e 167 ss.; W. WESSELS, *Institutions of the EU system: models of explanation*, in *The European Union and Member States, Towards Institutional Fusion?*, ed. by D. Rometsch – W. Wessels, Manchester, 1996, 34: «We are confronted with a “messy” and ambiguous vertical fusion of national and EU competences and even more with a highly differentiated “mixture” of public instruments located on several levels»; M. LOTTINI, *From “Administrative Cooperation” in the Application of European Union Law to “Administrative Cooperation” in the Protection of European Rights and Liberties*, in *European Public Law* 18, no. 1, 2012, 132-133, ove si evidenzia come l'obbligo di cooperazione delle amministrazioni nazionali nell'attuazione del diritto europeo (art. 197 TFUE) possa tradursi nel concorso delle stesse in unico procedimento amministrativo, secondo uno schema di «amministrazione condivisa» («*shared administration*»); M. MACCHIA, *Questione amministrativa e cooperazione dopo Lisbona: un nesso inscindibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 89 ss.; S. CASSESE e M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, cit., 189 e 221 ss., per il riferimento alle “organizzazioni amministrative composite”; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, cit., 2 ss.; P. CRAIG, *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia e «accountability»*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'Alberti, Bologna, 2010, XXX ss.; ID., *Eu Administrative Law*, cit., XXX ss.; S. CASSESE, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 990 ss. Sulla convergenza amministrativa europea cfr. in particolare: J. OLSEN, *Towards a European administrative space*, in *Journal of European Public Policy*, 2003, 10:4, 506 ss.

<sup>221</sup> Cfr. da ultimo: A. PRONTERA, *Modelli complessi di composizione e problematiche di tutela giurisdizionale nel diritto amministrativo europeo*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Sticchi Damiani e F. Vetrò, cit., 78 ss.; F. SPAGNUOLO, *La coamministrazione e l'integrazione procedimentale nell'Unione europea: il modello della coesione*, in *Politiche di coesione e integrazione*

provvedimenti adottati dalle singole amministrazioni sono capaci di produrre effetti anche oltre i tradizionali confini di riferimento in ragione dell'operare del principio di "equivalenza" che in molti settori impone agli ordinamenti nazionali di riconoscere i provvedimenti emanati in altri paesi dell'Unione europea<sup>222</sup>.

L'evoluzione osservata nell'ordinamento delle amministrazioni nazionali, che sempre più sono anche e soprattutto centri di amministrazione europea, si riverbera sul rapporto che le stesse instaurano con i cittadini europei.

La riserva in favore di questi ultimi dell'accesso agli impieghi pubblici pare progressivamente assumere una configurazione dagli accenti identitari che - senza rinunciare al necessario rispetto delle singole identità nazionali (art. 4, § 2, TUE)<sup>223</sup> - rafforza la comune appartenenza, poiché riconosce a coloro che sono cittadini europei il diritto di accedere ad un'amministrazione che si è detta "comune" anche nelle sue articolazioni nazionali.

Contemporaneamente si conferma il ricordato carattere di strumento di identificazione "per differenza" della cittadinanza: la maggior parte delle amministrazioni dei paesi membri ha aperto l'accesso ai propri impieghi pubblici ai soli cittadini europei<sup>224</sup>,

---

*europa. Una riforma difficile ma possibile*, a cura di G. Colombini, cit., 131 ss.; S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 641; L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 389; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, *ivi*, 2004, 307 ss.; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, *ivi*, 31 ss.; M.P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati*, Torino, 1997, 55 ss.

<sup>222</sup> Ad es. in materia di autorizzazioni all'immissione in commercio dei farmaci, ove - fatta eccezione per i casi in cui sia obbligatorio ottenere un'autorizzazione da parte dell'agenzia europea per i medicinali - i provvedimenti rilasciati dalle autorità nazionali producono effetti negli altri Stati membri, salvo il diritto di presentare osservazioni: Dir. 2001/83/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, art. 27 ss. Cfr. fra molti: L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, cit., 88 ss.; L. DE LUCIA, *Autorizzazioni transazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, cit., 273 ss.; M. GNES, *Farmaci*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Pt. speciale, t. II, 1092 ss.

<sup>223</sup> Sul principio di identità nell'ordinamento dell'Unione europea cfr. da ultimo: C. MAGNANI, *Il principio dell'identità nazionale nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo*, vol. I, *I principi dell'Unione*, cit., 481 ss.; E. CASTORINA, *Diritto costituzionale comune e diritto costituzionale europeo: il problema dell'identità dell'Unione*, in *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, a cura di E. Castorina, Torino, 2007, 31 ss.

<sup>224</sup> Fanno eccezione i Paesi Bassi, ove si è optato per un'apertura generalizzata a cittadini europei e non, con riserva ai cittadini nazionali dei soli impieghi in magistratura, polizia, esercito, nel corpo diplomatico e per pochi posti di alti funzionari: Wet van 20 April 1988, houdende intrekking van de wet van 4 juni 1858, regelende de benoembaarheid van vreemdelingen tot landsbedieningen, Stb., 1988, 231; la Finlandia: Costituzione finlandese, section 126 e *Civil service law of 1994*, section 7 (281/2000), ove si procede all'enumerazione dei posti riservati ai cittadini finlandesi; la Svezia: *Instrument of Government*

confermando l'esclusione di chi sia sprovvisto del relativo *status* perché “straniero”<sup>225</sup>, ove la qualificazione viene ormai a coincidere univocamente con “extracomunitario”<sup>226</sup>.

---

(Costituzione svedese), *Chapter 11*, Art. 9, e per l'attuazione *Public Employment Act, Section 6*; l'ordinamento della Regione di Bruxelles – Capitale, ove l'apertura degli impieghi agli stranieri è rivolta alla realizzazione congiunta di obiettivi di coesione sociale e riduzione della disoccupazione: cfr. P.O. DE BROUX, *De Camu à Copernic: l'évolution de la fonction publique en Belgique*, in *Administration Publique Trimestrielle*, 2005, n° 3-4, 174; J.E. BEENEN, *op. ult. cit.*, 166. Una certa apertura si registra nella legislazione polacca di recente riformata (2008), ove oltre ai cittadini europei si contempla la possibilità di assumere nei pubblici uffici anche quelli di altri paesi che abbiano stipulato specifici accordi con il paese. In molti ordinamenti gli stranieri (non europei) possono accedere agli impieghi in regime contrattuale (Austria, Danimarca, Germania, Spagna, Finlandia); in Portogallo sono esclusi dal solo «*exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico*» (art. 15, co. 2°, Cost.).

<sup>225</sup> Per l'esclusione degli stranieri (non europei) dagli impieghi pubblici in Italia: Cass., sez. lav., 13 novembre 2006, n. 24170, fattispecie relativa a un cittadino albanese che si era visto opporre il diniego all'iscrizione nelle liste per il collocamento dei disabili nelle pubbliche amministrazioni; Cons. St., sez. II, par. 31 marzo 2004, 2592/03; T.a.r. Toscana, sez. II, 14 ottobre 2005, n. XXX; T.a.r. Toscana, 24 gennaio 2003, n. 38; T.a.r. Piemonte, sez. I, 30 gennaio 1997, n. 71, in *I Tar*, 1997, I, 937. Per la tesi che sostiene l'abrogazione del requisito di cittadinanza per l'effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, art. 2: Trib. Firenze sez. lavoro, 27 gennaio 2012; Trib. Milano, sez. lav., 30 luglio 2010, n. 5738, in *www.meltingpot.org*; Trib. Milano, sez. lav., ord. 11 gennaio 2010, *ivi*; Trib. Genova, 21 gennaio 2010, in *www.asgi.it*; Trib. Perugia, ord. 6 dicembre 2006, in *www.meltingpot.org*; Trib. Firenze, ord. 14 gennaio 2006, *ivi*; Trib. Imperia, 12 settembre 2006, *ivi*; App. Firenze, 21 dicembre 2005, n. 415, in *dejure*; Trib. Genova, 19 luglio 2004, in *www.meltingpot.org*; Trib. Genova, 21 aprile 2004, *ivi*; App. Firenze, 2 luglio 2002, in *Ragiusan*, 2003, fasc. 229, 569; T.a.r. Liguria, 13 aprile 2001, n. 129. Fanno eccezione gli impieghi in settori in cui si registrano endemiche carenze di personale (es. infermieri professionali), oppure ove il ricorso ad essi sia imposto dalle caratteristiche delle prestazioni da acquisire (es. lettori di lingua straniera), o perché si vuole assumere una persona determinata (artisti), talora anche in continuità con una tradizione di antica memoria (lo “*jus ubique docendi*” dei professori universitari): d.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 27; o ancora coniugi e familiari di cittadini europei, cui è riconosciuto il «diritto di esercitare un'attività economica come lavoratori subordinati o autonomi» alle stesse condizioni previste per i cittadini europei: d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, *Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, art. 19; i titolari dello *status* di di rifugiato e di quello di protezione sussidiaria ed i «soggiornanti di lungo periodo»: Dir. 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, art. 26, recepita con d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, art. 25 e Dir. 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, art. XX, recepita nel d.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 9, co. 12°, lett. b (intro. dalla l. 8 gennaio 2007, n. 3). Cfr.: G. LUDOVICO, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 400; A. GUARISO, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in *Lav. e dir.*, 2009, 574; M. POLI, *Stranieri e diritto di accesso al pubblico impiego*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; B. DI GIACOMO RUSSO, *Accesso al pubblico impiego e stranieri*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1653; S. CRESTA – S. RUSCICA, *La tutela dello straniero extracomunitario sul mercato del lavoro: accesso agli impieghi presso le amministrazioni pubbliche e possibili forme di discriminazione*, cit., 144 ss.; esclude la violazione dell'art. 51 Cost. ove si permettesse agli stranieri «la partecipazione a concorsi per le qualifiche più basse»: C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, cit., 810; reputa “probabile” la futura affermazione del diritto degli stranieri di accedere a posti di pubblico impiego: E. FERRARI, *L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà*, cit., 949; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 209.

<sup>226</sup> Cfr. da ultimo A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Riv. Ass. It. Cost. (AIC)*, 2/2011, 3-4: è improprio «l'uso del termine “straniero” con riguardo ai cittadini di altri Stati dell'Unione stessa, per la medesima ragione per cui il diritto da quest'ultima prodotto non può considerarsi diritto “altro” rispetto a quello interno».

### 3. Il reclutamento nelle pubbliche amministrazioni come strumento d'integrazione alla società ed effettività del potere pubblico.

In alcuni ordinamenti nazionali si è affermato il reclutamento mirato nella pubblica amministrazione di esponenti delle più importanti minoranze sociali indicando quote di riserva o altri trattamenti preferenziali, denominati “*affirmative actions*”<sup>227</sup> e volti a favorire un'integrazione della “*working class*” (Gran Bretagna) o delle minoranze razziali e di genere (Stati Uniti)<sup>228</sup>.

Principale strumento di attuazione delle politiche d'integrazione degli ordinamenti nazionali<sup>229</sup> le “*affirmative actions*” hanno conseguito finalità di giustizia sociale, compensando anni ed anni di persistenti ed odiose discriminazioni<sup>230</sup>, ma al tempo

---

<sup>227</sup> Nella sua formulazione originaria la teoria della “*representative bureaucracy*” intendeva sostenere l'istituzione di «*a civil service in which every economic class, caste, region or religion in a country is represented in exact proportion to its member in the population*»: cfr. D.J. KINGSLEY, *Representative Bureaucracy*, Yellow Springs, Ohio, 1944, XXX; nell'interpretazione datane dagli autori americani la “*representative bureaucracy*” è intesa come «*a bureaucracy drawn from all social, racial and religious groups on the basis of ability – but not necessarily in exact numerical proportion to produce a copy of the total society*»: V. SUBRAMIAM, *Representative Bureaucracy: A Reassessment*, in *The American Political Science Review*, Vol. 61, N. 4 (Dec., 1967), 1010.

<sup>228</sup> Negli Stati Uniti le “*affirmative actions*” riguardano soprattutto scuole e università, amministrazioni pubbliche e imprese (appaltatori della pubblica amministrazione). Occorre distinguere tra «*reservations*» e «*affirmative actions*», perché «*affirmative action does not necessarily mean reserving quotas in jobs for the disadvantaged sections (...) but taking these identities as a factor for preferential treatment, for example, in college and university admission and employment policies*»: Z. HASAN, *Politics of inclusion, Castes, Minorities and Affirmative Actions*, New Delhi, 2009, 6. Cfr. anche M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008, 3 ss.: le azioni positive possono essere intese come “programmi” o come “discriminazioni alla rovescia”, ove i primi, pur nel perseguimento di un comune intento redistributivo, non attribuiscono alcuno specifico vantaggio alle categorie in posizione di debolezza, a differenza delle seconde, che comportano l'istituzione di vere e proprie corsie preferenziali a loro beneficio. Le discriminazioni alla rovescia a loro volta possono distinguersi in “quote” o “goals”.

<sup>229</sup> Cfr. M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., 75 ss.; ID., *Azioni positive*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2008, t. I, Torino, 115 ss.; AA. VV., *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive. Étude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux États-unis et en Afrique du Sud*, Luxembourg, 2009, 23 ss.; S. SCARPONI e E. STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit., 423 ss.; J.E. KELLOUGH, *Understanding affirmative action: politics, discrimination and the search for justice*, Washington, 2007, 21 ss.; G. TROPEA, *Brevi note sul diritto diseguale (ragionevolmente sostenibile) e azioni positive nell'esperienza italiana*, in *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, a cura di F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Torino, 2006, 175 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, cit., 223 e ss. e 411 ss.; T.H. ANDERSON, *The pursuit of fairness: a history of affirmative action*, Oxford – New York, 2004, 49 ss.; A. D'ALLOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 127 ss. Sul rapporto tra burocrazia rappresentativa e “*affirmative actions*”: D.H. ROSENBLOOM – J. DOLAN, *La bureaucratie représentative*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2006/2, n° 118, 254.

<sup>230</sup> Cfr. Harvard Law Review, *Beyond the Prima Facie Case in Employment Discrimination Law: Statistical Proof and Rebuttal*, in *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 2, Dec. 1975, 387 ss.; C.R. LAWRENCE III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, in *Stanford Law Review*, Vol. 39, No. 2, Jan. 1987, 317 ss.; P. BREST, *The Supreme Court 1975 Term. Forward: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, in *Harvard Law Review*, 1976-1977, 1 ss.

stesso hanno realizzato una “burocrazia rappresentativa” (“*representative bureaucracy*”<sup>231</sup>) che ha portato vantaggi organizzativi. Università<sup>232</sup> ed enti pubblici sono assurti a istituzioni rappresentative delle principali componenti sociali arricchendo le stesse di punti di vista e prospettive di azione capaci di essere comprensivi di culture diverse che nel medio periodo favoriscono la sperimentazione di soluzioni innovative, con risultati misurabili in termini di efficienza delle organizzazioni interessate<sup>233</sup>.

Il fenomeno, seppure secondo i caratteri propri di ciascun ordinamento, si riscontra nella più recente costruzione degli stati moderni, siano essi multinazionali o con una significativa presenza di minoranze per tradizioni, cultura, religione, etnia, lingua (es.

---

<sup>231</sup> Cfr. D.J. KINGSLEY, *Representative Bureaucracy*, cit., XXX; da ultimo: A. STEVENS, *Representative bureaucracy – what, why and how? Evidence from the European Commission*, in *Public Policy and Administration*, April 2009, 24, 119 ss.; M.D. BRADBURY - J.E. KELLOUGH, *Representative bureaucracy: exploring the potential for active representation in local government*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2008, 18(4), 697 ss.; H.H. LIM, *Representative Bureaucracy: Rethinking Substantive Effects and Active Representation*, in *Public Administration Review*, March April 2006, 193 ss.; D.W. PITTS, *Diversity, Representation, and Performance: Evidence about Race and Ethnicity in Public Organizations*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2005, 615 ss.; J. DOLAN and D.H. ROSENBLOOM (ed.), *Representative bureaucracy: classic readings and continuing controversie*, New York, 2003, 31 ss.; L.R. KEISER - V.M. WILKINS - K.J. MEIER - C.A. HOLLAND, *Lipstick and Logarithms: Gender, Institutional Context and Representative Bureaucracy*, in *The American Political Science Review*, Vol. 96, N. 3 (Sep., 2002), 553 ss.; L.B. NIELSEN - P.J. WOLF, *Representative Bureaucracy and Harder Questions: A Response to Meier, Wrinkle and Polinard*, in *The Journal of Politics*, Vol. 63, N. 2 (May, 2001), 598 ss.; J. DOLAN, *The Senior Executive Service: Gender, Attitudes, and Representative Bureaucracy*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2000, 513 ss.; S. COLEMAN - J.L. BRUDNEY - J.E. KELLOUGH, *Bureaucracy as a Representative Institution: Toward a Reconciliation of Bureaucratic Government and Democratic Theory*, in *American Journal of Political Science*, Vol. 42, N. 3 (Jul., 1998), 717 ss.; S. COLEMAN SELDEN, *The promise of representativeness in a government agency*, London, 1997, 3 ss.; J.J. HINDERER, *Representative Bureaucracy: Further Evidence of Active Representation in the EEOC District Offices*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 3(1993):4, 415 ss.; B.S. ROMZEK - J.S. HENDRICKS, *Organizational Involvement and Representative Bureaucracy: Can We Have It Both Ways?*, in *The American Political Science Review*, Vol. 76, N. 1 (Mar., 1982), 75 ss.; H. KRANZ *The participatory bureaucracy: women and minorities in a more representative public service*, Toronto, 1978, 67 ss.; K.J. MEIER, *Representative Bureaucracy: An Empirical Analysis*, in *The American Political Science Review*, Vol. 69, N. 2 (Jun., 1975), 526 ss.; S. KRISLOV, *Representative bureaucracy*, Englewood Cliffs, N.J., 1974, 21 ss..

<sup>232</sup> United States Supreme Court, *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 123 S.Ct. 2325, 156 L.Ed.2d 304 (2003): «student body diversity is a compelling state interest that can justify the use of race in university admissions (...) such diversity is essential to its educational mission (...) effective participation by members of all racial and ethnic groups in the civic life of our Nation is essential if the dream of one Nation, indivisible, is to be realized».

<sup>233</sup> Specialmente a fronte di situazioni di crisi: cfr. J.E. KELLOUGH, *op. cit.*, 78-79; K.J. MEIER - R.A. WRINKLE - J.L. POLINARD, *Representative Bureaucracy and Distributional Equity: Addressing the Hard Question*, in *The Journal of Politics*, vol. 61, N. 4, November 1999, 1025 ss.

Belgio<sup>234</sup>, Canada, Nigeria<sup>235</sup>, Sudafrica<sup>236</sup>, Libano<sup>237</sup>, Cipro, Spagna<sup>238</sup>, ecc.), o in altri in cui - a partire dalla nostra esperienza di unità nazionale, ma anche negli Stati Uniti d'America del XIX sec.<sup>239</sup> - si debba più semplicemente favorire la nascita di una nuova ed unica identità statale capace di valorizzare le molteplici preesistenti. Trattasi di un processo d'aggregazione e riallocazione degli impiegati pubblici sull'intero territorio nazionale, che sin dalle origini può essere utilizzato come forte elemento costitutivo<sup>240</sup>; ove trascurato si afferma come norma a garanzia delle minoranze.

Ne risulta in senso proprio un'amministrazione inclusiva in cui gli organi di governo sono capaci di soddisfare gli interessi propri delle minoranze, secondo un meccanismo

---

<sup>234</sup> F. DELPÉRÉE, *L'équilibre des recrutements dans la fonction publique Belge*, in *Revue Française d'administration publique (RFAP)*, 2006/2, n° 118, 310 ss.: in Belgio ogni dipartimento ministeriale è organizzato in ruoli linguistici che assicurano una quantità predeterminata di impieghi agli agenti di lingua francese o fiamminga, tendenzialmente paritaria per la dirigenza, in proporzione alla composizione dell'utenza per i livelli sottostanti, risultandone una «*administration fédérale ... composée à l'image d'une nation complexe*».

<sup>235</sup> A.G. GAGNON - L. TURGEON - O. CHAMPLAIN, *La bureaucratie représentative au sein des états multinationaux*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2006/2, n° 118, 301 ss.

<sup>236</sup> Cfr. M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., 166 ss.; J. ROSSOUW, «*Assunzioni riparatorie*» per i sudafricani, in *Le Monde diplomatique*, Maggio 2007.

<sup>237</sup> Il multiconfessionalismo libanese si traduceva in una proporzionale distribuzione dei posti di pubblico impiego. Da ultimo la Costituzione si propone di abolire il confessionalismo e di limitare il reclutamento secondo l'appartenenza religiosa a beneficio di un sistema interamente meritocratico: «*La règle de la représentation confessionnelle est supprimée. Elle sera remplacée par la spécialisation et la compétence dans la fonction publique, la magistrature, les institutions militaires, sécuritaires, les établissements publics et d'économie mixte et ce, conformément aux nécessités de l'entente nationale, à l'exception des fonctions de la première catégorie ou leur équivalent. Ces fonctions seront réparties à égalité entre les chrétiens et les musulmans sans réserver une quelconque fonction à une communauté déterminée tout en respectant les principes de spécialisation et de compétence*» (art. 95, co. 3°, lett. b, Cost.). Cfr. S. KRISLOV, *Representative Bureaucracy*, cit., 97 ss.; da ultimo: E. MISTRETTA, *La convivenza tra diverse comunità religiose: il caso del Libano*, in *Paura dell'Altro*, cit., 307 ss.

<sup>238</sup> In Spagna sulla tensione tra diritto all'eguale accesso ai pubblici impieghi e diritto al bilinguismo (rispettivamente artt. 3, co. 2° e art. 23.2 Cost.) nella giurisprudenza sui requisiti di lingua previsti nelle selezioni concorsuali: F. PUERTA SEGUIDO, *El acceso al empleo público*, cit., 432 ss. Cfr. *infra*, cap. IV, par. 2.

<sup>239</sup> Il *Pendleton Civil Service Act* del 1883 pone il principio per cui le nomine degli impieghi a Washington debbono tener conto dell'origine geografica dei candidati, in modo che ogni Stato sia rappresentato proporzionalmente alla sua popolazione: F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie, Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIII<sup>e</sup> - XX<sup>e</sup> siècle)*, Paris, 2000, 191. Cfr. *Legge Fondamentale per la Repubblica Federale di Germania*, art. 36: «*Ai più alti uffici federali devono essere adibiti, in adeguata proporzione, funzionari di tutti i Länder*».

<sup>240</sup> G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, 46-48; ID., *Gli impiegati pubblici*, in *Impiegati*, a cura di G. Melis, Torino, 2004, 20-21, ove si osserva come, a fine '800, «non c'è in pratica fascicolo personale [...] che non documenti il pendolo continuo tra le sedi, specie nella prima fase della carriera, in un sapiente, mai casuale dosaggio tra regioni del Nord, del Centro e del Sud, quasi a prefigurare un percorso formativo di gruppo su scala nazionale: i meridionali al Nord, a "civilizzarsi"; i settentrionali al Sud, a "conoscere" l'Italia sotto Napoli». Per una lettura della "meridionalizzazione" del pubblico impiego come strumento per l'identificazione dei ceti meno fortunati: G. MELIS, *L'amministrazione pubblica non è una palla al piede*, in *Dem. dir.*, 2011, 30.

che nel dibattito si è definito da più parti come trasformazione della rappresentanza sociale da passiva ad attiva<sup>241</sup>. L'effetto di sistema è una maggiore adesione delle minoranze - e quindi di tutti gli amministrati - che riescono a identificarsi con l'amministrazione pubblica e dunque con lo stato, agevolando l'effettività dei pubblici poteri, seppure nella forma più fievole di non opposizione o in quella di vera e propria accettazione dei provvedimenti e degli effetti degli stessi<sup>242</sup>.

Il beneficio è evidente, non solo in termini di "riscatto sociale" dei singoli e per l'effetto dei gruppi di appartenenza - per l'accesso ad impieghi sino a quel momento irraggiungibili per motivi etnici o di genere - ma soprattutto come efficienza delle organizzazioni e autorevolezza della loro azione.

L'identificazione degli amministrati con impiegati e funzionari pubblici consente di sentirsi non estranei all'organizzazione e dunque alla cura degli interessi oggetto della sua azione istituzionale, rendendo i destinatari di quest'ultima più disponibili ad una "cooperazione"<sup>243</sup> o più semplicemente alla non opposizione. L'amministrazione così definita accresce la propria legittimazione che si ritiene produca benefici evidenti

---

<sup>241</sup> Cfr. K.J. MEIER, *Representative Bureaucracy: An Empirical Analysis*, cit., 528: «*If the administrative apparatus makes political decisions, and if the bureaucracy as a whole has the same values as the American people as a whole, then the decision made by the bureaucracy will be similar to the decisions made if the entire American public passed on the issues*». Condizione per il passaggio dalla "passive representation" alla "active representation" è l'esercizio di funzioni ad elevata discrezionalità che siano idonee a incidere sugli interessi delle minoranze, purchè non relative a settori dell'amministrazione caratterizzati da alti livelli di "organizational socialization", cioè da valori profondamente condivisi che finiscono con il sostituire almeno in parte la cultura di provenienza (es. la polizia): V.M. WILLIAMS - B.N. WILLIAMS, *Black or Blue: Racial Profiling and Representative Bureaucracy*, prepared for the 8<sup>th</sup> Public Management Research Conference, September 29<sup>th</sup> - October 2<sup>nd</sup>, 2005, Los Angeles, California, in [www2.ku.edu](http://www2.ku.edu); F. MOSHER, *Democracy and the Public Service*, New York, 1968, XXX ss.

<sup>242</sup> Cfr. S. COLEMAN SELDEN, *The promise of representative bureaucracy: diversity and responsiveness in a government agency*, cit., XXX: «*Groups previously underrepresented or unrepresented will be more closely bound to the agency as their representation increases and, as a result, they will be more inclined to cooperate and co-produce with bureaucratic agencies*»; V. SUBRAMIAM, *Representative Bureaucracy: A Reassessment*, cit., 1014: la burocrazia rappresentativa non sempre assicura una maggiore tutela degli interessi di tutte le classi sociali perchè vi sono «*deviants from class norms*», specie nelle classi più basse. Cfr. inoltre: K.J. MEIER, *Structure and Discretion: Missing Links in Representative Bureaucracy*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2006, 1 ss.; J.E. SOWA - S. COLEMAN SELDEN, *Administrative Discretion and Active Representation: An Expansion of the Theory of Representative Bureaucracy*, in *Public Administration Review*, 2003, vol. 63, n. 6, 700 ss.; K.J. MEIER, *Latinos and Representative Bureaucracy, Testing the Thompson and Henderson Hypotheses*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1993, 393 ss.

<sup>243</sup> Cfr. K.J. MEIER, *Le lien entre représentativité passive et active de l'administration*, in *Revue Française d'administration publique (RFAP)*, 2006/2, n° 118, 268 e ss., ove si richiamano alcuni studi sull'apporto di insegnanti appartenenti a minoranze sulla riuscita degli studenti dei medesimi gruppi sociali; *ibidem*, 279: «*avec une bureaucratie plus représentative, le fonctionnement de la vie publique serait facilité, car les citoyens changeraient la manière dont ils perçoivent les agents des administrations avec lesquels ils seraient en contact*».

soprattutto in occasione di forti conflitti sociali<sup>244</sup>, ove è sottoposta a tensioni crescenti la *line* degli impiegati pubblici a contatto diretto con l'utenza (c.d. «*street-level bureaucrats*»)<sup>245</sup>.

L'evoluzione teorica delle *affirmative actions*<sup>246</sup> nota con la denominazione di “*diversity management*” ha propugnato più semplicemente che le assunzioni negli uffici pubblici e gli altri provvedimenti di favore mirino a garantire unicamente la candidatura dei membri delle minoranze<sup>247</sup>.

Si è detto che provvedimenti e politiche di questo tipo sono comuni a molti stati, ma l'esempio paradigmatico è stato probabilmente quello del subcontinente indiano, ove la volontà di assicurare la rappresentanza di tutte le componenti sociali nelle istituzioni pubbliche con il superamento della profonda frammentazione della società (sistema

---

<sup>244</sup> Specialmente in situazioni di degrado urbano: cfr. H. KRANZ, *The Participatory Bureaucracy*, Lexington, 1976, XXX ss. Uno dei propositi del *Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders*, pubblicato a seguito dei disordini urbani verificatisi negli anni '60 negli Stati Uniti, è di «*Recruit more Negroes into the regular police force, and review promotion policies to ensure fair promotion for Negro officers*» (Summary, ch. 11). Cfr. D.H. ROSENBLOOM – J. DOLAN, *La bureaucratie représentative*, cit., 255: «*le fait que les policiers patrouillant dans les quartiers noirs soient en majorité blancs risque dangereusement d'inciter à la violence. Le sentiment qui se développe est alors que la communauté n'est pas encadrée par la police pour maintenir la paix civile, mais pour maintenir un status quo*»; United States Court of Appeals, Seventh Circuit, *Petit v. City of Chicago*, Nos. 02-4151, 02-4241, Argued Sept. 10, 2003. -- December 15, 2003: «*(...) the City of Chicago has set out a compelling operational need for a diverse police department. In this case, the City presented a strong basis to conclude that some rather modest affirmative action promotions were necessary for the effective operation of the police department. (...) The reality of urban policing is that minorities are frequently mistrustful of police and are more willing than nonminorities to believe that the police engage in misconduct. (...) Distrust and a lack of confidence in the police, in turn, reduce the willingness of some community members to cooperate with the police. (...) an increase in minorities enhanced the public's perception of the CPD, which in turn enhanced the department's ability to prevent and solve crime. (...) These officials testified that the presence of minority sergeants has not only improved police-community cooperation, but also defused potentially explosive situations, such as the tense racial situation following riots in the 1980's in a predominately Hispanic community. Effective police work, including the detection and apprehension of criminals, requires that the police have the trust of the community and they are more likely to have it if they have 'ambassadors' to the community of the same [race or] ethnicity*».

<sup>245</sup> Cfr. A.G. GAGNON - L. TURGEON – O. CHAMPLAIN, *La bureaucratie représentative au sein des états multinationaux*, cit., 292 : «*La faible présence, sinon l'absence de membres des minorités nationales dans l'appareil bureaucratique et l'incapacité des membres d'une minorité linguistique d'être servis dans leur propre langue peuvent sérieusement contribuer à remettre en question la légitimité de l'État. D'autre part, l'exclusion ou la sous-représentation des minorités nationales dans les postes administratifs de l'État peuvent être une source importante de conflits ou encore de ressentiment...*»; D.W. PITTS, *Representative Bureaucracy, Ethnicity, and Public School: Examining the Link Between Representation and Performance*, in *Andrew Young School of Policy Studies, Working Paper Series*, Working Paper 06-16, October 2005, 5.

<sup>246</sup> La teoria delle “*affirmative actions*” è stata investita da una crisi negli ultimi decenni del secolo scorso: J. D. SKRENTNY, *Il declino della «azione affermativa» americana*, in *Le Monde diplomatique*, Maggio 2007.

<sup>247</sup> Cfr. J.E. KELLOUGH, *Understanding affirmative actions*, cit., 69.

delle caste)<sup>248</sup> ha ricevuto espresso riconoscimento nella Costituzione successiva all'indipendenza (1947)<sup>249</sup>.

Gli intoccabili (“*Dalit*” o “*Schedules Castes*”, SCs) e le minoranze tribali (“*Scheduled Tribes*”, STs)<sup>250</sup> sono individuati come beneficiari di quote di riserva nelle istituzioni rappresentative, nel sistema scolastico e universitario e negli impieghi pubblici in misura variabile a seconda dell'amministrazione e da stato a stato<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> Per una risalente ma efficace descrizione del sistema delle caste: J. WILSON, *Indian Caste*, Bombay, 1877, vol. I, 12 ss. Da ultimo fra molti: D. FRANCAVILLA, *Il diritto nell'India contemporanea. Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Torino, 2010, 25 ss.; M. TORRI, *Storia dell'India*, Bari – Roma, 2010, XXX ss.; D. AMIRANTE, *India*, Bologna, 2007, XXX ss.; S. BAYLY, *Caste, Society and Politics in India from the Eighteen Century to the Modern Age*, Cambridge, 2001, 25 ss.

<sup>249</sup> Vedi Part III, *Fundamental Rights*, art. 15 «*Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth.— (...) 4. Nothing in this article (...) shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes. 5. Nothing in this article (...) shall prevent the State from making any special provision, by law, for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes or the Scheduled Tribes in so far as such special provisions relate to their admission to educational institutions including private educational institutions, whether aided or unaided by the State, other than the minority educational institutions referred to in clause (1) of article 30*». Art. 16 «*Equality of opportunity in matters of public employment. (...) 4. Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for the reservation of appointments or posts in favour of any backward class of citizens which, in the opinion of the State, is not adequately represented in the services under the State. 4A. Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for reservation in matters of promotion, with consequential seniority, to any class or classes of posts in the services under the State in favour of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes which, in the opinion of the State, are not adequately represented in the services under the State*». Si veda inoltre la Part IV, *Directive Principles of State Policy*, art. 46 «*Promotion of educational and economic interests of Scheduled Castes, Scheduled Tribes and other weaker sections.—The State shall promote with special care the educational and economic interests of the weaker sections of the people, and, in particular, of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes, and shall protect them from social injustice and all forms of exploitation*». L'adozione di politiche rivolte alle minoranze, garantendo loro un'equa rappresentanza e partecipazione alle istituzioni si deve già all'epoca coloniale: cfr. Z. HASAN, *Politics of inclusion, Castes, Minorities and Affirmative Actions*, cit., 87.

<sup>250</sup> Z. HASAN, *Politics of inclusion, Castes, Minorities and Affirmative Actions*, cit., 43: «*SCs deserve affirmative actions because they carry a burden of historical injustice and oppression*».

<sup>251</sup> Se il 22.5% degli impieghi dell'amministrazione centrale è riservata agli STS e agli SCS, non altrettanto può dirsi delle ulteriori quote di riserva istituite in tempi più recenti (2006) in favore delle “*Other Backward Classes*” (OBCs), le altre classi in qualche misura sfavorite e diverse da intoccabili e STs, ove perplessità sono state sollevate sia per l'identificazione dei beneficiari, sia nella disamina degli effetti di tali politiche, che si è temuto accentuino la separatezza della società indiana piuttosto che porvi rimedio. Nel 1955 la *Backward Classes Commission* stilò una lista di 2939 caste, rappresentative del 32% circa della popolazione, che avrebbero avuto titolo a specifiche misure redistributive. I criteri per definire l'appartenenza alle OBCs erano una posizione sociale non elevata nel sistema Indù di caste, il basso livello di istruzione dei suoi componenti e la rappresentanza inadeguata o inesistente nell'amministrazione governativa oltre che nel commercio e nell'industria: Z. HASAN, *Politics of inclusion, Castes, Minorities and Affirmative Actions*, cit., 80 ss., ove si riferisce dei disordini che accolsero l'introduzione delle quote nel 1990, alimentati specialmente dagli studenti delle classi più elevate che colsero in tale riforma il pericolo di una perdita di occasioni di impiego. Sulle incertezze nell'identificazione delle OBCs, poiché «*new groups who demand recognition as backward classes keep coming up, and entitlements of older groups are hotly disputed*»: F. DE ZWART, *The Logic of Affirmative Action: Caste, Class and Quotas in India*, in *Acta Sociologica*, 2000, 43, 235, 36. Cfr. per una critica al sistema delle quote per l'incapacità di rappresentare musulmani e cristiani: M.C. NUSSBAUM, *Lo scontro dentro le civiltà, Democrazia, radicalismo religioso e*

In Europa continentale è di recente divenuta di attualità<sup>252</sup> la questione della “diversità nella pubblica amministrazione” anche in assenza di una società che possa definirsi propriamente multinazionale o frammentata.

La scelta di diritto positivo è stata la volontà di addivenire alla creazione di una «*fonction publique à l'image de la population*»<sup>253</sup>, per effetto di una serie di programmi e provvedimenti finalizzati a favorire il reclutamento di giovani provenienti da realtà

---

*futuro dell'India*, Bologna, 2009, 188 ss.; P. AGRAWAL, *In India, quote per le caste inferiori*, in *Le Monde diplomatique*, Maggio 2007: «Il sistema delle quote è diventato un meccanismo di rappresentazione d'identità di casta e non di responsabilizzazione dei cittadini marginalizzati della Repubblica»; D. FRANCAVILLA, *Il diritto nell'India contemporanea*, cit., 83-84; D. AMIRANTE, *Azioni positive, «quote riservate» e società multiculturale - Il novantatreesimo emendamento e la «politica delle quote» nell'ordinamento indiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 1599 ss.; C.D. CUNNINGHAM, N.R. MADHAVA MENON, *Race, class, caste . . . ? Rethinking affirmative action*, in *Michigan Law Review*, 1999, Vol 97, Issue 5, 1296 ss.

<sup>252</sup> A seguito dei disordini sociali di particolare intensità rivolte delle “banlieues” francesi del 2005; cfr. J.M. EYMERI-DOUZANS, *Les concours à l'épreuve*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 315 ss.; C. OGER, *Les épreuves de culture générale du concours de l'Ena, entre discours légitime et mémoire institutionnelle*, ivi, 2012, 391 ss.; M. DORNE-CORRAZE et a., *L'organisation et le pilotage des recrutements au sein de la fonction publique, Rapport au Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique*, Paris, 2008, 48 e ss. e 69 e ss.; C. DESFORGES – J.G.de CHALVRON, *Rapport de la Mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique de l'Etat*, Paris, Janvier 2008, 21 e 33 ss.; M. EBERHARD, D. MEURS, P. SIMON, *Construction d'une méthodologie d'observation de l'accès et du déroulement de carrière des générations issues de l'immigration dans la fonction publique*, Paris, 24 décembre 2008, 12 ss.; J. POUGET, *Dossiers - La Fonction publique: vers plus de diversité?*, in INSEE, *France, portrait social*, Paris, édition 2005/2006, 143 ss.; Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique, Faits et chiffres 2007-2008*, Vol. 1, Paris, 2008, 197 ss.; H. BUISSON-FENET ET S. LANDRIER, *Être ou pas? discrimination positive et révélation du rapport au savoir. Le cas d'une "prépa ZEP" de province*, in *Education et sociétés*, 2008, 67 ss.; H. PERES, *L'accès aux fonctions publiques des jeunes d'origine immigrée: rapport*, Montpellier, 2004; AA. VV., *Diversité: un enjeu de performance dans le secteur public: dossier*, in *Perspective gestions publiques*, n° 22, 2007, février; Institut Montaigne, *Ouvrir les grandes écoles à la diversité*, Paris, 2006; J. LEGENDRE – Y. BODIN, *Diversité sociale dans les classes préparatoires aux grandes écoles: mettre fin à une forme de délit d'initié*, Paris, Sénat, 2007. Recentemente per un'applicazione all'esercito: B. BOËNE, *Military Representativeness and Its Implications: a Literature Review and Comparison of the French Case with US and British Traditions and Contemporary Practice*, in *L'année sociologique*, vol. 61/2011, n. 2, 383 ss.

<sup>253</sup> G. CALVES, *Introduction*, in *Revue française d'administration publique*, 2006/2, n° 118, 245.

sociali svantaggiate<sup>254</sup>, che a sua volta è il frutto della pregnante critica teorica ad un'amministrazione pubblica sempre più elitaria<sup>255</sup>.

Nelle istituzioni europee letteralmente il principio di rappresentatività dei popoli dell'Unione è posto a fondamento delle assunzioni dei funzionari che debbono avvenire su «base geografica quanto più ampia possibile tra i cittadini degli Stati membri delle Comunità» (art. 27, § 1, Statuto dei funzionari)<sup>256</sup>.

L'«equilibrio geografico» è criterio di selezione da ritenersi secondario rispetto a quello essenziale meritocratico; di interesse è notare che alla riduzione del parametro geografico a criterio complementare si è pervenuti a partire dal principio di non discriminazione espresso nella disciplina di settore (art. 27, § 2, Statuto<sup>257</sup>). La cittadinanza dello Stato membro non può prevalere sull'interesse a reclutare i funzionari «dotati delle più alte qualità di competenza, rendimento e integrità» (art. 27, § 1,

---

<sup>254</sup> Si vedano in particolare i percorsi volti all'inserimento diretto nei livelli più bassi dell'amministrazione di giovani tra i 16 e i 25 anni senza diploma o qualificazione professionale (*“Parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'Etat”*, PACTE), di cui all'Ordonnance n° 2005-901 del 2 agosto 2005. In tema: D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Paris, 2008, 371; ID., *Les contrats de Pacte dans la fonction publique: du pré-recrutement à la titularisation*, in *JCP A* n° 39, 26 septembre 2005, 1325 ss. Altre esempi sono la valorizzazione della formazione “in alternanza”, che combina periodi in aula ad altri sul campo, all'aumento delle borse di studio, la realizzazione di campagne pubblicitarie mirate per il reclutamento nell'esercito, l'introduzione di una certificazione del “livello di diversità” di amministrazioni e imprese (*“label diversité”*) o ancora l'istituzione per i giovani provenienti dalle “Zones d'éducation prioritaire” di vere e proprie “quote” di accesso alle istituzioni scolastiche di maggior prestigio (gli *“Instituts d'Etudes politiques”*), che costituiscono una tappa pressoché obbligata per il reclutamento nell'Ena e nelle altre *Ecole administratives*. Vedi: Y. SABEG, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Paris, Mai 2009, 10 ss. e 54 ss. D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport présenté à Monsieur Renaud Dutreil, Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État, Paris, décembre 2004, 34 ss. M. LONG, *Discriminations positives et accès à Sciences-Po Paris*, in *AJDA*, 2004, 688 ss.; B. TOULEMONDE, *La discrimination positive dans l'éducation: des ZEP à Sciences Po*, in *Pouvoirs* 4/2004 (n° 111), 87-99; D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport présenté à Monsieur Renaud Dutreil, Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État, Paris, décembre 2004, 27 ss.

<sup>255</sup> In tema: M. DE SAINT MARTIN, *Les recherches sociologiques sur les grandes écoles: de la reproduction à la recherche de justice*, in *Education et sociétés*, 2008, 95 ss.; J.F. KESLER, *Le pire des systèmes... à l'exception de tous les autres: de l'énarchie, de la noblesse d'État et de la reproduction sociale*, Paris, 2007; V. AZIMI, *Considérations inactuelles et actuelles sur l'élitisme républicain et l'administration française*, in *Les élites administratives en France et en Italie*, sous la direction de V. Azimi, Paris, 2006, 19 ss.; V. ALBOUY – T. WANECQ, *Les inégalités sociales d'accès aux grandes écoles*, in *Economie et statistique*, n° 361, 2003, 44 ss.

<sup>256</sup> Negli stessi termini: Regolamento del Consiglio n. 259/68 del 29 febbraio 1968, recante il *Regime applicable agli altri agenti dell'Unione europea* (RAA), art. 12, § 1.

<sup>257</sup> «Nessun impiego deve essere riservato ai cittadini di un determinato Stato membro». Vedi anche Art. 1 *quinquies*, Statuto: «1. Nell'applicazione del presente statuto è proibita ogni discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle, le origini etniche o sociali, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o l'orientamento sessuale».

Statuto), sicché la riserva in favore di una specifica nazionalità è illegittima potendosi al più porre come criterio preferenziale nella scelta tra candidati equivalenti<sup>258</sup>.

La disciplina dell'Unione europea – lungi dall'assicurare una “rappresentanza” dei singoli Stati membri in seno alle istituzioni europee<sup>259</sup> - produce una convergenza delle culture burocratico-amministrative che caratterizzano gli ordinamenti nazionali, a favore di un effettivo modello di amministrazione *europea* e al tempo stesso di un nuovo funzionario pubblico europeo, di una *Fonction publique européenne* o di un “*European civil service*”<sup>260</sup>.

Anche l'esperienza dell'Unione Europea chiarisce che la meritocrazia deve essere accompagnata dall'equa rappresentanza dei “nuovi” cittadini europei che sono cittadini di tutti gli Stati membri da tempo costituiti in ordinamenti giuridici nazionali (art. 20, § 1, TFUE), cittadini che proprio l'acquisizione dello *status* di funzionario dell'Unione

---

<sup>258</sup> Cfr. C. giust. CEE, 30 giugno 1983, C-85/82, *Schloh c. Consiglio*; C. giust. CEE, 4 marzo 1964, C-15/63, *Lassalle c. Parlamento europeo*, che annulla un avviso di posto vacante contenente un requisito linguistico (conoscenza della lingua italiana) sprovvisto di correlazione con il posto da occupare e dunque equivalente ad una riserva di nazionalità. La fissazione di requisiti linguistici deve in ogni caso rispondere a obiettivi legittimi di interesse generale che siano con i primi «in rapporto di ragionevole proporzionalità», come ad es. ove si richieda la conoscenza di almeno una lingua di comunicazione interna delle istituzioni: Trib. Funz. Pubbl. UE, 29 giugno 2011, F-7/07, *Angioi c. Commissione*; Trib. UE, 13 settembre 2010, cause riunite T-156/07 e T-232/07, *Spagna c. Commissione* e cause riunite T-166/07 e T-285/07, *Italia c. Commissione*; C. giust. CE, 15 marzo 2005, C-160/03, *Spagna c. Eurojust*. La pubblicazione sul sito Internet dell'ufficio dell'Unione incaricato del reclutamento (EPSO) di un avviso di vacanza unicamente in alcune lingue ufficiali - in assenza di altre misure compensative a beneficio dei potenziali candidati che non conoscano tali lingue – determina una discriminazione irragionevole e va dunque annullato: Trib. UE, 3 febbraio 2011, T-205/07, *Italia c. Commissione*. Un bando di concorso può richiedere la «profonda conoscenza teorica e pratica» dell'ordinamento giuridico di un particolare Stato membro (Olanda) tenuto conto delle mansioni proprie dell'impiego bandito e della recente riforma dell'ordinamento in questione: C. giust. CEE, 4 aprile 1974, C-115/73, *Serio c. Commissione*. Cfr.: S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, cit., 243-244; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 226 ss.; C. PLANTIÉ, *La ripartizione per nazionalità dei funzionari nella Cee: qualche verità poco nota*, in *Dir. com. e degli scambi intern.*, 1993, 289 ss.; A. CORET, *La politique de recrutement dans les Communautés européennes*, in AA.VV., *Les agents internationaux*, Paris, 1985, 212-213.

<sup>259</sup> Per quanto l'osservanza delle c.d. “quote” abbia caratterizzato specialmente i posti di più alto livello (direttori e direttori generali): cfr. C. BLUMANN, *Le droit de la fonction publique*, cit., 133, ove si evidenzia come alcuni Stati membri si siano dimostrati negli anni «particulièrément attentifs à leur présence au sein des institutions communautaires» arrivando a istituire «des organismes chargés à des degrés divers de promouvoir le recrutement de leurs nationaux dans l'administration bruxelloise et de suivre de très près le déroulement de leur carrière»; H. OBERDOFF, *La fonction publique de l'Union Européenne*, in *Droit administratif européen*, cit., 225 ss.; A. GRILLI, *Le origini del diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2009, 186 ss., ove si evidenzia come il «principio di lealtà e fedeltà “sovranaazionale”» dei funzionari dell'amministrazione europea fu ispirato dalla Società delle Nazioni fondata il 28 aprile 1919. Cfr. C. giust. CE, 28 maggio 1970, C-36/69, *Peco c. Commissione*.

<sup>260</sup> Cfr. A. STEVENS, *Europeanisation and the Administration of the EU: a Comparative Perspective*, in *Queen's Papers of Europeanisation*, n. 4/2002, 2; R. CAVALLO PERIN, *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa*, prefazione a J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* (2008), trad. it. *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici*, Per la Francia del domani, a cura di R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, Napoli, 2011, XI-XXV.

pone al riparo dai condizionamenti dei paesi di provenienza e «nell'interesse della Comunità e per il bene pubblico»<sup>261</sup>, indicandone i diritti e gli obblighi verso l'ordinamento giuridico dell'Unione (artt. 11 ss., Statuto).

Si è affermato in sintesi che i funzionari europei rappresentano l'Unione europea al servizio dei cittadini europei «*et plus généralement de ceux qui vivent dans les États membres*»<sup>262</sup>, che forse ha contribuito a sopperire al *deficit* di democraticità delle istituzioni europee<sup>263</sup>, perché è uno strumento di integrazione dei cittadini nelle istituzioni stesse che agevola l'identificazione degli uni nelle altre e rinsalda l'appartenenza che è costitutiva del correlato *status* di cittadinanza.

Il parametro dell'equilibrio geografico instaura una proporzione tendenziale tra cittadini degli Stati membri che possono accedere all'amministrazione europea, più esattamente alla componente sovranazionale di quello che, insieme alle amministrazioni nazionali, si è detto costituire il “sistema amministrativo europeo”.

Il mancato perseguimento di un qualsiasi equilibrio geografico – anche in versione “temperata” - tra cittadini degli Stati membri per gli uffici delle amministrazioni nazionali che assolvano in prevalenza a funzioni d'amministrazione delle politiche europee può apparire irragionevolmente discriminatorio ove rapportato ai caratteri di convergenza e continuità istituzionale di quella che si è detta “amministrazione europea integrata”<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> Codice di buona condotta amministrativa del personale della Commissione europea nei suoi rapporti col pubblico, § 2. Cfr. S. DALLE-CRODE, *Le fonctionnaire communautaire: Droits, obligations et régime disciplinaire*, Bruxelles, 2008, 12 ss.

<sup>262</sup> H. OBERDOFF, *La fonction publique de l'Union Européenne*, cit., 230. Per un'analisi sociologica e cognitiva delle dinamiche decisionali adottate dai funzionari pubblici delle amministrazioni nazionali in seno alle istituzioni europee, ove si distingue tra «*defending nation-state preferences (intergovernmentalism)*», «*providing neutral expertise (functionalism)*» e «*defending the “common European good” (supranationalism)*»: J. TRONDAL, *EU committee governante and the multilevel community administration*, in *EU Administrative Governance*, edited by H.C.H. Hofmann and A.H. Türk, cit., 391 ss.

<sup>263</sup> S. DALLE-CRODE, *Le fonctionnaire communautaire*, cit., 1-2.

<sup>264</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

## CAPITOLO III

*La libera circolazione dei lavoratori nei confronti delle pubbliche amministrazioni nazionali e il limite dei “pubblici poteri”.*

**SOMMARIO:** 1. Libertà di circolazione e pubblica amministrazione nella disciplina dell'Unione europea. - 2. (*segue*): libertà di circolazione dei lavoratori e pubblica amministrazione negli ordinamenti nazionali. - 3. La cittadinanza europea e il riferimento ai “pubblici poteri” come espressione della competenza riservata agli Stati membri. -4. La tutela dei diritti dei funzionari pubblici avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: il superamento del limite dei pubblici poteri.

*1. Libertà di circolazione e pubblica amministrazione nella disciplina dell'Unione europea.*

La creazione di un mercato comune richiede l'elaborazione di regole giuridiche che sappiano definirlo come “unico” tra gli Stati membri soprattutto per una corretta competizione tra le imprese, sia nei rapporti che le stesse instaurano con gli utenti per iniziativa propria, sia in quelli che queste instaurano per soddisfare i differenti bisogni della pubblica amministrazione (personale, beni o servizi all'ente) oppure per concorrere alla soddisfazione di bisogni degli utenti affidati alla sue cure (c.d. funzioni e servizi pubblici).

I rapporti giuridici con la pubblica amministrazione del primo tipo sono stati oggetto di una disciplina di dettaglio sugli appalti o contratti pubblici, mentre la disciplina che ha riguardo ai servizi pubblici, al partenariato pubblico privato e alla concessione di servizi va piuttosto ricondotta ai principi e alle norme del trattato che li pongono, talvolta agli atti interpretativi della Commissione che hanno inteso dichiararli.

Trattasi in ogni caso di norme che disciplinano la scelta di un produttore per la prestazione o la partecipazione ad un'attività di interesse per l'amministrazione pubblica, i cui caratteri si affermano nella necessità di assicurare – con un artificio normativo - che quest'ultima si comporti in modo coerente con il mercato.

Nella disciplina sulla concorrenza nei rapporti con la pubblica amministrazione i primi (rapporti) definiscono l'ambito oggettivo di rilevanza della disciplina stessa e la seconda (pubblica amministrazione) quello soggettivo, ove l'ordinamento dell'Unione europea

ha individuato differenti nozioni di “pubblica amministrazione” tra cui quella in materia di divieto di aiuti di Stato (art. 107 TFUE, ex art. 87 TCE)<sup>265</sup>, di effetti diretti delle direttive e responsabilità per violazione del diritto comunitario<sup>266</sup>, di tutela della concorrenza per le imprese pubbliche o cui gli Stati riconoscono «diritti speciali od esclusivi» (art. 106 TFUE, ex art. 86 TCE)<sup>267</sup>, di libera circolazione dei lavoratori e in maniera quasi speculare nella disciplina sugli appalti pubblici.

---

<sup>265</sup> Cfr. da ultimo: Corte giust. UE, Grande sez., 5 giugno 2012, C-124/10, *Électricité de France (EDF)*; Corte giust. UE, 14 ottobre 2010, C-67/09, *Soc. nuova Agricast c. Commissione*; Corte giust. UE, 10 giugno 2010, C-140/09, *Fall. soc. Traghetti del Mediterraneo c. Presidente del Consiglio*; Corte giust. UE, 2 dicembre 2009, C-89/08 P, *Commissione c. Irlanda*; Corte giust. CE, 17 settembre 2009, C-520/07 P, *Mtu Friedrichshafen GmbH*; Corte giust. CE, 5 marzo 2009, C-222/07, *Unión televisiones comerciales asociadas*; Corte giust. CE, 7 luglio 2009, C-369/07, *Commissione c. Grecia*; Corte giust. CE, 18 dicembre 2008, C-384/07, *Wienstrom GmbH*; Corte giust. CE, 22 dicembre 2008, C-487/06 P, *British Aggregates Association c. Commissione*; Corte giust. CE, 22 dicembre 2008, C-333/07, *Société Régie Networks*; Corte giust. CE, 11 settembre 2008, C-75/05 P, C-80/05 P., *Germania c. Kronofrance S.A.*; Corte giust. CE, 17-07-2008, n. 521/06 P, *Athinaiki Techniki A E c. Commissione*; Corte giust. CE, 1 luglio 2008, C-341/06 P, C-342/06, *Chronopost S.A. c. Union française express*. Cfr. da ultimo: A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 195 e in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1851 ss.; G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in *Diritto dell'Unione europea, Pt. Speciale*, a cura di G. Strozzi, Torino, 2010, XXX; G.L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in *La Costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, Bologna, 2010, 249 ss.; V. SQUARATTI, *Gli aiuti pubblici alle imprese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 1286 ss.; P.G. DE GERONIMO, *Aiuti di Stato e istituzioni comunitarie*, in A.A. V.V., *Gli incentivi finanziari nella prospettiva del diritto europeo*, Napoli, 2010, 21 ss.; O. PORCHIA, *Aiuti di stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2010, Torino, 1 ss.; ID., *La giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti pubblici alle imprese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 818 ss.; ID., *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001, XXX; N. DI MASSA - A. REMONDELLI - S. GIGLIO - M. VALENZANO, *Le fonti comunitarie in tema di aiuto di stato ed il ruolo delle istituzioni comunitarie*, in *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, a cura di M. Ingrosso e G. Tesaurò, Napoli, 2009, 97 ss.; D. CASALE, *Aiuti di Stato e distorsioni alla libera concorrenza*, *ivi*, 155 ss.; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 893 ss.; G. FONDERICO, *Aiuti alle imprese*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. I, 238 ss.; G. RANSONI, *Aiuti di stato (diritto dell'Unione europea)*, *ivi*, Milano, 2007, vol. I, 248 ss.; C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Pt. speciale, t. I, 65 ss.; G. LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006, XXX; D. CASALINI, *Aiuti di stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amm.-Cds*, 2003, 2733.

<sup>266</sup> Cfr. C. giust. CEE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Repubblica Italiana e Bonifaci e a. e Repubblica Italiana* e da ultimo: C. giust. UE, 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Repubblica italiana*; C. giust. UE, 25 novembre 2010, C-429/09, *Fuß c. Stadt Halle*; C. giust. UE, 26 gennaio 2010, C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL c. Administración del Estado*; C. giust. CE, 16 ottobre 2008, C-452/06, *Synthon BV c. Licensing Authority of the Department of Health*; C. giust. CE, 13 giugno 2006 C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA, in liquidazione c. Repubblica italiana*; C. giust. CE, 4 luglio 2000, C-424/97, *Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*; Commissione, *Giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di risarcimento per violazione del diritto dell'Unione europea da parte degli Stati membri*, Bruxelles, 15 luglio 2009. Cfr. da ultimo: F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, XXX; R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2010, Torino, 506 ss.; ID., *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, XXX; C. BROYELLE, *La responsabilité de l'État pour non-exécution du droit communautaire*, in *Droit administratif européen*, cit, 727 ss.; M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Pt. generale, t. II, 600 ss.; G. PISTORIO, *La responsabilità del legislatore*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, Milano, 2006, 5111 ss.

<sup>267</sup> Cfr. da ultimo: C. giust. UE, 3 marzo 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*; C. giust. CE, 1° luglio 2008, C-49/07, *Motosyklistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) e Stato*

Negli ultimi due ambiti la rilevanza soggettiva della disciplina europea sulla concorrenza assume una particolare configurazione poiché oltre a perseguire la realizzazione del mercato interno<sup>268</sup> ha stabilito altresì una tutela alle libertà fondamentali dell'ordinamento europeo. La doppia tutela offerta è così utile ad consentire il rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale, ivi compresa la politica di promozione della piena occupazione e del progresso sociale dell'Unione (art. 3 TUE)<sup>269</sup>.

Allo Stato, agli enti pubblici territoriali e alle associazioni costituite da uno o più di tali enti, si sono giustapposti in materia di appalti i c.d. “organismi di diritto pubblico”, con una nozione estensiva e comune di amministrazione aggiudicatrice che ha affiancato le amministrazioni già note agli ordinamenti nazionali (Dir. 2004/17/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, art. 1, § 9). Dall'esaustiva elencazione delle «persone giuridiche pubbliche»<sup>270</sup> si è progressivamente affermata una nozione propria dell'ordinamento europeo a carattere “aperto”, cui si aggiunge un elenco di enti a fini di sola esemplificazione<sup>271</sup>. L'organismo di diritto pubblico ne risulta fondato sul cumulo di tre elementi<sup>272</sup>: personalità giuridica, istituzione per soddisfare

---

*ellenico*; C. giust. CE, 18 dicembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia e Administración General del Estado*. Cfr. fra molti: V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in *La Costituzione economica: Italia, Europa*, cit., 154 ss.; ID., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 153 ss.; M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Pt. speciale, t. III, 1205 ss.; F. COSTAMAGNA, *I servizi socio - sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011, 58 ss.; D. CASALINI, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 969 ss.; C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. III, Milano, 2007, 395 ss.; C. LACAVA, *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir. da S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, t. IV, Milano, 2003, 3901 ss.; D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, 1994, 64 ss.

<sup>268</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2-3.

<sup>269</sup> Cfr. già il Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, art. B.

<sup>270</sup> Dir. 71/305/Cee del Consiglio del 26 luglio 1971, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, art. 1, lett. b, ove si rinvia all'elencazione di cui all'allegato n. I.

<sup>271</sup> Già con la Dir. del Consiglio 89/440/CEE del 18 luglio 1989, *che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*. Sul carattere esemplificativo degli elenchi per tutte: C. giust. CE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley c. Bestattung Wien GmbH*. Cfr.: D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 33.

<sup>272</sup> Cfr. da ultimo: C. giust. CE, 23 dicembre 2009, C-350/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche*; C. giust. CE, 11 giugno 2009, C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik c. AOK Rheinland/Hamburg*; C. giust. CE, 10 aprile 2008, C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*; C. giust. CE, 13 dicembre 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e altri c. GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*; Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; Cass., sez. un., 7 aprile 2010, n. n. 8225; Cass., sez. un., 4 novembre 2009, n. 23322; Cass., sez. un., 26 ottobre 2009, n. 22584;

specificamente bisogni generali aventi carattere non industriale o commerciale e influenza dominante di Stato, enti pubblici territoriali o associazioni costituite da uno o più di tali enti, che si ritiene sussista in presenza di un'attività «finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi o il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico»<sup>273</sup>.

In materia di appalti pubblici l'ordinamento dell'Unione europea pone la nozione di organizzazione “*in house providing*” al fine di escludere l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza<sup>274</sup> ove l'amministrazione intenda soddisfare esigenze di lavori,

---

Cass., sez. un., 16 aprile 2009, n. 8996; Cass., sez. un., 20 marzo 2009, n. 6771; Cass., sez. un., 23 aprile 2008, n. 10443; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2009, 3829; Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2009, n. 795; Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4326; Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2764; Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008, nn. 2279 e 2280; Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2008, n. 1913; Cons. St., sez. VI, 13 marzo 2008, n. 1094.

<sup>273</sup> Dir. 2004/17/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, art. 1, § 9. Cfr. D. CASALINI, *op. cit.*, *passim* ma spec. cap. I, III e IV; ID., *Concessionario, organismo di diritto pubblico o gestore in house: chi sopporta il rischio economico della gestione delle autostrade?*, in *Urb. app.*, 2009, 882 ss.; ID., *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2003, 3827 ss.; G. MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2008, 2335 ss.; S. PONZIO, *Gli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie come organismi di diritto pubblico*, in *Urb. app.*, 2007, 1351 ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 61 ss.; ID., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 839; L.R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue incerte frontiere- Il caso di grandi stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 870 ss.; V. CAPUTI-JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13 ss.

<sup>274</sup> La pubblica amministrazione si pone con le organizzazioni *in house* in un rapporto a carattere organizzativo - talora detto di “delegazione interorganica”: cfr. innanzi tutto C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, cui si deve la prima enunciazione della nozione; da ultimo: C. giust. CE, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset SpA c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*; C. giust. CE, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea Srl c. Comune di Ponte Nossa*, § 57; C. giust. CE, (Grande Sezione), 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*; C. giust. CE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*; C. giust. CE, 17 luglio 2008, C-371/05, *Commissione CE c. Repubblica Italiana*; C. giust. CE, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado*; C. giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen*; C. giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall*; Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM(2004) 327 def.. Cfr. Da ultimo: P. WANG, R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *Addressing purchasing arrangement between public sector entities*, in S. ARROWSMITH, R.D. ANDERSON (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement. Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2011, XXX; R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di H. Bonura e M. Cassano, Torino, 2011, 119 ss.; R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *Control over In-house Providing Organisations*, in *Public Procurement Law Review*, Issue 5, 2009, 231; R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; M. DUGATO, *Introduzione. Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere*

servizi e forniture senza rivolgersi al mercato, ma costituendo un ente *ad hoc*, con esercizio della propria autonomia organizzativa<sup>275</sup>.

Anche per l'*in house* il riferimento è a indici di tipo sostanziale, quali l'esercizio prevalente della propria attività per l'amministrazione affidante e la sottoposizione a un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, a prescindere dunque dalla forma giuridica prescelta<sup>276</sup>.

Le nozioni europee di "pubblica amministrazione" (organismo di diritto pubblico; organizzazione *in house providing*) - seppure a rilevanza limitata (appalti e servizi pubblici) - si sono consolidate perché capaci di assicurare un'applicazione omogenea e

---

per il regno di Logres, in *Istit. fed.*, 2011, 5 ss.; C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, *ivi*, 13 ss.; C. ALBERTI, *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, *ivi*, 23 ss.; T. BONETTI, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, *ivi*, 37 ss.; E. TRENTI, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, *ivi*, 47 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, 129 ss.; R. CARANTA, *The In-House Providing: The Law as It Stands in the EU*, in *The In House Providing in European Law*, in edited by M. Comba and S. Treumer, Copenhagen, 2010, XXX ss.; M. COMBA, *In-House Providing in Italy: the circulation of a model*, *ivi*; F. CASSELLA, *In-House providing - European regulations vs. national systems*, *ivi* XXX ss.; G. CORSO - G. FARES, *Crepuscolo dell'in house?*, in *Foro it.*, 2009, I, 1319; G. PIPERATA, *La corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello «a mosaico» della società in house*, in *Regioni*, 2009, 65; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 208; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 938 ss.

<sup>275</sup> Cfr. da ultimo sulla possibilità per un'autorità pubblica di «adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad enti esterni non appartenenti ai propri servizi»: C. giust. CE, 22 dicembre 2010, C-215/09, *Mehiläinen Oy c. Oulun kaupunki*; Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM(2004) 327 def., 8; Conclusioni dell'Avvocato generale G. Cosmas, presentate il 1° luglio 1999, C-107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*. L'autonomia organizzativa delle amministrazioni pubbliche nazionali è confermata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione, ove, pur considerando la cooperazione amministrativa «di interesse comune», esclude una qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri sul punto (art. 197 TFUE): cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 255 e 262-263, che evidenzia come l'autonomia degli Stati nell'organizzazione della propria amministrazione «vale sino a quando la Comunità non interviene e comunque nella misura in cui non mette a rischio l'applicazione della normativa comunitaria» in ragione dei principi di effettività e diretta applicazione del diritto comunitario. Sull'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione cfr. per tutti: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 96 ss. Nell'ordinamento italiano cfr. da ultimo Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, che dichiara l'illegittimità delle discipline di favore per l'affidamento a terzi o in società mista introdotta a seguito dell'abrogazione referendaria del 2011 per violazione del vincolo derivante dalla consultazione popolare (d. l. 13 agosto 2011, n. 138, art. 4, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148 e s.m.i.). Per il precedente superamento del vaglio di costituzionalità su ricorso di alcune regioni: Corte cost., 3 novembre 2010, n. 325; Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272; Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307; Corte cost., 21 novembre 2011, n. 320.

<sup>276</sup> Forma giuridica che nella maggior parte dei casi è quella societaria, ma può ben assumere i caratteri di una fondazione, di un'associazione o di un ente pubblico in senso stretto cfr. ad es. C. giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *cit.*, sul caso di una società cooperativa intercomunale i cui soci sono costituiti da comuni e da un'associazione intercomunale a sua volta esclusivamente costituita da comuni.

non discriminatoria delle norme comunitarie all'interno dei singoli Stati membri in modo funzionale alle esigenze di tutela della concorrenza.

La disciplina della libera circolazione dei lavoratori europei prevede una deroga per gli «*impieghi nelle pubbliche amministrazioni*» (art. 45, § 4, TFUE) che ha permesso di preservare la cittadinanza come requisito di accesso per una parte degli impieghi pubblici nelle amministrazioni nazionali<sup>277</sup>.

Della locuzione «*impieghi nelle pubbliche amministrazioni*» è stata sin dai primordi offerta un'interpretazione restrittiva,<sup>278</sup> contro i comportamenti omissivi o commissivi di cui è stata capace anche l'amministrazione pubblica. Il tenore letterale della norma è stato sicuramente la causa di una tardiva estensione della libertà di circolazione anche alle discipline nazionali sulle modalità di accesso all'impiego pubblico, in particolare a quella sul pubblico concorso.

La maggiore attenzione riservata alla disciplina sul diritto di stabilimento (art. 51 TFUE, ex art. 45 TCE) e sulla libera circolazione dei servizi (art. 62 TFUE, ex art. 55 TCE)<sup>279</sup>, non ultima la stessa differente formulazione letterale, ha determinato sin dalle prime interpretazioni quella che è divenuta la *ratio* della norma sulla libera circolazione dei lavoratori ed in particolare degli enunciati che ne fondano la disciplina in deroga.

Si è così affermato come con riferimento a quest'ultima per «impieghi nelle pubbliche amministrazioni» debbono intendersi i soli uffici deputati ad assolvere le «attività che partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri», cioè l'«*esercizio*

---

<sup>277</sup> Contro alla tendenza degli ordinamenti dei paesi membri a interpretare estensivamente la deroga prevista per gli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, quasi che «*l'édifice de la fonction publique*» potesse sfuggire al «*bulldozer du droit communautaire*»: O. DUBOS, *L'exorbitance du droit de la fonction publique*, in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, sous la direction de F. Melleray, Paris, 2004, 267; C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, 2004, 39: «*De prime abord, la lecture de l'art. 39, § 4, CE pouvait dès lors rassurer ceux qui s'inquiétaient d'une altération de l'État, de l'émission de son autorité, par l'attribution d'une parcelle de ses prérogatives, aux mains de fonctionnaires non nationaux. La rédaction du paragraphe 4 attestait de la prise en considération des vœux étatiques de réserver leur fonction publique à leurs ressortissants*».

<sup>278</sup> Secondo un principio che è «*inherent to the system of the Treaties*»: J. ZILLER, *Free movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Part I, *General Report*, cit., 21. Per una ricostruzione: R. CARANTA, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, in *Dir. Un. eur.*, 1999, 21 ss.

<sup>279</sup> Cfr. *infra*, par. 4.

- diretto o indiretto<sup>280</sup> - di autorità pubblica» e la «cura e salvaguardia degli interessi generali dello Stato o di altri enti pubblici»<sup>281</sup>.

L'approccio iniziale anche in questo caso è stato *dato in via interpretativa dalla Commissione*<sup>282</sup> offrendo inizialmente un elenco non esaustivo degli ambiti soggetti alla libera circolazione tra i quali rientra qualsiasi attività d'impresa o a contenuto tecnico, salva la prova contraria degli Stati membri in sede di contenzioso<sup>283</sup> e al tempo stesso l'elenco di quelli che ad essa sono sottratti come le funzioni di prerogativa o «*fonctions régaliennes*»<sup>284</sup>, costitutive del nucleo essenziale dell'attività pubblica intorno al quale

---

<sup>280</sup> Cfr. C. giust. CE, sez. III, 10 dicembre 2009, C-345/08, *Pesla c. Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern*, che nega l'applicabilità della deroga in tema di pubblici impieghi nel caso di stage esercitato presso un giudice o pubblico ministero per difetto di una partecipazione "diretta" all'esercizio di pubblici poteri in quanto gli stagisti operano sotto la sorveglianza e conformemente alle istruzioni dei responsabili del tirocinio.

<sup>281</sup> Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2002, COM(2002) 694 def., *Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*; Comunicazione della Commissione 18 marzo 1988, n. 88/C72/02, *Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri*.

<sup>282</sup> G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, in *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2003, 1194 ss.; S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, Milano, 2007, 370 ss.

<sup>283</sup> I cittadini europei hanno così potuto avere accesso agli impieghi negli ospedali pubblici: C. giust. CE, 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione c. Repubblica francese*; nelle scuole e università pubbliche: C. C-66/85 del 1986, cit.; C. giust. CE, 27 novembre 1991, C-4/91, *Bleis c. Ministère de l'Éducation nationale*; C. giust. CE, 2 luglio 1996, C-290/94, *Commissione c. Repubblica ellenica*; a posti di ricercatore del Cnr purché estranei all'esercizio di funzioni direttive o di consulenza dello Stato: C. giust. CE, 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana*; agli impieghi della gente di mare: C. giust. CE, 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana*; a quelli nei servizi pubblici e nelle attività di interesse economico generale: C. giust. CE, 1° dicembre 1993, C-37/93, *Commissione c. Regno del Belgio*; ai posti di lettore di lingua straniera C. giust. CE, 30 maggio 1989, C-33/88, *Allué c. Università degli Studi di Venezia*; C. giust. CE, 2 agosto 1993, C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué c. Università degli Studi di Venezia*. Sulla vicenda dei lettori cfr.: M. MATTONE, *Gli ex-lettori di lingua straniera nella giurisprudenza della corte di giustizia della comunità europea e la posizione dell'Italia*, in *Dir. econ.*, 2008, 691 ss.; G. FERRARI, *Il rapporto dei lettori di lingue straniere nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Foro amm.-CdS*, 2008, 239 ss.; M. NAVILLI, *Il licenziamento dei lettori di lingua straniera prima della direttiva 20 luglio 1998 98/59/Ce*, in *Lavoro p.a.*, 2006, 457 ss.; E. ADOBATI, *L'annosa questione concernente i lettori di lingua straniera – L'ultima sentenza della corte di giustizia*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2006, 511; R. CARANTA, *La corte di cassazione ed i lettori di lingua straniera, ovvero, tutto è bene quello che finisce bene*, in *Resp. civ.*, 2000, 1088 ss. Cfr. per una sintesi: E. HONORAT, *CJCE : les administrations ouvertes à la libre circulation des fonctionnaires en Europe*, in *Actualités Juridique de la Fonction Publique (AJFP)*, 1997, 19.

<sup>284</sup> Sulla nozione di "regalie" cfr.: G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche e dei corpi morali*, vol. I, Firenze, Casa Ed. Libreria F.lli Cammelli, 1899, 369 e s. e pt. spec. VI, 49 e s., vol. III, n. 3 e s., n. 32 e s.; R. DE BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, Paris, 2004, 9 ss.; P. LIGNIERES, *Le droit communautaire et la distinction des activités régaliennes et non-régaliennes*, in *Droit administratif européen*, cit., 982 ss.; S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2000, 3 ss. Da ultimo si consenta il rinvio a: R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, *Le prestazioni riservate alle organizzazioni pubbliche e gli oggetti possibili dei contratti a terzi in sanità*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario: un primo bilancio*, a cura di S. Civitarese Matteucci, M. Dugato, A. Pioggia, G.M. Racca, Milano, 2008, 251 ss.

si sono costituiti i moderni Stati nazionali<sup>285</sup>, come gli impieghi nelle forze armate, in polizia e nelle altre forze di tutela dell'ordine pubblico, presso le autorità giudiziarie e fiscali e nel corpo diplomatico.

Le prerogative di pubblica autorità corrispondono ai poteri di «*commandement et contrainte à l'égard des particuliers*»<sup>286</sup>, cioè ai poteri di diritto pubblico quali «l'elaborazione degli atti amministrativi, l'esecuzione di tali atti, il controllo sulla loro applicazione e la tutela esercitata sugli organismi dipendenti»<sup>287</sup> o in generale «poteri di coercizione e sanzione»<sup>288</sup>, i quali debbono caratterizzare in modo prevalente l'attività esercitata, sicché non sono “impieghi nella pubblica amministrazione” quelli dei comandanti di navi mercantili che solo saltuariamente esercitano funzioni di polizia, di mantenimento della pubblica sicurezza, di stato civile e notarili in rappresentanza dello stato di bandiera dell'imbarcazione<sup>289</sup>.

---

<sup>285</sup> Cfr. fra molti: A. CHIAPPETTI, *L'attività di polizia, aspetti storici e dogmatici*, Padova, 1973, 27 ss.

<sup>286</sup> G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, cit., 1197; *idem*: J.A. FUENTETAJA PASTOR, *La libre circulación des empleados públicos*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 5, 2003, 44.

<sup>287</sup> Comunicazione della Commissione 18 marzo 1988, cit. Non costituisce una prerogativa di pubblica autorità l'esercizio di mansioni di sorveglianza per conto di un'impresa privata e il mero “uso legittimo delle armi” riconosciuto alle guardie giurate: C. giust. CE, 31 maggio 2001, C-283/99, *Commissione c. Repubblica Italiana*. Nell'ordinamento italiano il requisito di cittadina nazionale per prestare «opere di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari od immobiliari» e per «eseguire investigazioni o ricerche o raccogliere informazioni per conto di privati» era previsto dal r.d. 18 giugno 1931, n. 773, *Testo unico di pubblica sicurezza*, art. 134. Per la modifica della previsione con apertura ai cittadini europei cfr. l. 1° marzo 2002, n. 39, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2001*, art. 33. Con successiva riforma (d.l. 8 aprile 2008, n. 59, *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, art. 4, che introduce l'art. 134 bis nel TULPS, conv. con mod. dalla l. 6 giugno 2008, n. 101) si è consentito lo stabilimento e la prestazione di servizi da parte di imprese di vigilanza privata di altri Stati membri dell'Unione. Cfr. C. giust. CE, 29 ottobre 1998, C-114/97, *Commissione c. Regno di Spagna*.

<sup>288</sup> Cfr. da ultimo: C. giust. UE (grande sezione), 24 maggio 2011, C-47/08, *Commissione c. Regno del Belgio*, C-50/08, *Commissione c. Repubblica francese* e C-53/08, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, con nt. di M. CATRICALÀ, *Professione notarile e funzione pubblica*, in *Foro amm. – Cds*, 2011, 3285 ss. e di A. BENEDETTI, *Libertà di stabilimento e professione notarile*, in *Giur. it.*, 2012, 703, ove si esclude che l'attività notarile di autenticazione e redazione di atti pubblici rientri nell'ambito di esercizio dei pubblici poteri perché, seppur dotata di «rilevanti effetti giuridici», questi si fondano comunque sul consenso delle parti.

<sup>289</sup> C. giust. CE, 10 dicembre 2009, C-460/08, *Commissione c. Repubblica Ellenica*; C. giust. CE, 11 settembre 2008, C-447/07, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust. CE, 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*. A maggior ragione non sono impieghi nella pubblica amministrazione quelli dei comandanti di navi che praticano la “piccola pesca d'altura”: C. giust. CE, 30 settembre 2003, C-47/02, *Anker c. Repubblica federale di Germania*. Cfr. da ultimo: G. PEKASSA NDAM, *La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2012, 363 ss.; F. BINOCOLI, *La nazionalità comunitaria del capitano e del primo ufficiale di nave mercantile*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 665.

La qualificazione come presunzione *juris tantum* non attiene alla definizione di regalia ma alla sua individuazione in concreto ben potendosi individuare impieghi che non comportino l'esercizio di pubblica autorità, come nel caso di mansioni di manutenzione, gestionali o di consulenza tecnica<sup>290</sup>, svolte a supporto delle regalie o funzioni di prerogativa.

Ciò è dovuto al modo di individuare le mansioni che sono specificamente ricondotte al posto ricoperto (c.d. «*post by post analysis*»<sup>291</sup>) nell'esercizio di funzioni di pubblica autorità e nella cura e salvaguardia degli interessi generali dello stato o di altri enti pubblici, che seppure in misura ridotta possono essere accompagnate da mansioni neutre che non toccano la funzione in senso proprio. Maggiore è l'ampiezza di tali mansioni serventi negli impieghi nei servizi pubblici, ove il perseguimento di interessi collettivi non è associato essenzialmente<sup>292</sup> all'esercizio di funzioni di autorità<sup>293</sup>.

## 2. (segue): libertà di circolazione dei lavoratori e pubblica amministrazione negli ordinamenti nazionali.

La definizione della disciplina europea non è stata irrilevante per gli ordinamenti degli Stati membri che si sono visti costretti ad emanare norme *ad hoc* per superare o – più

---

<sup>290</sup> Comunicazione della Commissione “*Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*”, cit. Sul rapporto tra “settori” e “posti” nella definizione europea di “impieghi nelle pubbliche amministrazioni”: S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 922.

<sup>291</sup> J. ZILLER, *Free movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Part I, cit., 21. Per tutti: C. C-66/85 del 1986, cit. Per l'origine della c.d. "nozione funzionale" nel *New Public Management*: J.M. LEMOYNE DE FORGES, *Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles?*, in *Actualité Juridiques de Droit Administratif (AJDA)*, 2003, 1917. Per il carattere «materiale e teleologico» del criterio funzionale: A. CARNAROLI, *La libera circolazione dei dipendenti pubblici in Italia e in Francia*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, 262; A. RIGAUX, *Le personnel du service public et le droit communautaire*, in *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, sous la direction de R. Kovar et D. Simon, t. 2, Paris, 302 ss. ; J.C. FROMENT, *De la valorisation de la conception fonctionnelle de la fonction publique à son institutionnalisation (la loi du 26 juillet 1991)*, in *Revue de droit public (RDP)*, 1996, 1117 ss.

<sup>292</sup> Sui rapporti tra concessioni di servizio pubblico e «concessioni coloniali» ove queste ultime determinavano il conferimento dei «più ampi poteri pubblici»: R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 4 ss. Per l'attribuzione di poteri di polizia ai concessionari del trasporto ferroviario: F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Bologna, 2000, 50, spec. nt. 111.

<sup>293</sup> Per una critica della definizione v. J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, cit., 171: «this is a very vague description. It is also still far from clear which functions do and do not fall within this definition».

spesso – delimitare fortemente la cittadinanza statale come requisito di accesso agli impieghi pubblici, relegandola ai soli posti essenziali per l'esercizio di prerogative di pubblica autorità e la salvaguardia degli interessi generali dello stato<sup>294</sup>.

Non si tratta di un obbligo poiché gli Stati membri ben possono rinunciare alla scelta di riservare ai cittadini nazionali qualsiasi tipo di impiego pubblico<sup>295</sup>: così l'esperienza dei Paesi Bassi, ove sin dal 1988<sup>296</sup> si è previsto il reclutamento nella maggior parte degli impieghi pubblici di cittadini sinanco extracomunitari in ragione della carenza di personale in tali settori ma anche con finalità di integrazione<sup>297</sup>.

Se alcune esperienze (Francia) sono passate per un'iniziale riserva di nazionalità salvo il rinvio a decreti di attuazione per gli impieghi accessibili<sup>298</sup>, nella maggior parte degli

---

<sup>294</sup> Per una panoramica completa: J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Current Issues and State of Play*, Part II – Country Files, cit.

<sup>295</sup> Un tempo ritenuta una «*règle nationale séculaire*»: G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, cit., 1194.

<sup>296</sup> Cfr. *amplius infra*, par. 5.

<sup>297</sup> C. DEMMKE - U. LINKE, *Who's a National and Who's a European? Exercising Public Power and the Legitimacy of Art. 39 4 EC in the 21<sup>st</sup> Century*, cit.

<sup>298</sup> La previsione attualmente vigente è data dalla loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, art. 5 bis, come mod. dalla loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 «*les ressortissants des États membres de la Communauté européenne (...) ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois. Toutefois, ils n'ont pas accès aux emplois dont les attributions, soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques*»; la precedente versione della norma (introd. dalla loi n° 91-715 du 26 juillet 1991) stabiliva: «*les ressortissants des États membres de la Communauté européenne autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions, soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques*». Cfr. fra molti: J.M. LEMOYNE DE FORGES, *Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique ?*, in *Revue française d'Administration publique (RFAP)*, 2010, 702; H. OBERDOFF, *L'influence du droit communautaire sur la fonction publique*, in *Droit administratif européen*, cit., 1059 ss.; M. POCHARD, *Le droit de la fonction publique au risque du droit communautaire*, in *AJDA*, 2003, 1906 ss.; J.M. LEMOYNE DE FORGES, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, Rapport au ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de l'Aménagement du territoire, avril 2003, Paris, XXX. Per un paragone tra Francia e Italia si consenta il rinvio a: R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, *La liberté de circulation des travailleurs dans l'Union européenne et les modèles italien et français de recrutement dans la fonction publique*, in *Droit du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, sous la direction de M. Touzeil-Divina & M. Sweeney, Paris, 2012, 182 ss.

ordinamenti nazionali (Belgio<sup>299</sup>, Germania<sup>300</sup>, Grecia<sup>301</sup>, Italia<sup>302</sup>, Spagna<sup>303</sup>) si è affermato con norme di rango primario il diritto riconosciuto ai soli cittadini europei di accedere liberamente agli impieghi pubblici. I posti riservati ai cittadini nazionali sono stati invece rimessi ad un livello normativo inferiore, con elenchi che ricomprendono la diplomazia, le forze armate, il Ministero degli Esteri, la magistratura, e così via.

L'ordinamento interno può porre limiti alla libera scelta delle fonti che possono definire i casi di esclusione dall'accesso agli impieghi pubblici ove una fonte sovraordinata ponga un principio di riserva di legge anche solo relativa (art. 51, co. 1°, Cost.)<sup>304</sup>. I casi

---

<sup>299</sup> Arrêté Royal du 2 Octobre 1937, portant le Statut des Agents de l'État, Art. 16, «Nul ne peut être nommé agent de l'État s'il ne remplit les conditions générales d'admissibilité qui suivent: § 1. 1° être Belge lorsque les fonctions à exercer sont liées à l'exercice de la puissance publique et destinées à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou, dans les autres cas, être Belge ou citoyen d'un autre État faisant partie de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse».

<sup>300</sup> Si veda la legge quadro sui funzionari pubblici, *Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts – Beamtenrechtsrahmengesetz*, come modificata dal *Zehntes Gesetz zur Änderung dienstlicher Vorschriften*, art. 4.

<sup>301</sup> Si veda la l. n. 2431/1996 sulla *Nomina o assunzione dei cittadini europei nelle amministrazioni pubbliche*. Nel 1999 la clausola di apertura ai cittadini europei è stata inoltre inserita nel Codice del pubblico impiego. L'enumerazione dei posti riservati in ciascun ministero è rimessa ad appositi decreti presidenziali. Cfr. M.I. PRAVITA, *The Access of EU Citizens to the Public Service: A Comparative Analysis*, cit., 19-20.

<sup>302</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 38: « 1. I cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale. 2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, (...) sono individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana (...). Per l'attuazione: d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, artt. 1 e 2, ove l'accesso dei cittadini europei è escluso per gli impieghi di livello dirigenziale, o comunque che determinino l'esercizio di «funzioni di vertice amministrativo», unitamente ai posti dei magistrati (ordinari, amministrativi, militari e contabili), degli avvocati e procuratori dello Stato, nonché i posti in qualsiasi ruolo civile e militare della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri d'esercizio delle "regalie" (Ministero degli affari esteri, Ministero dell'interno, Ministero della giustizia, Ministero della difesa, Ministero dell'economia). Sono inoltre esclusi i posti presso la pubblica amministrazione comportanti l'esercizio di funzioni amministrative che si concludano con l'emanazione di atti «coercitivi», d'autorizzazione, di controllo di legittimità o di merito.

<sup>303</sup> Si veda la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, art. 57: « 1. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios (...) a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados». Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, cit., 116 ss.; F. PUERTA SEGUIDO, *El acceso al empleo público*, cit., 410 ss., ove si evidenzia in particolare la diversa situazione delle amministrazioni locali, ove l'elencazione degli impieghi aperti ai cittadini europei è rimessa ai singoli enti in ragione del riconoscimento costituzionale della loro autonomia; questi tuttavia «se muestran menos sensible al problema y no están desarrollando una acción clara que de cumplimiento a las exigencias que derivan de la libre circulación de trabajadores».

<sup>304</sup> Sulla riserva di legge ex art. 51 Cost. cfr. Corte cost., 29 settembre 1958, n. 56; sull'interpretazione della riserva di legge nei rapporti Stato-Regione, ove si evidenzia in tema di diritti politici il «bisogno di una uniforme disciplina per tutti i cittadini e per tutto il territorio nazionale»: Corte cost., 17 luglio 2007, n. 288; Corte cost., 16 giugno 2006, n. 232; Corte cost., 12-23 dicembre 1994, n. 438; Corte cost., 7-15 marzo 1994,

di esclusione degli impieghi presso le pubbliche amministrazioni dalla disciplina europea a tutela della libera circolazione debbono essere conformi alla norma comunitaria che la prescrive e alle interpretazioni che della stessa sono state fornite nel tempo dalla giurisprudenza<sup>305</sup>.

### *3. La cittadinanza europea e il riferimento ai “pubblici poteri” come espressione di una competenza riservata agli Stati membri.*

Nell’ordinamento dell’Unione europea l’esercizio di “pubblici poteri” è assunto in più occasioni come elemento per l’individuazione di un’area ascritta alla competenza esclusiva dei singoli Stati membri (art. 4, § 2, TUE)<sup>306</sup>, segnando una disciplina in deroga alle libertà fondamentali enunciate dal Trattato che si affianca – senza sovrapposizioni - a quelle stabilite per motivi imperativi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, moralità pubblica, tutela della salute, ecc.<sup>307</sup>.

In quanto disciplina in deroga si è imposta sui “pubblici poteri” un’interpretazione restrittiva seppure con accenti correlati a ciascun settore di riferimento<sup>308</sup>.

La locuzione “pubblici poteri” trova storicamente una prima espressa enunciazione nelle norme sul diritto di stabilimento, ove sono escluse dalla relativa disciplina le attività che nello Stato membro «partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei

---

n. 84; Corte cost., 10-14 dicembre 1990, n. 539; Corte cost., 24 febbraio – 3 marzo 1988, n. 235; Corte cost., 19 giugno 1969, n. 108; Corte cost., 1° giugno 1966, n. 60 e Corte cost., 26 giugno 1957, n. 105.

<sup>305</sup> Non si annoverano sinora precedenti negativi né della giurisprudenza europea né di quella nazionale sui casi citati dal d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, artt. 1 e 2. Sull’esclusione generalizzata dall’accesso ai posti di livello dirigenziale, o che determinino l’esercizio di «funzioni di vertice amministrativo», cfr. E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, cit., 18: «it is possible that promotion to the most senior levels [...] could be reserved to own nationals». Nell’ambito dell’insegnamento può limitarsi lo sviluppo di carriera dei cittadini europei escludendoli ad es. dai posti di preside di istituto o ispettore, senza che ciò valga a giustificare un’esclusione generalizzata dagli impieghi di insegnante: Cons. St., sez. II, par. n. 234 del 1990, cit.

<sup>306</sup> M.A. SENDÍN GARCÍA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*, cit., 106.

<sup>307</sup> Art. 36; art. 45, § 3; art. 52, § 1; art. 65, § 1, lett. b; art. 72; art. 202; art. 276 TFUE. Sull’eccezione alla libertà di circolazione dei lavoratori per motivi di ordine pubblico (art. 45, § 3, TFUE) v. *supra*, cap. I, par. 4. Per un paragone: M.A. SENDÍN GARCÍA, *op. cit.*, 45; J.L. MONEREO PÉREZ – J. VIDA SORIA, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, 1991, 17 ss.

<sup>308</sup> Una lettura ridotta dei pubblici poteri segue contemporaneamente alle «limitazioni di sovranità» consentite dagli Stati membri (art. 11 Cost.), limitazioni che si fanno sempre più importanti, specie nei tempi più recenti e seppur con intensità talora differenziate a seconda dei paesi presi in considerazione (e specialmente della loro situazione economica). Vedi in particolare la “lettera Trichet-Draghi” al Presidente del Consiglio del 4 agosto 2011, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it).

pubblici poteri» (art. 51 TFUE), con norma richiamata in tema di libera prestazione dei servizi (art. 62 TFUE)<sup>309</sup>. Si consente così la deroga alla generale disciplina che assicura ai cittadini europei rispettivamente «l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società [...], alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini» (art. 48, § 2) e la possibilità di «esercitare, a titolo temporaneo, la loro attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini» (art. 57, § 3, TFUE)<sup>310</sup>.

Gli Stati membri sono legittimati ad apporre clausole di cittadinanza per l'accesso alle professioni solo ove queste «comportino una partecipazione *diretta e specifica* all'esercizio dei pubblici poteri»<sup>311</sup>, da valutarsi alla luce delle attività esercitate che non

---

<sup>309</sup> Rileva come l'originaria intenzione degli Stati membri di distinguere le due eccezioni in tema di diritto di stabilimento e di libera circolazione dei lavoratori, con attribuzione di una più ampia estensione alla seconda, sia stata superata dal giudice europeo sul presupposto di una coincidenza di contenuto e fondamento, poiché entrambe sono «*establecidas en defensa de la soberanía de los Estados miembros*»: M.A. SENDÍN GARCÍA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*, cit., 104-105; v. anche C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, cit., 35 ss.

<sup>310</sup> Ai sensi dell'art. 57, § 2, TFUE, la nozione di servizi ricomprende: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni: cfr. *amplius infra*, cap. IV, par. 4. Sul diritto di stabilimento e la libertà di circolazione dei servizi cfr. da ultimo: A. FALZONE, *La libertà di stabilimento può essere limitata solo di fronte a imperativi motivi di interesse generale e solo se tale restrizione è idonea e proporzionata a garantire l'obiettivo tutelato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 621; F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 693; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, cit., 295 ss.; E. ADOBATI, G. CAPECCHI, N. PARISI, A. SANTINI e M.C. STATELLA, *Il mercato interno e la politica commerciale comune*, in *Elementi di diritto dell'Unione europea, pt. speciale - Il diritto sostanziale*, a cura di U. Draetta e N. Parisi, Milano, 2010, 157 ss.; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in *Diritto dell'Unione europea, Pt. Speciale*, cit., 159 ss.; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, *ivi*, 217 ss.; *Id.*, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in *Il mercato unico dei servizi*, a cura di F. Bestagno e L. Radicati di Brozolo, Milano, 2007, 1 ss.; M. DOLORES, *Prestazione di servizi (diritto della comunità europea)*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XVII, 2008; B. NASCIBENE e F. ROSSI DAL POZZO, *Libertà di stabilimento nella Comunità europea*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. IX, 71 ss.; M. CONDINANZI, B. NASCIBENE e A. LANG, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, cit., 133 ss.; E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union*, cit., 35 ss.; M. CONDINANZI e B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 128 ss.; B. NASCIBENE, *Le eccezioni ai principi. interessi generali e ordine pubblico*, *ivi*, 42 ss.; D. NITTI, *Autorizzazioni e limiti alla prestazione di servizi nel mercato interno: i motivi imperativi di interesse generale*, in *Contr. impr. - Europa*, 2007, XXX; A. MALINCONICO, *La prestazione di servizi in Europa - Libera circolazione, liberalizzazione e servizi d'interesse generale*, in *Dir. pol. Un. eur.*, 2007, 201 ss.; E. SZYSZCZAK, *Free movement of services: the balancing of counteracting needs*, in *Dir. pol. Un. eur.*, 2007, 56; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, cit., 100 ss.

<sup>311</sup> Il potere di *imperium* è attributo essenziale della sovranità nazionale: Conclusioni dell'avv. gen. H. Mayras, 28 maggio 1974, *Reyners contro Regno del Belgio*, C 2/74. Sono elementi essenziali della nozione di «pubblici poteri» il carattere non economico dell'attività e l'utilizzazione di strumenti esorbitanti dal diritto comune per finalità di interesse generale: M.A. SENDÍN GARCÍA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*, cit., 90 ss.

possono essere meramente « ausiliarie o preparatorie»<sup>312</sup> o coincidere con un concorso all'esercizio delle funzioni amministrative o giudiziarie - anche obbligatorio – che ne mantenga inalterati i poteri di valutazione discrezionale e di decisione<sup>313</sup>.

È di interesse rilevare come l'esercizio di pubblici poteri sia stato escluso anche per l'attività notarile, che in molti ordinamenti nazionali è tradizionalmente configurata come “esercizio privato di pubbliche funzioni”<sup>314</sup>: essa è soggetta alle norme del diritto dell'Unione europea sul diritto di stabilimento<sup>315</sup> perché il potere del notaio di conferire un particolare valore probatorio od esecutivo agli atti redatti corrisponde ad una dichiarazione di scienza o fatto giuridico di certificazione di una volontà espressa dalle parti che ne hanno richiesto l'intervento<sup>316</sup>, perciò sprovvisto di quel carattere

---

<sup>312</sup> Sull'assunto per cui l'eccezione si applica solo ad “attività determinate”, non potendo comportare l'esclusione dei cittadini europei dalle professioni cui esse corrispondono, «*siempre y cuando éstas se pueden disociar del ejercicio normal de aquéllas*»: M.A. SENDÍN GARCÍA, *op. ult cit.*, 107.

<sup>313</sup> Cfr. da ultimo: C. Giust. Ce, 17 marzo 2011, C-372/09 e C-373/09, *J. Peñarroja Fa*: l'esercizio di pubblici poteri non caratterizza l'incarico di perito giudiziario traduttore, poiché, per quanto affidato nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, esso consiste «nel fornire una traduzione imparziale e di qualità da una lingua verso un'altra, e non nell'esprimere un parere sul merito della causa»; C. Giust. Ce, 22 ottobre 2009, C-438/08, *Commissione c. Repubblica Portoghese*: non costituisce esercizio di pubblici poteri l'attività di organizzazioni private incaricate da un ente pubblico di funzioni di controllo e revisione dei veicoli, poiché trattasi di attività meramente tecnica sprovvista di poteri discrezionali ed esercitata sotto la vigilanza dell'ente pubblico; C. giust. CE, 29 novembre 2007, C-404/05; *Commissione c. Repubblica federale di Germania* e C-393/05, *Commissione c. Repubblica d'Austria*; C. giust. CE, 30 marzo 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Calafiori*; C. giust. CEE, 13 luglio 1993, C-42/92, *Thijssen c. Controledienst voor de Verzekeringen*; C. giust. CEE, 10 dicembre 1991, C-306/89, *Commissione c. Grecia*; C. giust. CE, 21 giugno 1974, C-2/74, *Reyners contro Regno del Belgio*.

<sup>314</sup> Cfr. F. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1920, vol. II, pt. III, 235 ss; F. de LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., XXX; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, vol. VI, 165 ss.; F. SATTÀ, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. XIII, XX; *Esercizio privato di pubbliche attività*, non firmato, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, vol. XV, 685 ss.

<sup>315</sup> Pur se «la circostanza che le attività notarili perseguano obiettivi di interesse generale miranti in particolare a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati costituisce una ragione imperativa di interesse generale che consente di giustificare eventuali restrizioni all'art. 43 CE»: C. giust. UE (grande sezione), 24 maggio 2011, C-47/08, cit., § 97; C-53/08, cit., § 96; C-50/08, cit., § 87; cfr. anche C. giust. CE, 1° dicembre 2011, C-157/09, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*.

<sup>316</sup> Cfr. F. LIGUORI, *Il notaio e le funzioni pubbliche in trasformazione*, in AA.VV., *Notai e Costituzione*, Atti del Convegno di ASSONOTAI Campania, Napoli 12 dicembre 2008, Milano, 2010, 63: «l'attività del notaio non presenta risvolti discrezionali, ma tutt'al più di interpretazione: anzi, pur con le sue peculiarità, si identifica con quelle attività di certazione e certificazione, che si collocano tra le potestà pubbliche più lontane dal mondo della discrezionalità», dunque «con riguardo al notaio non può parlarsi di funzione amministrativa in senso proprio»; da ultimo sull'attività di certificazione della pubblica amministrazione: E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011, 61 ss.; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e «certezze» private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2011, 6 ss.

“autoritativo” che è tradizionalmente attribuito dell’attività provvedimentale espressione di pubblici poteri<sup>317</sup>.

Il riferimento all’esercizio di pubblici poteri è contenuto nella disciplina sulla concorrenza: quest’ultima investe tutte le imprese – pubbliche o private – incaricate «della gestione di servizi di interesse economico generale», ove tuttavia va escluso il carattere “economico” – e dunque di impresa - per le attività che si traducano nell’esercizio di prerogative di autorità (art. 106, §2, TFUE), quali ad es. il controllo e la polizia dello spazio aereo<sup>318</sup>, o la sorveglianza anti inquinamento per incarico di un’autorità portuale<sup>319</sup>.

L’esercizio di pubblici poteri è del pari elemento utile a circoscrivere i diritti sindacali dei lavoratori dell’Unione: gli ordinamenti nazionali hanno la facoltà di escludere i lavoratori «dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico e dall’esercizio di una funzione di diritto pubblico»<sup>320</sup>, nonostante l’Unione riconosca al

---

<sup>317</sup> Cfr. da ultimo R. CAVALLO PERIN, *L’atto d’autorità nelle convergenze e divergenze tra ordinamenti: l’esperienza francese*, in *Anuario A.i.p.d.a. 2011*, Napoli, 2012, 6 ss.; F. TRIMARCHI, *L’atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 665 ss.; B.G. MATTARELLA, *L’imperatività del provvedimento amministrativo: saggio critico*, Padova, 2000, XXX; Id., *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir. da S. Cassese, Milano, 2003, Pt. generale, t. I, XXX ss.; R. VILLATA, *L’atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, cit., 806 ss.

<sup>318</sup> C. giust. CE, 19 gennaio 1994, C-364/92, *Sat Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*; C. giust. CE, 26 marzo 2009, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione*; costituisce “esercizio di pubblici poteri” la raccolta di dati relativi ad imprese basata su un obbligo giuridico di dichiarazione: C. giust. UE, 12 luglio 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH c. Republik Österreich*; la nozione di pubblici poteri non può essere invocata per attività che partecipano della tutela della salute pubblica: C. Giust. Ue, 29 aprile 2010, C-160/08, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*. Il diritto dell’Unione europea considera “impresa” ai fini dell’applicazione delle norme *antitrust* qualsiasi attività che consista nell’«offrire beni e servizi su un mercato determinato» a prescindere dal carattere pubblico o privato dell’organizzazione: C. giust. CE, 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters e a. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*; C. giust. CE, 23 aprile 1993, C-41/90, *Höfner c. Macrotron GmbH*. Cfr. da ultimo F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, cit., 23 ss.; per ulteriori riferimenti cfr. *supra*, nt. XX.

<sup>319</sup> C. giust. CE, 18 marzo 1997, C-343/95, *Calì & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*. Vedi anche Communication from the Commission, *Services of General Interest in Europe*, Brussels, 20.9.2000 COM(2000) 580 final, § 28, 12: «The conditions of Article 86 refer to services of general economic interest. In general, internal market and competition rules, do not apply to non-economic activities and therefore have no impact on services of general interest to the extent to which these services constitute non-economic activities. This means in the first place that matters which are intrinsically prerogatives of the State (such as ensuring internal and external security, the administration of justice, the conduct of foreign relations and other exercises of official authority) are excluded from the application of competition and internal market rules. Therefore, Article 86 and its conditions do not come into play». Cfr.: M.A. SENDIN GARCIA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*, cit., 116 ss.; C. DENIZEAU, *L’idée de puissance publique à l’épreuve de l’Union européenne*, cit., 91 ss.

<sup>320</sup> Regolamento (Ue) n. 492/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione*, art. 8. In tal senso già Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità*, art. 8. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, 2003, XXX.

«lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro» parità di trattamento «per quanto riguarda l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei diritti sindacali, ivi compreso il diritto di voto e l'accesso ai posti amministrativi o direttivi di un'organizzazione sindacale», oltre che l'eleggibilità negli organi che rappresentano i lavoratori nell'impresa.

Sono da considerarsi illegittime le discipline nazionali che pongano il requisito di cittadinanza per l'iscrizione agli organi rappresentativi dei lavoratori, pur ove si tratti di enti coinvolti nell'esercizio di funzioni di rilievo pubblicistico (es. funzioni consultive nell'ambito dei procedimenti legislativi): ai lavoratori di altri Stati membri può essere precluso soltanto l'esercizio di talune specifiche attività di competenza delle organizzazioni che implicino effettivamente e di per sé esercizio di pubblici poteri, essendone al contrario illegittima l'esclusione *tout court*<sup>321</sup>.

La deroga che consente agli Stati membri di riservare ai cittadini nazionali le attività che comportino l'esercizio di pubblici poteri trova fondamento nel riconoscimento che vi è un dovere di fedeltà che lega i cittadini alla comunità nazionale cui appartengono<sup>322</sup>, dovere di fedeltà che nel lessico dell'Unione europea è il «rapporto particolare di solidarietà»<sup>323</sup> che lega i cittadini al proprio Stato, cioè la «reciprocità di diritti e doveri che costituisce il fondamento del vincolo di cittadinanza».

In tale prospettiva lo *status* di cittadino assicura la “coincidenza” tra gli interessi individuali del singolo e quelli pubblici ascrivibili all'intera collettività di appartenenza

---

<sup>321</sup> C. giust. CE, 16 settembre 2004, C-465/01, *Commissione c. Repubblica d'Austria*; v. anche C. giust. CE, 4 luglio 1991, C-213/90, *Asti* e C. giust. CE, 18 maggio 1994, C-118/92, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo (Asti II)*.

<sup>322</sup> In Italia, art. 54, co. 1°, Cost.; in Germania, art. 5, co. 3°, *Legge fondamentale per la Repubblica federale di Germania*: «La libertà d'insegnamento non esime dalla fedeltà alla Costituzione»; in Polonia, art. 82 Cost. «La fedeltà alla Repubblica Polacca, così come la tutela dell'interesse comune, è dovere di ogni cittadino polacco»; cfr. per il Portogallo, art. 225°, co. 2°, Cost. «*A autonomia das regiões visa a participação democrática dos cidadãos, o desenvolvimento económico-social e a promoção e defesa dos interesses regionais, bem como o reforço da unidade nacional e dos laços de solidariedade entre todos os portugueses*». Sull'«*obligation de loyalisme*» dei funzionari pubblici e sulla «*nationalité française*» come garanzia di lealtà: D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil: son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelles françaises*, Paris, 1999, 78 e ss., 239. Nell'ordinamento dei Paesi Bassi gli impieghi riservati ai cittadini nazionali sono correlati alle c.d. «*functions of confidence*»: *Wet van 20 April 1988, houdende intrekking van de wet van 4 juni 1858, regelende de benoembaarheid van vreemdelingen tot landsbedieningen*, Stb., 1988, 231; cfr. J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, cit., 173. Sul dovere di fedeltà nell'ordinamento italiano cfr. *supra*, cap. II, nt. 39.

<sup>323</sup> Rapporto particolare di solidarietà che per l'ordinamento dell'Unione legittima l'esclusione dei cittadini europei dai pubblici impieghi che comportino esercizio di pubblici poteri: cfr. *supra*, nt. XX.

in ragione del vincolo di “*affectio societatis*” che ne assicura l’immedesimazione con la comunità nazionale<sup>324</sup>. Sicché si giustifica che all’esercizio delle funzioni più strettamente connesse con il perseguimento di tali interessi pubblici siano preposti soltanto ed esclusivamente i cittadini del singolo stato, secondo un costrutto che l’ordinamento dell’Unione europea mostra di condividere là ove ammette che la «salvaguardia degli interessi generali dello stato e degli altri enti pubblici» cui è correlato l’esercizio di pubblici poteri sia riservata ai cittadini nazionali<sup>325</sup>.

Occorre tuttavia rilevare come il processo di progressiva integrazione delle pubbliche amministrazioni nazionali e delle istituzioni dell’Unione europea in un “sistema comune”, che non presenta soluzioni di continuità, abbia coinvolto in ampia misura anche la c.d. area dei pubblici poteri, talora con accenti di particolare intensità che non consentono di considerarla a tutt’oggi integralmente sottratta dall’influenza dell’ordinamento dell’Unione<sup>326</sup>.

Il fenomeno più evidente è costituito dalla funzione giurisdizionale che si riparte tra corti nazionali e Corte di Giustizia dell’Unione Europea: se quest’ultima deve assicurare «il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei Trattati», l’effettività della tutela giurisdizionale nei settori disciplinati dal diritto dall’Unione non può prescindere dall’apporto dei giudici nazionali (art. 19 TUE, art. 267, TFUE)<sup>327</sup>, ove

---

<sup>324</sup> Cons. St., sez. II, par. 31 marzo 2004, n. - 2592/03: la riserva di cittadinanza «non opera al fine di dare protezione al mercato interno del lavoro, ma per garantire che i fini pubblici, che nel cittadino si suppongono naturalmente compenetrati nei fini personali, siano meglio perseguiti e tutelati» (fattispecie relativa all’accesso di un cittadino extracomunitario alle graduatorie per l’insegnamento secondario); Cons. St., sez. II, par. n. 234 del 1990, cit.: l’*affectio societatis* può essere pretesa e «normalmente» reperita «solo presso soggetti dotati di cittadinanza determinata (nella specie, quella italiana), per i quali sussistono, oltre agli obblighi legali, anche obblighi morali non meno intensi, di perseguire interessi facenti capo al contesto generale dello Stato nazionale», implicando un’«affidabilità nell’esercizio di poteri che deve trovare un riferimento, diretto o indiretto, nel concetto del c.d. “bene pubblico nazionale”, tale da doversi presumere che possa non sussistere presso un cittadino di uno Stato estero»; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 1985, n. 43Cfr. *supra*, par. 1.

<sup>325</sup> Vedi *supra*, par. 2.

<sup>326</sup> Cfr. G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 01, XXX, ove si osserva come il tratto distintivo delle organizzazioni sopranazionali, come l’Unione europea, rispetto a quelle internazionali, sia il concorrere «all’esercizio di alcune prerogative sovrane, come il legiferare e il giudicare» oltre all’esclusiva titolarità della potestà di batter moneta.

<sup>327</sup> Per l’individuazione di un «sistema coordinato sovranazionale di giustizia» in cui la Corte di giustizia assolve al ruolo di «giudice supremo di un ordinamento composito» e i giudici nazionali quello di «giudici dell’applicazione decentrata del diritto europeo»: M. GNES, *Le garanzie*, in *Diritto amministrativo europeo*, cit., 160 ss.; cfr. da ultimo: S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale, I confini dell’interpretazione conforme*, cit., 131 ss.; F. ASTONE, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo)*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1768 ss.; M.P. CHITI, *La giurisdizione*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, cit., 383 ss.; ID., *Diritto amministrativo europeo*, cit.,

l'obbligo di fornire adeguata protezione alle posizioni giuridiche soggettive delineate dall'ordinamento dell'Unione giunge a legittimare la stessa conformazione degli strumenti di tutela previsti negli ordinamenti dei paesi membri<sup>328</sup>.

Analoghe considerazioni sono state formulate sia per la funzione normativa, sia per quella amministrativa attiva e di controllo. Con riferimento a quest'ultima le norme del Trattato offrono un esempio paradigmatico dell'integrazione amministrativa europea in un ambito che è tradizionalmente espressione di "pubblico potere", ove prevedono espressamente che le funzioni di competenza della Corte dei conti europea siano esercitate «in collaborazione con le istituzioni nazionali di controllo o, se queste non hanno la necessaria competenza, con i servizi nazionali competenti», instaurando – ove le Corti nazionali comunicano di voler partecipare al controllo - una cooperazione ispirata ad uno «spirito di reciproca fiducia» (art. 287, § 3, TFUE). Le istituzioni nazionali sono dunque legittimate direttamente dall'ordinamento dell'Unione europea ad esercitare una funzione di controllo sull'attuazione da parte di enti ed organi nazionali delle politiche comunitarie, funzione di controllo della Corte dei Conti che nella tradizione delle Corti d'Europa è – come si è detto - uno dei tipici "pubblici poteri",

---

660 ss.; D. DE PRETIS, *L'influenza del diritto comunitario sulla tutela giurisdizionale: qualche spunto, in L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, a cura di B. Marchetti, Padova, 2009, 111 ss.; P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, XXX; O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, cit., 215 ss.; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana sotto l'influenza comunitaria)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 1031 ss.; G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela di situazioni soggettive europee avverso gli atti lesivi*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 801 ss.

<sup>328</sup> Cfr. ad es. la Dir. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, *che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*, c.d. "direttiva ricorsi"; Dir. 93/7/CEE del Consiglio del 15 marzo 1993, *relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro*, art. 5, sull'azione di restituzione di un bene culturale uscito illecitamente da uno Stato membro. Sulla direttiva ricorsi da ultimo: C. giust. UE, 21 ottobre 2010, C-570/08, *Symvoulia Apochetefseon Lefkosias c. Anatheoritiki Archi Prosforon*; C. giust. UE, 28 gennaio 2010, C-406/08, *Uniplex (UK) Ltd c. NHS Business Services Authority*; C. giust. CE, 23 dicembre 2009, C-455/08, *Commissione c. Irlanda*. Cfr. da ultimo: M. LIPARI, *Tutela dei diritti e controllo giurisdizionale del potere nella prospettiva comunitaria: l'attuazione della «Direttiva Ricorsi» 2007/66/CE, in I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera*, a cura di G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, V. Tondi della Mura, F. Vetrò, Napoli, 2011, 297 ss.; D. DE PRETIS, *Il sistema della protezione preventiva*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. Greco, Milano, 2010, 3 ss.; E. CHITL, *Directive 2007/66 and the Difficult Search for Balance in Judicial Protection Concerning Public Procurements*, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2010, 125 ss. (<http://www.ijpl.eu>). Sull'azione di restituzione dei beni culturali cfr. da ultimo: G. BOTTINO, *Art. 82, Azione di restituzione a favore dell'Italia*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 682 ss.; F. LAFARGE, *Beni culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Pt. speciale, t. I, 690 ss.

ma che oggi ritorna ad essere europea in forza di una norma di diritto positivo del Trattato (art. 287, TFUE)<sup>329</sup>.

Il governo della moneta (artt. 127, § 2, e 282 TFUE) – altra tipica prerogativa di pubblico potere – è “competenza esclusiva” dell’Unione (art. 3, § 1, lett. c) che ha previsto l’istituzione del *Sistema Europeo di Banche Centrali* (SEBC), composto dalla Banca centrale europea (BCE) e dalle Banche centrali nazionali<sup>330</sup>, secondo un «modello di riferimento» che ancora una volta è stato definito come “un’organizzazione europea a rete”<sup>331</sup> o “*governance* multilivello”, in cui le banche centrali dei paesi membri eseguono in via prioritaria le operazioni che rientrano nei compiti del SEBC, risultando “integrate” in un sistema che assicura la preminenza della BCE<sup>332</sup>.

Anche nell’ambito dei “pubblici poteri” può dunque osservarsi quell’integrazione organizzativa e funzionale tra amministrazioni nazionali e istituzioni europee che trova fondamento nel principio di leale cooperazione (art. 4, § 2, TUE), integrazione che esclude la possibilità di mantenere una netta distinzione tra le une e le altre nell’esercizio delle relative funzioni, rilevandosi al contrario un *continuum* istituzionale che corrisponde ad un’amministrazione che è nel suo insieme “europea”.

Pur con tutti i limiti che derivano dal suo carattere derivato (art. 9 TUE, art. 20 TFUE)<sup>333</sup>, la cittadinanza europea si pone come riverbero soggettivo dell’altrettanto derivato ordinamento dell’Unione e delle sue istituzioni, che insieme a quelle nazionali – anzi più esattamente da tale punto di vista indistintamente - contribuiscono ad esercitare un

---

<sup>329</sup> Cfr. da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *Le nuove prospettive del ruolo della Corte dei conti italiana nella sistema delle istituzioni*, in *La cooperazione fra Corte dei conti europea e Corte dei conti italiana. Esame comparato delle metodologie e dei procedimenti di controllo*, (Roma, 27 giugno 2008, in Corte dei Conti) 2009, 50; G. COGLIANDRO, *I controlli nel sistema comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Pt. generale, t. II, 560 ss.; Corte dei Conti, Sez. di controllo per gli affari comunitari e internazionali, Relazione speciale 2/2011, *Controllo coordinato con la Corte dei conti europea in materia di Fondi strutturali – FESR Chiusura della programmazione 2000-2006*, 21 ss.

<sup>330</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Léger del 5 marzo 1996, C-473/93, cit., § 124. Cfr. da ultimo: G.P. MANZELLA, *La politica economica e il governo della moneta unica*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, cit., 294 ss.; S. GOZI, *Il governo dell’Europa*, cit., 157 ss.; M. CAPANTINI – T. PONTELLO, *Banche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Pt. speciale, t. I, 648 ss.; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, cit., 57 ss.

<sup>331</sup> Cfr. M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, 339.

<sup>332</sup> Cr. Protocollo sullo Statuto del Sistema Europeo di Banche Centrali e della Banca Centrale Europea, allegato al Trattato di Maastricht e richiamato all’art. 129 TFUE: la BCE «si avvale delle banche centrali nazionali per eseguire operazioni che rientrano nei compiti del SEBC» (art. 12, § 1); le banche centrali nazionali «agiscono secondo gli indirizzi e le istruzioni della BCE» (art. 14, § 3).

<sup>333</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.

pubblico potere che sempre più appare a sua volta europeo, perché fondato su norme che sempre a tale ordinamento appartengono.

Se ciò rappresenta l'evoluzione prevalente dei rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento dell'Unione Europea, si deve riconoscere che appare oggi fortemente in crisi il fondamento di una riserva ai soli cittadini nazionali dell'accesso ai posti d'impiego pubblico che importano esercizio di pubblici poteri, una volta ammesso che una parte non trascurabile di ciò che la tradizione considera "pubblico potere" rientra tra le funzioni che i Trattati e le altre norme dell'Unione europea attribuiscono indistintamente alle istituzioni dell'Unione come a quelle nazionali.

Se la cittadinanza europea è requisito indefettibile per acquisire lo *status* di funzionario dell'Unione europea<sup>334</sup> e per il correlato esercizio delle funzioni di "pubblico potere" attribuite alle istituzioni di tale ordinamento, pare contrario ai principi di proporzionalità (art. 5 TUE)<sup>335</sup> e di non discriminazione (art. 2 TUE, art. 18 TFUE)<sup>336</sup> negare a chi sia titolare dello stesso *status* l'accesso agli uffici nazionali che abbiano come compito essenziale l'esercizio di pubblici poteri in attuazione di politiche europee, in ragione dell'impossibilità di tracciare una netta separazione tra istituzioni europee e nazionali nell'esercizio di tali funzioni.

La riserva ai cittadini nazionali può - anche in tali ambiti - configurarsi come un'irragionevole discriminazione, poiché non sorretta da un interesse pubblico preminente e proporzionato alla limitazione del diritto fondamentale di libera circolazione dei cittadini europei, atteso che questi accedono alle stesse funzioni ove ad esercitarle siano le istituzioni europee, che insieme a quelle nazionali appartengono ad un unico "sistema amministrativo comune"<sup>337</sup>.

La riserva ai cittadini nazionali potrebbe forse giustificarsi per i soli "ambiti esclusi" dall'intervento delle norme dell'Unione europea che coincidono con le «funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela

---

<sup>334</sup> Regolamento 18 dicembre 1961, n. 31 (C.E.E.) 11 (C.E.E.A.), *relativo allo Statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica*, in GU P 45 del 14.6.1962, art. 28, lett. a).

<sup>335</sup> Sul principio di proporzionalità cfr. *supra*, cap. I, nt. XX.

<sup>336</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.

<sup>337</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

della sicurezza nazionale» (art. 4, § 2, TUE)<sup>338</sup>, la cui estensione è probabilmente più circoscritta rispetto alla tradizionale nozione di “pubblici poteri”.

L’economia di questo lavoro non consente di soffermarsi sull’evoluzione delle politiche europee in settori a questi correlati, potendosi soltanto segnalare come l’ordinamento dell’Unione si prefigga di addivenire progressivamente a una più intensa convergenza anche in tali ambiti, seppur nel necessario rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà (art. 5 TUE)<sup>339</sup>: così è per la politica della difesa<sup>340</sup>, ma anche per altri settori strettamente collegati alla tutela di ordine pubblico e sicurezza nazionale, ove

---

<sup>338</sup> Cfr. da ultimo: A. CANTARO, *Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato*, in *L’ordinamento europeo*, vol. I, *I principi dell’Unione*, cit., 507 ss.

<sup>339</sup> In tema da ultimo: C. giust. UE, 12 maggio 2011, C-176/09, *Granducato di Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*; C. giust. UE, 15 aprile 2010, C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí e altri*; C. giust. CE, 24 aprile 2008, C-55/06, *Arcor c. Germania*; Corte giust. Ce, 12 luglio 2005, C-154/04 e C-155/04, *Alliance for Natural Health e a.*; C. giust. CE, 10 dicembre 2002, C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*; C. giust. CE, 9 ottobre 2001, C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*. Cfr. da ultimo: C. FAVILLI, *Il principio di sussidiarietà nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 2011, 257 ss.; R. BARATTA, *Le competenze interne dell’Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 517; F. VECCHIO, *Il principio di sussidiarietà nel Trattato Costituzionale: proceduralizzazione vs. giustiziabilità*, in *Quad. cost.*, 2010; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 353 ss.; G. DAVIES, *Subsidiarity: the wrong Idea, in the wrong place, at the wrong time*, in *Common Market Law Rev.*, 2006, 63 ss.; R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, 2009, Bologna, XXX ss.; M. FRANCK, *The Centripede and the Centrifuge: Principles for the Centralisation and Decentralisation of Governance*, in *The Shifting Allocation of Authority in International Law. Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, a cura di T. Broude, Y. Shany, Portland, 2008, 26; J. ZILLER, *Le principe de subsidiarité*, in *Droit administratif européen*, sous la direction de J.B. Auby e J. Duteil de la Rochère, cit., 377 ss.; A. MORRONE, *Il principio di sussidiarietà e l’integrazione europea pluralistica*, in *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, cit., 150 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 106; A. MOSCARINI, *Il principio di sussidiarietà*, in *L’ordinamento europeo*, vol. II, cit., 153 ss.; R. MASTROIANNI, *Le competenze dell’Unione*, in *Una Costituzione per l’Unione europea*, cit., 142 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l’Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, XXX ss.; J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un “principio speranza” per l’ordinamento europeo?*, in *Foro It.*, 1996, XXX ss.; G. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell’integrazione europea: un’incognita e molte aspettative*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1993, XXX ss.; D. Z. CASS, *The Word that saves Maastricht? The Principles of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, in *Common Market Law Rev.*, 1992, 1107 ss.

<sup>340</sup> L’Unione si prefigge espressamente di definire e attuare «una politica estera e di sicurezza comune, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune» (art. 2, § 4 TFUE), non a caso intesa come uno strumento utile a rafforzare l’identità europea, anche impiegando una propria capacità operativa con il ricorso a mezzi civili e militari (art. 42 TUE), che, pur con i limiti del metodo intergovernativo (decisioni prese all’unanimità in Consiglio) potranno un giorno tradursi in un unico esercito, in sostituzione degli apporti dei singoli Stati membri ad oggi previsti (art. 42, § 3, TUE). Cfr. da ultimo: E. CHITI, *Sicurezza e difesa*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Pt. speciale, t. IV, 1923 ss.; U. VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, cit., XXX ss.; S. GOZI, *Il governo dell’Europa*, cit., 167 ss.; E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza*, in *L’ordinamento europeo*, vol. III, cit., 1129 ss.; A. DEIGHTON, *The European Security and Defence Policy*, in *Integration in an Expanding European Union, Reassessing the Fundamentals*, cit., 275 ss.; F. ARMAO, *L’Europa alla prova dello State-building: il caso della sicurezza comune*, in *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, a cura di V.E. Parsi, Bologna, 2001, 204; Y. BUCHET DE NEUILLY, *L’Europe de la politique étrangère*, Paris, 2005, XXX.

l'intervento dell'Unione si fonda in particolare sull'obiettivo di realizzare «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (art. 67, § 1, TFUE)<sup>341</sup>.

#### *4. La tutela dei diritti dei funzionari pubblici avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: il superamento del limite dei pubblici poteri.*

Può apparire di interesse segnalare che i “pubblici poteri” sono stati per lungo tempo limite di autonomia dei diritti nazionali rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>342</sup>, ove la possibilità di invocare il diritto «a un equo processo» da questa

---

<sup>341</sup> La realizzazione dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia legittima l'adozione in sede europea di «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale», come in tema di terrorismo (art. 83 TFUE). Cfr. da ultimo B. NASCIBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir., imm. citt.*, 2011, fasc. 4, 13 ss.; M. SAVINO, *La Pesc e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 221 ss.; N. PARISI, “*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*” e principio di legalità. *Qualche riflessione a partire dal principio del mutuo riconoscimento in campo penale*, in *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, cit., 387 ss.; A. LANG, *Giustizia e affari interni*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Pt. speciale, t. II, cit., 1150 ss.; R. CALVANO, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, in *L'ordinamento europeo*, vol. III, cit., 1095 ss. Il coordinamento di polizia si realizza in particolare mediante l'attività di Europol cui è attribuito « il compito di sostenere e potenziare l'azione delle autorità di polizia e degli altri servizi incaricati dell'applicazione della legge degli Stati membri e la reciproca collaborazione nella prevenzione e lotta contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri, il terrorismo e le forme di criminalità che ledono un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione» (art. 88 TFUE); cita Europol come esempio di «istituzionalizzazione dei legami collaborativi» tra amministrazioni nazionali: L. SALTARI, *op. cit.*, 66; da ultimo cfr.: E. MAROTTA, *Europol e la decisione del 2009*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011, 271 ss. La realizzazione dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia fonda una «politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne» (art. 67, § 2, TFUE), ove è in particolare legittimata l'adozione di «misure al fine di assicurare la cooperazione amministrativa tra i servizi competenti degli Stati membri» (art. 74 TFUE), prefiggendosi specialmente di instaurare «progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» (art. 77, § 1, lett. c, TFUE) e di sviluppare una «politica comune dell'immigrazione» (art. 79, TFUE). Cfr. da ultimo: E. NEFRAMI, *La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration irrégulière*, in *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, sous la direction de L. Dubin, Bruxelles, 2012, 35 ss.; M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'immigrazione, Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, a cura di V. Gasparini Casari, Modena, 2010, vol. I, 45 ss.; M.F. MASSÒ GARROTE, *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione europea*, in *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, Milano, 2010, 143 ss.; T. LOBELLO, *La politica dell'immigrazione*, in *L'ordinamento europeo*, vol. III, cit., 1009 ss.

<sup>342</sup> In generale sui rapporti tra Cedu e ordinamento italiano si vedano da ultimo: S. NINATTI – M. GENNUSA, *L'Italia e la Cedu*, in *Ius Publicum*, 2011 ([www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)); A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 379 ss.; S. MIRATE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i giudici nazionali. Corte di cassazione e Consiglio di Stato a confronto*, in *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, a cura di G. Rolla, Milano, 2010, 337 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 195 ss.; D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione*, cit., 67 ss.; V. SCARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 305 ss.; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*. Atti del Seminario

tutelato (art. 6) era esclusa per i soli funzionari pubblici incaricati di tali funzioni, a conferma che la nozione restrittiva di “impiego presso la pubblica amministrazione” è stata recuperata dell’Unione con rinvio ad una tradizione “europea”<sup>343</sup>.

La norma, come noto, riconosce ad ogni persona il «diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri a carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suo confronti»<sup>344</sup>.

Ai fini dell’individuazione dei “diritti e doveri a carattere civile” il giudice europeo ha ritenuto sufficiente che l’esito della “controversia” sia «determinante per diritti e obblighi a carattere privato»<sup>345</sup>, escludendo la rilevanza delle qualificazioni definite

---

(Ferrara, 9 marzo 2007), Torino, 2007; XXXXXXXXXXXXXXXX, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell’esperienza della Corte costituzionale*, a cura di L. Daniele, Napoli, 2007, XXX ss.; XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, in *Corti nazionali e Corti europee*, a cura di G.F. Ferrari, Napoli, 2006, XXX ss.; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti in Europa*, Torino, 2004, 64 ss.; L. MONTANARI, *I diritti dell’uomo nell’area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, XXX ss.; A. PACE, *La limitata incidenza della C.e.d.u. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Convegno in occasione del cinquantenario del Consiglio d’Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in onore di Paolo Barile*, Roma, 2001, XXX ss.; AA.VV., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Profili ed effetti nell’ordinamento italiano*, Milano, 2002, XXX; AA.VV., *La Corte Europea dei Diritti Umani e l’esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, XXX; C. ZANGHÌ – K. VASAK, (a cura di ), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo: 50 anni d’esperienza. Gli attori e i protagonisti della Convenzione: il passato, l’avvenire*, Torino, 2002, XXX ss.

<sup>343</sup> Lo considera un esempio di «cross-fertilization» tra ordinamenti giuridici europei: D. SZYMCZAK, *Concepts de fonction publique et d’administration publique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme*, in *Vers un modèle européen de la fonction publique?*, Neuvièmes journées d’études du Pôle européen Jean Monnet, sous la direction de L. Potvin-Solis, Bruxelles, 2011.

<sup>344</sup> Si richiede altresì che la contestazione all’origine della causa abbia carattere serio ed effettivo, riguardi la sussistenza di un diritto, la sua estensione o le modalità del suo esercizio e l’esito del processo sia determinante ai fini del riconoscimento del diritto stesso; *ex multis*: Corte eur. dir. uomo, 17 marzo 1997, *Neigel c. Francia*. In generale sul diritto a un equo processo si vedano da ultimo: D. LIAKOPOULOS, *Equo processo nella convenzione europea dei diritti dell’uomo e nel diritto comunitario*, Padova, 2007, XXX ss.; E. SOCCODATO, *Art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, diritto ad un equo processo e tutela della dignità umana*, in *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di L. Ruggeri, Napoli, 2009, 15 ss.; C. SANNA, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano, 2008, 77 ss.; M. CHIAVARIO, *Art. 6: Diritto a un equo processo*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 172 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2001, XXX ss.

<sup>345</sup> Conseil d’Europe, Bureau du Comité Européen de Coopération Juridique (CDCJ-BU), *L’étendue du champ d’application de l’article 6 § 1 de la Convention sous son volet civil, selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, CDCJ (2011) 12, Strasbourg, le 8 septembre 2011, 4, in [www.coe.int](http://www.coe.int): «La Cour considère que se situent dans le champ d’application de l’article 6 § 1 les procédures qui, en droit interne, relèvent du « droit public » et dont l’issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé. Ces procédures peuvent, par exemple, avoir trait à l’autorisation de vendre un terrain, à l’exploitation d’une clinique privée, à un permis de construire, à la propriété et à l’usage d’un bâtiment religieux, à une autorisation administrative relative aux conditions d’exercice d’une activité, ou à une licence de débit de boissons alcoolisées, à un litige tendant au versement d’indemnités

dagli ordinamenti nazionali per le posizioni soggettive o del tipo di norme giuridiche applicate, che ben possono rientrare nell'ambito del diritto pubblico<sup>346</sup>.

Della stessa nozione di "controversia" – «*contestation*» o «*dispute*» secondo la CEDU - si è offerta un'interpretazione che ricomprende non solo i procedimenti esperiti avanti agli organi giurisdizionali, ma anche quelli di competenza delle pubbliche amministrazioni, purché volti all'emanazione di provvedimenti idonei a produrre effetti diretti sulla situazione soggettiva invocata<sup>347</sup>, secondo una prospettiva capace di estendere le garanzie procedurali della CEDU ai procedimenti amministrativi<sup>348</sup>.

---

*en cas de maladie ou d'accident imputable au service*»; vd. anche *ibidem*, 11-12, per alcuni altri casi in cui l'esercizio di prerogative di «*puissance publique*» impedisce alla Corte di decidere della controversia.

<sup>346</sup> Sui rapporti tra CEDU e diritto amministrativo nazionale, con particolare attenzione all'influenza esercitata dalla prima – e dal diritto a un equo processo - sulla tutela offerta dall'ordinamento giuridico interno, cfr. da ultimo: F. MANGANARO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della corte di Strasburgo*, in *Ius Publicum*, 1/2012 ([www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)); ID., *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 428 ss.; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale, I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011, 375 ss.; J.M. SAUVÉ, *Le Conseil d'Etat et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Les 60 ans de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Colloque organisé par l'Université de Paris 3 Sorbonne nouvelle, Sénat 9 avril 2010, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK and E. BATES, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, XXX ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2007, *passim*, ma spec. 411 ss.; T. PROSSER, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il controllo giurisdizionale delle decisioni di regolazione nel Regno Unito, in Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, 2006, 227 ss.; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 265 ss.; D.J. HARRIS, *The evolution of judicial review of administrative action in the light of the case-law of the European Court of Human Rights*, in *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos, - Ensaio em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, t. 3°, Porto Alegre, 2005, 401 ss.; C. FORSYTH, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and Article 6(1) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 62, Issue 2, July 2003, 244 ss.

<sup>347</sup> Cfr. fra molte: Corte eur. dir. uomo, 23 ottobre 1985, *Bentham c. The Netherlands*; Corte eur. dir. uomo, Camera grande, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*; Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 1971, *Ringeisen c. Autriche*.

<sup>348</sup> Cfr. da ultimo: F. GOISIS, *Garanzie procedurali e convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338 ss.; M. ALLENA, *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011. In generale sul principio del "giusto procedimento" da ultimo: D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, XXX ss.; P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 396 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Riflessi dell'indistinzione tra funzione normativa e funzione amministrativa su procedimento e processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, cit., 45 ss.; M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, *ivi*, 249 ss.; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della costituzione*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 2707 ss.; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 673 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 1829 ss.; G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 47 ss.; G. SCIULLO, *Il principio del «giusto procedimento» fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, 291 ss.; G. SALA, *Regole costituzionali dell'azione amministrativa e principio del giusto procedimento nella giurisprudenza dei Tar*, in *Dir. proc.*

Se il sindacato della Corte dei diritti dell'uomo è stato escluso ove si sia individuato l'esercizio di un "potere autoritativo espressione della sovranità nazionale", come in tema di controversie fiscali<sup>349</sup>, elettorali<sup>350</sup>, sull'immigrazione<sup>351</sup>, il diritto al giusto processo è stato riconosciuto a fronte di sanzioni amministrative<sup>352</sup>, ma anche di provvedimenti capaci di incidere sulla proprietà privata (espropriazioni, dinieghi di permessi di costruire, vincoli di inedificabilità)<sup>353</sup> o sul diritto all'esercizio di un'attività economica (es. licenze, abilitazioni professionali, autorizzazioni)<sup>354</sup>, dando rilievo alla "patrimonialità" delle posizioni soggettive controverse<sup>355</sup>.

---

*amm.*, 1985, 637 ss. Sul diritto ad una buona amministrazione affermato dall'ordinamento dell'Unione europea (art. 41, Carta dir. fond. U.E.), cfr. *supra*, cap. I, nt. 36.

<sup>349</sup> Cfr. da ultimo: Corte eur. dir. uomo, 12 luglio 2001, *Ferrazzini c. Italie* (imposte sull'incremento di valore immobiliare, di registro, ipotecaria e voltura): «*La Cour estime que la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant*»; Corte eur. dir. uomo, 3 dicembre 2002, *Mieg De Boofzheim c. France*. Diversamente, l'art. 6 si applica al contenzioso sulle sanzioni fiscali: Corte eur. dir. uomo, 7 giugno 2012, *Segame SA c. France*; Corte eur. dir. uomo, camera grande, 23 novembre 2006, *Jussila C. Finlande*.

<sup>350</sup> Cfr. da ultimo: Corte eur. dir. uomo, 28 febbraio 2012, *Atakishi c. Azerbaijan*; Corte eur. dir. uomo, 6 gennaio 2011, *Paksas c. Lituania*; Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. France*.

<sup>351</sup> Cfr. da ultimo: Corte eur. dir. uomo, 2 febbraio 2010, *Dalea c. France* (provvedimento di respingimento alla frontiera): «*les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention*»; Corte eur. dir. uomo, Camera grande, 5 ottobre 2000, n. 39652/98, *Maaouia c. France* (espulsione).

<sup>352</sup> Cfr. da ultimo: Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2009, *Merigaud c. France*; Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*. Da ultimo: F. GOISIS, *Sanzioni amministrative, tutele procedurali e giurisdizionali secondo la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, 2012, 32 ss.

<sup>353</sup> Cfr. fra molte: Corte eur. dir. uomo, Camera grande, 15 febbraio 2008, *Kakamoukas et a. c. Grèce*; Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2000, *Zanatta c. France*; Corte eur. dir. uomo, 17 dicembre 1996, *Terra Wonigen v. The Netherlands*.

<sup>354</sup> Cfr. da ultimo: Corte eur. dir. uomo, 2 settembre 2010, *Rumpf c. Allemagne*; Corte eur. dir. uomo, 24 febbraio 2005, *Nowicky c. Autriche*; Corte eur. dir. uomo, 13 febbraio 2003, *Chevol c. France*.

<sup>355</sup> Cfr. da ultimo: F. MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 231 ss.; S. BONATTI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pt. speciale, t. II, cit., 1572 ss.; F. GASPARI, *Il diritto di proprietà tra giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno*, cit., 187 ss.; A. GIUSTI, *I profili patrimoniali della c.d. occupazione acquisitiva nel dialogo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale*, in *diritti-cedu.unipg.it*; ID., *L'incidenza della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla determinazione dell'indennità di esproprio*, ivi; ID., *Il caso Scordino: l'inizio di un nuovo dialogo tra le Corti in materia espropriativa*, ivi; R. CONTI, *Occupazione acquisitiva: rilettura dei rapporti fra ordinamento interno e Cedu dopo il trattato di Lisbona*, in *Urb. App.*, 2010, 147; F. GULLOTTA, *Espropriazioni illegittime davanti alla corte europea: un problema ancora aperto*, in *Dir. uomo*, 2009, fasc. 1, 55; S. BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra costituzione e corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 1288; R. SALERNI, *I comportamenti amministrativi nella materia dell'urbanistica e dell'edilizia al vaglio di compatibilità europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1141; R.M. BOVA, *Indennità di espropriazione: l'Italia condannata dalla Cedu*,

Nei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni la Corte europea ha per lungo tempo arrestato il proprio sindacato a fronte delle pretese invocate da coloro che fossero investiti dell'esercizio di pubblici poteri, cioè di «prerogative di pubblica autorità e della responsabilità della salvaguardia degli interessi generali dello stato o di altri enti pubblici», ancora una volta in ragione dello speciale legame di solidarietà e fiducia che lega tali funzionari allo stato<sup>356</sup>.

L'orientamento fondato sul limite dei pubblici poteri aveva rappresentato un'evoluzione nel senso di una maggiore tutela, superando la precedente interpretazione che riconosceva il diritto al giusto processo solo ove la pretesa avesse «carattere puramente patrimoniale» o «essenzialmente patrimoniale» e – soprattutto – non fosse correlata all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione<sup>357</sup>, da cui era in particolare derivata l'esclusione della competenza della Corte sui procedimenti di assunzione dei dipendenti pubblici, come su quelli relativi alla carriera o alla cessazione di attività, seppur in presenza di effetti patrimoniali certi<sup>358</sup>.

I pubblici poteri rappresentavano così un più ristretto limite di autonomia per gli ordinamenti nazionali, ammettendo in via generale il sindacato del giudice europeo sull'esercizio di poteri discrezionali della pubblica amministrazione.

---

in *Eur. dir. priv.*, 2007, 54; S. MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1041 ss.; M. POTO, *Contro l'occupazione acquisitiva per la tutela di diritti «concrets et effectifs»*, in *Resp. civ.*, 2006, 845; M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, XXX ss.; N. PAOLANTONIO, *Diritti fondamentali, buon risultato e giusto indennizzo espropriativi*, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 2434 ss.

<sup>356</sup> Corte eur. dir. uomo, 8 dicembre 1999, n. 698, *Pellegrin c. Francia*; Corte eur. dir. uomo, 5 ottobre 2004, *Rey e a. c. Francia*; Corte eur. dir. uomo, 5 ottobre 2004, *Czech c. Polonia*; Corte eur. dir. uomo, 22 giugno 2000, *Linde Falero c. Spagna*.

<sup>357</sup> Corte eur. dir. uomo, 9 giugno 1998, *Cazenave de la Roche c. Francia*.

<sup>358</sup> Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1986, *Glaserapp e Kosiek c. Germania*; Corte eur. dir. uomo, 26 settembre 1995, *the Vogt c. Germania*; Commissione, dec. 23 ottobre 1997, *Quinn c. Regno Unito*; Corte eur. dir. uomo, 17 marzo 1997, *Neigel c. Francia* sul diritto alla reintegrazione nel posto – e ai conseguenti trattamenti stipendiali – di un dipendente già in aspettativa per ragioni personali; Corte eur. dir. uomo, 9 giugno 1998, *Cazenave de la Roche c. Francia*. Il *revirement* è segnato in particolare da Corte eur. dir. uomo, 8 dicembre 1999, *Pellegrin c. Francia*. Per l'affermazione del diritto a un giusto processo nel caso di procedure concorsuali per l'assunzione di agenti incaricati di funzioni «amministrative e subalterne», o titolari di competenze di «non alto grado»: Corte eur. dir. uomo, 15 luglio 2003, *Jarlan c. Francia* (agenti di un ente locale con mansioni di accoglienza e sportello, disbrigo della corrispondenza amministrativa e contabilità, ecc.); la competenza di Corte si afferma anche in presenza di ragioni di tutela della sicurezza nazionale e di protezione dell'incolumità pubblica (attivista cattolico che aspirava al reclutamento nel *Northern Ireland Civil Service*): Corte eur. dir. uomo, 30 ottobre 2001, *Devlin c. Regno Unito*. Cfr. anche Corte eur. dir. uomo, 27 giugno 2000, *Frydlender c. Francia*; Corte eur. dir. uomo, Grande Chambre, 12 aprile 2006, *Martinie c. Francia*. Per una sintesi: *Partly Dissenting Opinion of Judge Kovler*, in Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 2006, *Kanayev c. Russia*.

A indurire il recente superamento è stata la considerazione di pretese meramente patrimoniali avanzate da funzionari pur «investiti di una porzione della sovranità dello Stato»<sup>359</sup>, ove l'esclusione della tutela europea sarebbe stata - secondo taluno - foriera di una «palese ingiustizia»<sup>360</sup>.

Il superamento dei “pubblici poteri” ha portato a riconoscere il diritto a un giusto processo in presenza di un *qualunque* sistema di tutela giurisdizionale per le pretese invocate dai funzionari purché conforme ai principi della CEDU e a prescindere dalla qualità delle parti e delle pretese stesse<sup>361</sup>, arretrando ulteriormente il suddetto limite di autonomia degli ordinamenti nazionali, poiché il sindacato della Corte si afferma altresì sull'eventuale esclusione di tutela, che deve essere giustificata da «proporzionali e legittime finalità» di interesse pubblico<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> Come nel caso di una controversia esperita da alcuni agenti di polizia per il riconoscimento del diritto a un'indennità di trasferta: Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera grande, 19 aprile 2007, *Vilho Eskelinen et a. c. Finlandia*, con nt. di B. CIMINO, *Diritti umani, civil servants e right to a fair trial: la corte di Strasburgo procede per prova ed errore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 935 ss.; da un ufficiale di marina per il rimborso delle spese di viaggio sostenute nell'esercizio delle sue funzioni: Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 2006, *Kanayev c. Russia*. Preannunciano il *revirement* giurisprudenziale le seguenti opinioni dissenzienti – e concordanti – dei giudici europei: *Partly Dissenting Opinion of Judge Kovler*, in Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 2006, *Kanayev c. Russia*, cit.; *Opinion concordante du Juge Caflisch*, in Corte eur. dir. uomo, 29 settembre 2005, *Strungariu c. Romania* e in particolare *Opinion Concordante commune aux Juges Tulkens, Maruste et Fura-Sandström*, in Corte eur. dir. uomo, Grande Chambre, 12 aprile 2006, *Martinie c. Francia*.

<sup>360</sup> Cfr. D. SZYMCZAK, *Concepts de fonction publique et d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, cit.

<sup>361</sup> È sufficiente la tutela offerta da organi di giustizia militare: Corte eur. dir. uomo, 23 settembre 2010, *Vasilchenko c. Russia*.

<sup>362</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania*; l'esclusione deve essere giustificata da «motivi oggettivi legati all'interesse dello Stato»: Corte eur. dir. uomo, dec. 11 settembre 2007, *Sukiit c. Turchia*, relativa alla destituzione di un militare per illeciti disciplinari capaci di tradire il nesso speciale di solidarietà che lo vincola allo Stato; Corte eur. dir. uomo, dec. 11 dicembre 2007, *Apay c. Turchia*; Corte eur. dir. uomo, 19 ottobre 2010, *Özpinar c. Turchia*; Corte eur. dir. uomo, 8 febbraio 2011, *Zalli c. Albania*; Corte eur. dir. uomo, 30 giugno 2009, *Fiume c. Italia*, sull'attribuzione di un incarico dirigenziale senza previo concorso interno; Corte eur. dir. uomo, 28 aprile 2009, *Savino e a. c. Italia*; Conseil d'Europe, Bureau du Comité Européen de Coopération Juridique (CDCJ-BU), *L'étendue du champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention sous son volet civil, selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, cit., 4. Cfr. S. FOÀ, *op. cit.*, 382-383; per una critica appuntata sul principio di certezza del diritto, ritenendosi che «comme les systèmes juridiques varient d'un Etat à l'autre, l'applicabilité de l'art. 6 §1 risque de dépendre à l'avenir du fait qu'un recours existe ou non en droit interne. Ainsi, au lieu d'une interprétation autonome, l'arrêt incite à une interprétation dépendante et variable, pour ne pas aléatoire, c'est à dire arbitraire. Ce qui constitue un retour en arrière peu opportun. Et un signe de plus que l'équité individuelle est parfois incompatible avec la sécurité juridique collective»: D. SZYMCZAK, *Concepts de fonction publique et d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, cit.

## CAPITOLO IV

### *Il pubblico concorso e la libertà di circolazione dei lavoratori*

**SOMMARIO:** 1. Un modello della cultura europea per l'accesso alle pubbliche amministrazioni. -2. Norma di organizzazione per l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione pubblica. -3 Uguale accesso ai pubblici uffici e libera circolazione dei lavoratori. -4. Il pubblico concorso come principio inderogabile. -5. Pubblico concorso e organizzazioni "sostanzialmente" pubbliche. -6. Il pubblico concorso tra critiche e norme d'eccezione.

#### *1. Un modello della cultura europea per l'accesso alle pubbliche amministrazioni.*

Gli ordinamenti nazionali europei individuano tradizionalmente il concorso come strumento prevalente per il reclutamento nei pubblici impieghi, delineando un modello che per le proprie caratteristiche costitutive pare offrire una tutela alla libera circolazione dei lavoratori europei nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Si può osservare come il reclutamento per concorso sia talvolta affermato esplicitamente in norme costituzionali<sup>363</sup>, più spesso è previsto nella legislazione di attuazione delle previsioni costituzionali sull'accesso ai pubblici uffici<sup>364</sup>.

Vi è chi ha sostenuto che il sistema concorsuale sia stato importato in Europa dai missionari cattolici e tra questi in particolare dai gesuiti che nel XVII e XVIII secolo ne

---

<sup>363</sup> Cfr. ad es. in Portogallo art. 47, co. 2°, Cost.: «*Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso*»; in Slovenia, art. 122, Cost.: «L'impiego nell'amministrazione dello Stato è possibile solo sulla base di competizioni aperte, salvo i casi previsti dalla legge». Per altri riferimenti fuori Europa (Brasile, Ecuador, Costarica): J. HODGES AEBERHARD, *Comparative Study of Contents of Civil Service Statutes*, International Labour Office, Geneva, 2001, 18-21.

<sup>364</sup> Cfr. ad es. in Spagna art. 23, co. 2°, Cost. del 1978: «*(Los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes*», ma anche art. 103, co. 3°: «*La Ley regulará (...) el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*». In Francia il richiamo è alla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (inserita a preambolo della *Constitution* del 1958), art. 6 (su cui cfr. *infra*, par. 2), ma anche all'art. 1, al. 2, Cost. del 1958: «*La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes [...] aux responsabilités professionnelles et sociales*» e al preambolo della *Constitution* del 1946 (inserita a preambolo della *Constitution* del 1958). Il principio di eguale accesso agli uffici pubblici si ritrova nella Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), art. 33, co. 2°: «Ogni Tedesco ha, secondo le proprie qualità, attitudini e capacità specifiche, parità di accesso ad ogni pubblico ufficio»; nei Paesi Bassi si veda l'art. 3, Cost. (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*): «Tutti i cittadini olandesi deve avere uguale accesso ai pubblici impieghi». Per altri riferimenti fuori Europa (Giordania, Botswana): J. HODGES AEBERHARD, *loc. cit.*

avrebbero osservata l'utilizzazione in Cina<sup>365</sup>, ove il celeste impero selezionava i mandarini mediante il *Keju*<sup>366</sup>, un complesso sistema di esami che serviva a individuare la classe dirigente, composta di funzionari-letterati di straordinario prestigio dediti allo studio del pensiero confuciano<sup>367</sup>. La descrizione di un sistema di reclutamento meritocratico, in cui «il figlio del contadino ha la stesse aspettative di arrivare alla carica di Vice Re o Ministro di Stato del figlio di un alto personaggio»<sup>368</sup> avrebbe suscitato l'ammirazione dei filosofi illuministi che ne avrebbero a loro volta promossa l'introduzione in Europa<sup>369</sup>.

Altri ne riconducono le origini al diritto canonico e in particolare al Concilio di Trento, ove i concorsi sarebbero stati utilizzati per l'assegnazione dei benefici ecclesiastici e per la nomina dei vescovi<sup>370</sup>.

---

<sup>365</sup> Il sistema di reclutamento meritocratico e il principio di stabilità degli impieghi furono «trasportati nel '700 nella cultura francese dai missionari cattolici provenienti dalla Cina, dove questi ultimi erano rimasti impressionati dal complesso sistema di selezione dei mandarini e dalla stabilità e durata delle loro cariche»: S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, Napoli, 2007, 18; ID., *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 11 ss. Tra coloro che descrissero il sistema di esami per il reclutamento dei mandarini vi furono il dominicano Gaspar da Cruz e i gesuiti Matteo Ricci, Louis le Comte e Jean-Baptiste Du Halde: G. BERTUCCIOLI, *Come l'Europa vide la Cina nel secolo XVIII*, in *Mondo cinese*, 1986, 27 ss. Ancora su Matteo Ricci, ricorda come il sistema di concorsi per l'accesso al mandarinato cinese fu descritto nella sua storia della missione gesuita dal titolo "*Della entrata della Compagnia di Gesù e Christianità nella Cina*", redatta a partire dal 1608 dopo venticinque anni di permanenza nel "Paese di mezzo": M. FONTANA, *Matteo Ricci, Un Gesuita alla corte dei Ming*, Milano, 2008, 150 ss.

<sup>366</sup> Per la descrizione del sistema di esami cinese da ultimo: A. ZOLA, «*Keju*»: *il sistema degli esami nella Cina imperiale*, in *Dir. amm.*, 1996, 365 ss.; D. PAPPANO, *L'emersione di un diritto amministrativo in Cina*, in *Dir. amm.*, 2010, 722; J.M. EYMERI-DOUZANS, *Les concours à l'épreuve*, cit., 308; B.A. ELMAN, *Political, Social and Cultural Reproduction via Civil Service Examination in Late Imperial China*, in *The Journal of Asian Studies*, Vol. 50, N. 1 (Feb., 1991), 7 ss.; J. GERNET, *Il mondo cinese. Dalle prime civiltà alla Repubblica popolare*, Milano, 1978, 285 ss.

<sup>367</sup> Il modello burocratico cinese è stato descritto da M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922-1956), trad. it. *Economia e società*, Milano, 1980, vol. IV, 147 ss. Cfr. inoltre E. BALAZS, *La bureaucratie céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle*, tr. it. *La burocrazia celeste: ricerche sull'economia e la società della Cina nel passato*, Milano, 1971, 20, 22, ove si evidenzia come la classe dei mandarini era uno «strato sociale trascurabile, ma onnipotente per forza, influenza, prestigio, posizione», «la sola detentrica del potere», e il confucianesimo era una vera e propria «dottrina di stato».

<sup>368</sup> Cfr. J.B. Du HALDE, *Description géographique, historique, chronologique, politique et physique de l'Empire de la Chine et de la Tartarie chinoise*, t. II, La Haye, 1736, 308.

<sup>369</sup> Cfr. VOLTAIRE, *Œuvres complètes, Essai sur les mœurs et l'esprit des nations, et sur les principaux faits de l'histoire*, t. VIII, Paris, 1859, Ch. CXCIV, 364: «*L'esprit humain ne peut certainement imaginer un gouvernement meilleur que celui où tout se décide par des grands tribunaux, subordonnés les uns aux autres, dont les membres ne sont reçus qu'après plusieurs examens sévères*». Per altre citazioni cfr. G. BERTUCCIOLI, *Come l'Europa vide la Cina nel secolo XVIII*, cit., 297 ss., ove si evidenzia come il sistema cinese fu ammirato anche dai diplomatici inglesi, che casualmente alloggiavano negli stessi edifici utilizzati per gli esami.

<sup>370</sup> Cfr. D. DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Lyon, 1770, ove si ricordano quattro tipi di concorsi in materia di benefici: «*concours par examen*», «*concours de provisions*»,

Quale che ne sia stata l'origine, tra le prime esperienze di sperimentazione del modello in epoca moderna<sup>371</sup> si annovera senz'altro la selezione dei funzionari della Compagnia Britannica delle Indie Orientali<sup>372</sup> in particolare per l'accesso al collegio di Haileybury, ove essi apprendevano, oltre a elementi di cultura generale, alcune conoscenze utili per il governo delle colonie (lingua, diritto locale)<sup>373</sup>.

Da qui il concorso sarebbe stato progressivamente trapiantato nel *Civil Service* britannico<sup>374</sup>, cui si deve la teorizzazione del principio del *merit system* in reazione a un

---

«*concours de date en Cour de Rome*» et «*concours entre Expectants*». Un riferimento può essere rinvenuto alla Sessione XXIV, c. 1 *de Reform*: «che è obbligo di provveder de buoni e idonei pastori e moralmente pecca chi non antepone i più degni e più utili alla Chiesa. Restando a queste parole la naturale esposizione che molti sono i più degni e più utili rispetto a molti altri che sono meno; nella qual amplitudine ha gran campo l'arbitrio di chi ha da provvedere» in P. SARPI, *Istoria del Concilio Tridentino*, vol. III, Milano, s.d. ma ante 1623, 284-285; si noti soprattutto il titolo del paragrafo utilizzato dall'autore nel sommario posto infine del volume. L'origine nel diritto canonico è ricordata gli inizi del secolo da M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1912, 24 e ss e più di recente da P. SADRAN, *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, Thèse pour le doctorat en droit, mars 1972, I.

<sup>371</sup> Nella Francia d'*Ancien Régime* il reclutamento per concorso si ritrova per l'accesso all'esercito o a funzioni caratterizzate da elevata tecnicità: F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 348; per altri riferimenti sulle origini del sistema delle *écoles* cfr. *infra*, cap. IV, par. 3. Ricorda come i principi di stabilità e merito dei funzionari pubblici si ritrovassero già nel XVIII secolo in Prussia, Austria e Svezia: S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, cit., 21-22; S. CASSESE – J. PELLEW, *The introduction of merit system in various bureaucracies: a comparative account*, in *Le système du mérite – The merit system*, edited by – sous la direction de S. Cassese e J. Pellew, Bruxelles, 1987, 15. Per esempi di reclutamento meritocratico per l'accesso alle scuole militari del Piemonte sabauda: V. FERRONE, *I meccanismi di formazione delle élites sabaude. Reclutamento e selezione nelle scuole militari del Piemonte nel Settecento*, cit., 157 ss.

<sup>372</sup> Cfr. J.S. MILL, *Considerations on representative government*, London, 1861, 260, ove si evidenzia come l'«*Indian service*» sia l'unico caso in cui «*the principle of competitive examinations for public employment [...] exists in its completeness*».

<sup>373</sup> La formazione impartita ad Haileybury comprendeva le lingue orientali, letteratura, matematica, storia naturale, letteratura classica e generale, diritto, storia e politica economica: E. BLUNT, *The I.C.S., The Indian Civil Service*, London, 1938, 35. Più di recente ricorda l'introduzione del sistema concorsuale per l'assunzione del personale della Compagnia delle Indie orientali con il *Charter Act* del 1853, evidenziando come i funzionari, selezionati sulla base di conoscenze generali, ricevessero una formazione *ad hoc* dedicata all'apprendimento della lingua e del diritto indiano: M. GRIFFO, *L'India coloniale dalla «autocrazia costituzionale» alla protodemocrazia, Il dibattito sulle riforme e l'Indian Civil Service (1909-1919)*, Milano, 1999, 39 e spec. nt. 58. Cfr. anche F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., 175; ID., *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 332.

<sup>374</sup> L'introduzione di «*open competitive examination*» gestite dalla *Civil Service Commission* per l'accesso al pubblico impiego, in sostituzione di un sistema di reclutamento dominato da compravendita dei posti e clientelismo si deve in particolare al rapporto Northcote-Trevelyan (1854) che cominciò a ricevere una parziale attuazione all'epoca del primo Ministro Gladstone (1870): cfr. da ultimo R. LOWE, *The Official History of the British Civil Service, Reforming the Civil Service, Volume 1: The Fulton years*, 1966-81, London and New York, 2011, 18 ss.; J. BURNHAM and R. PYPYER, *Britain's Modernised Civil Service*, New York, 2008, 14-15; C. PILKINGTON, *The Civil Service in Britain today*, Manchester and New York, 1999, 18 ss.; C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, cit., 323 ss.

sistema di reclutamento dei funzionari basato su «*patronage and purchase*»<sup>375</sup>, ove lo stesso J.S. Mill considera la proposta di una selezione basata su una «*competitive examination*» «*one of those great public improvements the adoption of which would form an era in history*»<sup>376</sup>.

Il modello britannico è in particolare ricordato per aver immaginato un «circuito virtuoso» tra selezioni concorsuali e istituzioni scolastiche, poiché ci si aspettava che queste ultime avrebbero messo in opera una proficua competizione per fornire i migliori candidati ai concorsi, con un effetto di generale miglioramento del sistema di istruzione<sup>377</sup>.

Si è osservato come il concorso si sia quindi affermato in pressoché tutti i moderni Stati di diritto in coincidenza con la “professionalizzazione” dei funzionari pubblici che ha caratterizzato gli ordinamenti europei del XIX secolo<sup>378</sup>, ove il sistema di reclutamento basato sulla valutazione comparativa dei candidati supera i sistemi di venialità ed

---

<sup>375</sup> Riconduce le origini e l'affermazione del concorso a Inghilterra e Stati Uniti d'America, quale «reazione agl'intrighi, agli abusi ai favoritismi pel conferimento arbitrario dei pubblici impieghi»: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, 1935, CLXIII; M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, cit., 4-5. Più di recente cfr. J. PELLEW, *The concept of merit in the British bureaucracy*, in *Le système du mérite – The merit system*, 176 ss.; S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, cit., 14; J. ZILLER, *Égalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les États membres de la Communauté européenne*, cit., 59 ss. Da ultimo evidenzia come in Gran Bretagna l'*open competition* sia divenuta sistema generalizzato di accesso al *Civil Service* solo nel 1919: F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, cit., 335.

<sup>376</sup> J.S. MILL, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII - Essays on Politics and Society Part I*, ed. by J.M. Robson, Toronto/London, 1977, Ch. *Reform of the Civil Service 1854*.

<sup>377</sup> Cfr. J.S. MILL, *Considerations on representative government*, cit., 258-261: «*It is also absolutely necessary that the examinations should be competitive, and the appointments given to those who are most successful. (...) When (...) the appointments are given to those, among a great number of candidates, who most distinguish themselves, and where the successful competitors are classed in order of merit, not only each is stimulated to do his very utmost, but the influence is felt in every place of liberal education through the country. It becomes with every schoolmaster an object of ambition, and an avenue to success, to have furnished pupils who have gained a high place in these competitions; and there is hardly any other mode in which the State can do so much to raise the quality of educational institutions through the country*». Il pensiero di J.S. Mill è ricordato da C. PILKINGTON, *The Civil Service in Britain today*, 24-25; C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, cit., 325, che evidenzia il fallimento della suggestione, rilevato in particolare con il Fulton Report (1968), ove si evidenzia l'elitismo del *Civil Service* e la netta predominanza degli *Oxbridge Colleges* nel fornirne gli esponenti.

<sup>378</sup> Sino a caratterizzare il celebre sistema idealtipico descritto da Max Weber a fondamento della «dominazione legale a direzione amministrativo-burocratica»: M. WEBER, *Economia e società*, vol. IV, cit., 58 ss.

ereditarietà delle cariche dell' *Ancien Régime*<sup>379</sup> e le nomine elettive che caratterizzarono la Rivoluzione francese<sup>380</sup>.

Il modello si è diffuso nel tempo nei singoli ordinamenti nazionali, ove è stato declinato secondo varianti che ne mantengono gli elementi comuni di una selezione meritocratica e aperta a tutti i candidati in possesso dei requisiti minimi<sup>381</sup>: dalle *écoles administratives* francesi<sup>382</sup>, al sistema di esami di abilitazione dei *Beamten* tedeschi<sup>383</sup>,

---

<sup>379</sup> Sul sistema di venalità delle cariche cfr. VOLTAIRE, *Vénalité*, in *Dictionnaire philosophique, Oeuvres complètes*, t. I, Paris, 1867, 668; E.J. SIEYES, *Essai sur les privilèges et autres textes*, Paris, ed. 2007, 26, 43; ID., *Préliminaire de la Constitution française*, *ibidem*, 86. Per la considerazione delle magistrature come un «bene di famiglia»: J.J. ROUSSEAU, *Dell'origine dell'ineguaglianza tra gli uomini*, Milano, 1906, 93-94. Il sistema è stato descritto di recente da G. PAGÈS, *La venalità degli uffici nell'antica Francia*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli e P. Schiera, vol. II, *Principi e ceti*, Bologna, 1973, 227 ss.; J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa nei secoli XVI e XVII*, *ivi*, vol. I, *Dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna, 1972, 238-239 e 244 ss.; P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, Paris, 1992, 454 ss.; C. KAFTANI, *La formation du concept de fonction publique en France*, Paris, 1998, 51 ss. Di recente osserva come tracce del modello di venalità delle cariche sopravvivano in talune forme di concessione amministrativa (es. esattorie) e conoscano «verosimilmente una seconda giovinezza nell'ambito del complesso fenomeno delle privatizzazioni»: 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, Napoli, 2001, 1011 ss.

<sup>380</sup> Per il sistema delle cariche elettive prescelto per il reclutamento dei funzionari dalla Rivoluzione francese cfr. *Constitution de 1791*, Ch. IV, sect. II, art. 2: «*Les administrateurs [...] sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du Roi, les fonctions administratives*». Il sistema è descritto da M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, cit., 23; P. SADLAN, *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, cit., V. Da ultimo cfr. C. KAFTANI, *op. ult. cit.*, cit., 91 ss., ove si richiama il «*modèle révolutionnaire du magistrat élu par ses concitoyens pour servir la chose publique gratuitement et pendant un temps court et précis*», poichè «*pour la Révolution l'élection exprime l'idée que chaque citoyen étant lui-même source du pouvoir, il doit être appelé à choisir parmi ses concitoyens les plus capables pour exercer les fonctions publiques*»; L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2006, 226 ss.; F. EDEL, *op. ult. cit.*, 2012, 345 ss.

<sup>381</sup> Ritengono si tratti di un modello comune all'inizio del XIX sec. già M. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, cit., 4: «*À l'heure présente (1912), dans tous les pays démocratiques ce procédé est en voie de développement continu*»; E. TOMMASONE, *L'attività dell'amministrazione nel concorso a pubblico impiego*, Firenze, 1926, 21: «è il modo di scelta comunemente adottato in tutti gli Stati moderni, se si prescinda dalla Germania, dove, del resto, neppure è trascurato l'accertamento positivo e diretto della capacità tecnica mediante esame d'idoneità e successivo periodo d'esperimento». Più di recente cfr. M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 613: «può dirsi che in tutti i moderni Stati di diritto si ritrovano disposizioni volte ad evitare che la nomina agli impieghi pubblici sia fatta *intuitu personae*, con tutte le possibilità di favoritismo ed arbitri che un tale sistema di nomina comporta e che, generalmente, viene adottato un sistema che tende a circondare l'assunzione dei cittadini nella compagine statale di ogni pensabile garanzia circa la scelta dei più capaci...»; C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, cit., 328, e spec. nt. 1, per una ricognizione dell'affermazione del principio nelle Costituzioni europee del XIX secolo; F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., 174 ss.; S. CASSESE – J. PELLEW, *The introduction of merit system in various bureaucracies: a comparative account*, in *Le système du mérite – The merit system*, cit., 12 ss.;

<sup>382</sup> Sulle *écoles administratives* cfr. *amplius*, cap. IV, par. 3.

<sup>383</sup> In Germania il reclutamento dei funzionari avviene per lo più secondo un sistema che coniuga periodi di tirocinio, test ed esami di idoneità, con una combinazione variabile a seconda dei livelli di assunzione e degli enti pubblici di riferimento: A. ALBANESE, *Impiego pubblico e impiego privato presso la pubblica amministrazione in Germania e in Spagna*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 170-171 e 180-181; S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, cit., 234-235; A. CLAISSE – M.C. MEININGER, *Fonctions publiques en Europe*, Paris, 1994, 73-74; B. WUNDER, *Allemagne*

alla «*fair and open competition*» dell'ordinamento britannico<sup>384</sup> sino al sistema spagnolo di «*oposición libre*», «*concurso*» e «*concurso - oposición*»<sup>385</sup>.

## 2. Norma di organizzazione per l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione pubblica.

Nell'ordinamento italiano l'affermazione del principio del concorso è stata fatta risalire ai primordi dell'unificazione (anni '70 del XIX secolo<sup>386</sup>), ove esso era il «normale sistema pel conferimento dei pubblici impieghi», in cui si riconosceva una tangibile garanzia «tanto per la P. Amministrazione, quanto pei cittadini»<sup>387</sup>. La consacrazione del principio fu effettuata dai primi testi unici sugli impiegati civili dello Stato del

---

(*République fédérale*), in *Le système du mérite – The merit system*, cit., 29 ss.; J.L. BODIGUEL, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, Paris, 1994, 22-23.

<sup>384</sup> Cfr. da ultimo *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, section 10. Cfr. Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, November 2010, in <http://civilservicecommission.independent.gov.uk>. Cfr. S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, cit., 236-238; per altri riferimenti cfr. *supra*, nt. 11.

<sup>385</sup> Le tre alternative previste dall'ordinamento spagnolo presentano tratti comuni a quelli che nell'ordinamento italiano sono il concorso per esami, il concorso per titoli e quello per titoli ed esami: cfr. da ultimo J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Barcelona, 2008, 159 ss.; J.B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en regime laboral*, Valencia, 2009, 92 ss.; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ – S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, Coyve, s.a., 2005, 33 ss.; F. PUERTA SEGUIDO, *El acceso al empleo público*, in L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, 467 ss.; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios*, in M. Sánchez Morón (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2008, 412 ss.

<sup>386</sup> Cfr. per tutti: G. MELIS, *Gli impiegati pubblici*, in *Impiegati*, cit., 22; ID., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, 53; ID., *Il sistema del merito nel Ministero degli affari esteri (1861-1887)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 429 ss.; R. UGOLINI, *Il criterio del merito nel Ministero della pubblica istruzione (1848-1900)*, *ivi*, 1987, 417 ss.; E. GUSTAPANE, *L'introduzione nell'ordinamento amministrativo italiano del principio del merito per l'accesso agli impieghi pubblici: il caso del Ministero dell'interno*, *ivi*, 1987, 449 ss.; ID., *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, in *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, a cura di A. Varni e G. Melis, Torino, 1997, 22: «l'ammissione alle cariche e agli impieghi pubblici sulla base del criterio del merito [...] rappresentò, per i liberali del secolo XIX, un carattere distintivo del nuovo ordinamento costituzionale»; ID., *La preparazione dei funzionari: un'inchiesta sui concorsi alla fine dell'800*, in *Storia, Amministrazione, Costituzione. Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica*, 1994, 2, 235 ss. Ritiene che il concorso sia stato il «cavallo di battaglia dell'accesso all'impiego statale» anche nel Regno sabauda: S. SEPE, *Burocrazia e apparati amministrativi: evoluzione storica e prospettive di riforma*, Milano, 1996, 202. Da ultimo evidenzia come il concorso si sia affermato in epoca risorgimentale a discapito di altri metodi di selezione pur ispirati ai criteri del merito e dell'eguaglianza quali alunnato, elezione da parte del popolo e nomina ministeriale: D. IARIA, *Concorso pubblico*, in *Il diritto - Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. III, 564.

<sup>387</sup> Cfr. M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., CLXIII.

1900<sup>388</sup>, quindi da quelli sul'ordinamento locale, malgrado un'iniziale resistenza delle amministrazioni comunali che vi colsero una limitazione della propria discrezionalità<sup>389</sup>.

Solo con l'ordinamento repubblicano è dedicata al pubblico concorso una norma costituzionale *ad hoc* (art. 97, co. 3°, Cost.) che si pone in stretta correlazione con i principi di imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici (art. 97, co. 1°, Cost.)<sup>390</sup>.

Il concorso vi è configurato come norma d'organizzazione che caratterizza la pubblica amministrazione di un ordinamento democratico perché strumentale all'*imparzialità* degli apparati amministrativi<sup>391</sup> intesa innanzi tutto come sottrazione degli stessi a improprie ingerenze politiche<sup>392</sup>.

---

<sup>388</sup> L. 25 giugno 1908, n. 290, *sullo stato giuridico degli impiegati civili*, art. 5, co. 1°, n. 5°; r.d. 22 novembre 1908, n. 693, *che approva il testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati*, art. 3; r.d. 30 dicembre 1923, n. 2960, *Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'amministrazione dello Stato*, art. 1. Il principio del concorso avrebbe assunto massima estensione nel testo unico del 1923 giungendo a ricomprendere anche gli impiegati da assumersi in forma temporanea «per il disimpegno dei servizi di copia e di fatica»: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 614.

<sup>389</sup> R.d. 12 febbraio 1911, n. 297, *Approvazione del regolamento per la esecuzione della legge comunale e provinciale*, art. 94, ove si afferma l'obbligatorietà del concorso «per la nomina del segretario e degli impiegati del Comune quando non possa provvedersi per promozione»; R.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, *Riforma della legge comunale e provinciale*, art. 36; R.d. 3 marzo 1934, n. 383, art. 223. Ricostruisce il dibattito sull'applicazione del concorso nell'ordinamento locale, con il superamento dell'«assoluta “libertà” del comune di assumere e licenziare»: C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, cit., 330.

<sup>390</sup> Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, 426; M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 615-616. Di recente cfr. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 554.

<sup>391</sup> L'applicazione del principio di imparzialità all'organizzazione pubblica garantisce che l'amministrazione sia imparziale anche e soprattutto nell'esercizio delle funzioni amministrative, fra molti: U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 20 ss., 291 ss.; ID., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205 ss.; ID., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 134 ss.; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Studi Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1958, 28 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 70 ss.; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, 47 ss.; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 98, 150 e 187 ss., ove in particolare si evidenzia come l'imparzialità sia garanzia della “democraticità” dell'amministrazione; ID., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Roma, 1997, 171 ss.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 73 ss.; F. SATTÀ, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989, 4-5; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003, XXX ss.; ID., *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2001, 39 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*, 2008, 223 ss.; ID., *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 244 ss.; G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008, 122 ss.

<sup>392</sup> A. CERRI, *op. ult. cit.*, *passim*, ma spec. 150, 184.

L'imparzialità dell'amministrazione esige che i criteri di reclutamento siano ispirati all'esclusiva valutazione di "virtù e talenti" dei candidati, impedendosi qualsiasi giudizio sulle opinioni politiche di chi intenda entrare a far parte della pubblica amministrazione<sup>393</sup>, ferma restando la legittima considerazione delle stesse nei pochi casi in cui l'esercizio della funzione di indirizzo politico imponga l'instaurazione di un rapporto fiduciario<sup>394</sup>.

La nomina dei funzionari diventa imparziale perché sciolta dalle determinazioni degli organi politici cui è costituzionalmente impedita l'utilizzazione dei pubblici uffici come strumento di consenso<sup>395</sup> o ancor più di compensazione delle clientele.

Si è rilevato come i sistemi di reclutamento meritocratici si affermino negli ordinamenti occidentali specialmente in reazione alla diffusione di comportamenti clientelari<sup>396</sup>: negli Stati Uniti d'America, in cui i «*competitive exams*» sono intesi innanzi tutto quale strumento per «*moralizzare*» un'amministrazione corrotta dall'abuso dello *spoils*

---

<sup>393</sup> Il divieto di prendere in considerazione le opinioni politiche dei candidati insito nel sistema concorsuale assicura che «la provvista dei pubblici dipendenti avvenga in modo tale da riflettere la pluralità di posizioni culturali e ideali esistenti nel paese»: G. BORRÈ, *Il 3° comma dell'art. 98*, in *La Pubblica Amministrazione, Commentario della Costituzione*, cit., 459. In Francia è nota la vicenda di cui all'«*arrêt Barel*», relativa al diniego di ammissione al concorso di entrata all'Ena di un candidato in ragione delle sue opinioni politiche (appartenenza al partito comunista): Conseil d'État, 28 mai 1954, *Barel*. Cfr. D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil: son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, cit., 248.

<sup>394</sup> Cfr. A. CERRI, *op. ult. cit.*, 205: «solo quelle funzioni le quali comportano il compimento di atti generali, impersonali o, comunque, non suscettibili di regolamentazione mediante direttive uniformi possono essere esercitate da persone scelte con criteri politici»; sul rapporto politica-amministrazione cfr. per tutti: G. ENDRICI, *Il potere di scelta: le nomine tra politica e amministrazione*, cit., 17 ss., 81 ss., 205 ss.; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 57 ss.; ID., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006, 129 ss.; ID., *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale. A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, cit., XXX ss.; G. D'ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *Lav. p.a.*, 2007, 349 ss.

<sup>395</sup> Sull'utilizzazione dell'amministrazione come un «ammortizzatore sociale»: C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 253; E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, cit., 36. L'utilizzazione dell'amministrazione come strumento delle politiche di occupazione ha segnato anche l'esperienza greca, ove «*la fonction publique a été considérée comme une solution au chômage des jeunes*»: J.L. BODIGUEL, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, cit., 107.

<sup>396</sup> Ricostruisce l'affermarsi della meritocrazia in occidente, quale aspirazione delle nascenti classi medie a che «le posizioni di responsabilità all'interno dello stato, sia in ambito civile che militare, fossero assegnate sulla base di provate competenze piuttosto che sulla base del nepotismo, del clientelismo, della corruzione e della compravendita»: J.H. GOLDTHORPE, *I problemi della meritocrazia*, in *Stato e mercato*, n. 40, 1994, 7.

*system*<sup>397</sup>, ma anche in Spagna ove i concorsi si affermano per rimediare alle degenerazioni del sistema di «*patronazgo*» instaurato dai partiti politici agli albori del nuovo sistema costituzionale (1978)<sup>398</sup>, come nell'ordinamento italiano del dopoguerra, ove i lavori della "Commissione Forti" (1947) intendono il «concorso per esame» quale «premessa essenziale dell'imparzialità nell'assunzione» poiché consente di arginare «l'arbitrio, le raccomandazioni personali, i favoritismi»<sup>399</sup>.

Il reclutamento meritocratico è così prerequisite di una condizione soggettiva di imparzialità di cui negli ordinamenti anglosassoni si intende tutelare la permanenza mediante la "*tenure*"<sup>400</sup>, istituto di cui si è individuato il corrispondente in Italia nella "stabilità" che tradizionalmente è elemento caratterizzante del rapporto di impiego pubblico (carattere *naturalmente* a tempo indeterminato del rapporto)<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> Cfr. F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., 172 ss.: negli Stati Uniti i «*competitive exams*» furono introdotti per l'accesso ad alcuni posti del *Civil Service* federale con il *Pendleton Civil Service Reform Act* (1883), adottato dopo che un operaio disoccupato e accecato dall'ira per la mancata assegnazione di un impiego uccise a colpi di pistola il Presidente James Garfield. Il sistema di reclutamento meritocratico è ivi inteso «*essentiellement comme un moyen permettant de faire regresser la manipulation des partis*», a fronte di una situazione in cui il Congresso è divenuto un «*pourvoyeur d'emplois*» e «*tous ceux qui travaillent dans l'administration sont redevables de leur emploi aux leaders des partis à l'égard desquels ils contractent, en conséquence, nombre d'obligations*», tra cui in particolare quella di finanziare il partito in proporzione alla retribuzione ricevuta. Per l'osservazione secondo cui agli inizi del XIX sec. «*Heads of departments were overwhelmed by the pressure on them to find places for friends and supporters*»: cfr. J. PELLEW, *The Spoils System and the Concept of Merit in the American Civil Service*, in *Le système du mérite – The merit system*, cit., 71. Per l'osservazione secondo cui anche il sistema dello *spoils systems* fa appello ad esigenze di democraticità «in quanto assicura la *rotation in office* e consente "*to throw the door open to all the people*"», e di efficienza, «stante che in questo modo dovrebbe risultare più agevole il ricorso a personale competente e, si presume, collaborativo»: G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, 2000, 31.

<sup>398</sup> Cfr. da ultimo: F. PUERTA SEGUIDO, *El acceso al empleo público*, cit., 404.

<sup>399</sup> Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri-Commissione per la riforma della pubblica amministrazione, *La legge generale sulla pubblica amministrazione. L'organizzazione amministrativa dello Stato. L'organizzazione amministrativa degli enti pubblici. La giustizia amministrativa*, Roma, 1948, 142-143, richiamato da E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici*, cit., 31; cfr. inoltre C. PINELLI, *Art. 97, I° comma, parte II, Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in *La Pubblica Amministrazione, Commentario della Costituzione*, cit., 32-33.

<sup>400</sup> Le carriere dei funzionari dell'amministrazione statale britannica sono normalmente "a vita": E. PAGE, *Le modèle de Whitehall a-t-il survécu?*, in *Revue Internationale de Sciences Administratives*, 2010, vol. 76, 436; G. CARVALE, *Struttura del governo e articolazione della burocrazia nel Regno Unito*, in *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, a cura di F. Lanchester, Milano, 2009, 251 ss.

<sup>401</sup> Il rapporto di pubblico impiego è «di regola *duraturo, permanente*, nel senso che alla cessazione di esso non è previsto alcun termine, o se è un termine è apposto, è latissimo, tale – si può dire, da abbracciare la maggiore e miglior parte della vita di un uomo», secondo un carattere che si contrappone allo *spoils system* americano, viceversa basato sulla rotazione degli incarichi che aveva determinato in pochi anni ad «abitudini di concussione e disonestà»: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., XVI ss. (il corsivo è dell'A.). La tradizione indica nel concorso lo strumento utile per l'assunzione degli impiegati *di ruolo*, a fronte di più elastiche previsioni per il personale un tempo avventizio – o giornaliero, diurnista, cottimista, incaricato, straordinario: *ibidem*, XXXIII e CLXV. Da ultimo ricorda come la permanenza nel

La stabilità dei funzionari e il sistema “di carriera” che ne caratterizza l’organizzazione nel modello che è ritenuto comune a molte delle amministrazioni occidentali<sup>402</sup> ne assicurano l’indipendenza di giudizio sottraendoli a qualsiasi forma di ricatto nella pur necessaria esecuzione delle direttive politiche, ove l’indipendenza è intesa come tutela di un’imparzialità che non vuole essere “separazione” rispetto alla politica<sup>403</sup>.

In Italia l’indipendenza è rafforzata dalla possibilità prevista in Costituzione di limitare il diritto di iscriversi ai partiti politici per talune categorie di funzionari (art. 98, co. 3°, Cost.)<sup>404</sup>, dall’esclusione di promozioni se non per anzianità per coloro che siano membri del Parlamento (art. 98, co. 2°, Cost.) e un tempo dal giuramento (art. 54, co. 2° Cost.), che intendeva suggellare l’obbligo di fedeltà nei confronti delle istituzioni (art. 54, co. 1° Cost.)<sup>405</sup>, secondo una tradizione ancora una volta comune agli ordinamenti nazionali europei e le cui origini si sono ritrovate già in epoca Carolingia, ove il giuramento fondava per tutti i cittadini un vincolo di fedeltà al sovrano che valeva

---

ruolo sia elemento caratterizzante delle burocrazie moderne: S. CASSESE, *L’ideale di una buona amministrazione*, cit., 11; A. CLAISSE – M.C. MEININGER, *Fonctions publiques en Europe*, cit., 62.

<sup>402</sup> F. DREYFUS, *L’invention de la bureaucratie*, cit., 187: «Réaffirmer que ceux que l’on recrute – en raison de leur mérite – doivent pouvoir faire une véritable carrière au service de l’État signifie que le pouvoir discrétionnaire des responsables politique soit strictement limité. En fait, en France et en Angleterre, nombre de ceux qui [...] occupent des emplois administratifs y passent la plus grande partie de leur vie et la permanence constitue une règle globalement respectée». Richiama una «vocazione dei funzionari pubblici a trascorrere la totalità della loro vita professionale nell’ambito dell’amministrazione»: F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Paris, 2005, 256.

<sup>403</sup> Cfr. da ultimo F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell’imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, cit., 57 ss.; ID., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, cit., 136 ss. Sul superamento della “neutralità” dell’amministrazione: L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 82 ss.

<sup>404</sup> Si tratta di magistrati, militari di carriera in servizio attivo, funzionari ed agenti di polizia, rappresentanti diplomatici e consolari all’estero. Cfr. per tutti G. BORRÈ, *Il 3° comma dell’art. 98*, cit., 412 ss.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 107 ss.

<sup>405</sup> Il giuramento è stato abrogato nella legislazione d’attuazione del dettato costituzionale a seguito di un ampio dibattito che ha investito in origine i soli insegnanti, per poi estendersi a quasi tutti gli impiegati pubblici: d.P.R. 19 aprile 2001, n. 253, che ne ha circoscritto la vigenza ai soli dipendenti tuttora in regime di diritto pubblico ex d.lgs. n. 165 del 2001, art. 3. Il d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, art. 11, lo prevedeva con la seguente formula: «Giuro di essere fedele alla Repubblica, di osservare lealmente la Costituzione e le leggi dello Stato, di adempiere ai doveri del mio ufficio nell’interesse dell’Amministrazione per il pubblico bene». Il rifiuto di prestazione comportava la decadenza dell’impiegato (art. 11, cit., co. 2°). Sulle vicende che portarono all’abrogazione del giuramento cfr. G. FERRARI, *Giuramento, I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989, 17 ss. Per una ricostruzione dell’evoluzione storica dell’istituto, ex multis cfr. G.B. VERBARI, *Giuramento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 131 ss. Da ultimo cfr. B.G. MATTARELLA, *Doveri di comportamento*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, 2010, 243-244; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale comune europeo*, cit., 104, ove si esclude in generale la capacità del giuramento di produrre effetti giuridici; per altri riferimenti cfr. *supra*, cap. II, nt. 37. Per la recente proposta di reintrodurre il giuramento per tutti i dipendenti pubblici a pena di licenziamento senza preavviso: d.d.l. A.C. 3209, Art. 21, presentato il 12 febbraio 2010, recante *Disposizioni in materia di semplificazione dei rapporti della Pubblica amministrazione con cittadini e imprese e delega al Governo per l’emanazione della Carta dei doveri delle amministrazioni pubbliche e per la codificazione in materia di pubblica amministrazione*.

*esclusione di una fedeltà prioritaria ad altri* (congreghe, arciconfraternite, ecc.) esorcizzando l'organizzazione di cospirazioni, non a caso dette "congiure"<sup>406</sup>.

La disciplina costituzionale configura un funzionario pubblico che «se pure è servo e presta servizio, e presta per compenso o per mercede la sua attività, è servo dell'ufficio e non dei superiori»<sup>407</sup>, o più precisamente è «al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98, co. 1°, Cost.)<sup>408</sup>

La garanzia di una condotta ispirata esclusivamente al servizio della Nazione è supportata da un sapere giuridico adattato all'amministrazione (diritto amministrativo)<sup>409</sup>, la cui padronanza è verificata dalla selezione concorsuale, che si

---

<sup>406</sup> Cfr. A. BARBERO, *Carlo Magno*, Bari-Roma, III ed., 2006, 164 ss. Mille anni più tardi in Sicilia si disciplina un giuramento di fedeltà al sovrano la cui parte finale «prevedeva la rinuncia a far parte di qualsiasi società segreta» (1817): F. BENIGNO – G. GIARRIZZO, *Storia della Sicilia*, vol. II, *Dal Seicento a oggi*, Bari-Roma, 2003, 25.

<sup>407</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, cit., 246.

<sup>408</sup> Cfr. Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453: «il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta il *metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione*», purché «nelle sue modalità organizzative e procedurali» l'ordinamento si ispiri «al rispetto rigoroso del principio di imparzialità» (su una legge che prevedeva una prevalenza di organi politici in seno alle commissioni di concorso). Sull'art. 98, co. 1° Cost. cfr. G. BERTI, *La burocrazia*, Padova, 1967, 203: «anche volendo prescindere dalle motivazioni storiche della norma, non le si può attribuire altro significato che quello di vietare ... ogni estranea interferenza e limitazione alla perfetta adesione dell'agire burocratico al potere che lo legittima». L'affermazione del "servizio esclusivo della Nazione" riprende una tradizione che si è fatta risalire alla Costituzione di Weimar, ove era affermato il servizio degli impiegati alla collettività e il carattere imparziale del loro operato (art. 130): A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991, 58; C. PINELLI, *Il 1° comma dell'art. 98, Il vincolo dei funzionari al «servizio esclusivo della Nazione»*, in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, cit., 413. Da ultimo cfr. R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto fondamentale degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in *Al servizio della Nazione*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Milano, 2009, 149; G. SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, cit. 129 ss.; L. COEN, *Art. 98*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole – R. Bin, Padova, 2008, 695 ss.; N. ASSINI – M. SOLINAS, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988, 1;

<sup>409</sup> Su modello weberiano di "legittimazione tecnica" dei pubblici dipendenti cfr. per tutti: R. CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell'amministrazione*, cit., 1016.

riverbera sull'immagine della pubblica amministrazione<sup>410</sup>, esaltando quella che si è definita "moralità" dell'organizzazione pubblica<sup>411</sup>, o addirittura "etica pubblica"<sup>412</sup>.

Sostanza ed immagine di una pubblica amministrazione che - agendo per il tramite di organi e agenti scelti in base a una verifica di *professionalità* - rafforza la propria autorevolezza, rendendo l'azione meno incomprensibile od odiosa agli amministrati<sup>413</sup>.

Una minore probabilità di opposizione all'amministrazione ha come effetto una sua maggiore efficacia (l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1) unendo imparzialità e buon andamento in un binomio costitutivo di un unico principio costituzionale (art. 97, co. 1°, Cost.)<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> Sulla tutela dell'immagine della p.a. cfr. di recente Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355, con nt. di C.E. GALLO, *Passato, presente e futuro del danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2011, 412 ss. Cfr. da ultimo: D. CASALINI, *La rilevanza dei comportamenti "fuori servizio" dei dipendenti pubblici*, in *Al servizio della Nazione*, cit., 246; F. LILLO, *Danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2008, Torino, t. I, 273 ss.; W. CORTESE, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Padova, 2004, XXX ss.; F. CORTESE, *Il risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione: profili processuali e sostanziali*, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 380 ss.; L. CIRILLO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione: sua configurazione dommatica alla luce della più recente giurisprudenza*, *ivi*, 2003, 2035 ss.; M. DIDONNA, *Il danno all'immagine ed al prestigio della pubblica amministrazione*, Bari, 2003, XXX ss.; R. URSI, *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 309 ss.

<sup>411</sup> Il rapporto tra concorso e moralità dell'amministrazione è evidenziato già da E. LABOULAYE, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, Paris, 1843, 595: «[L'État] a dans les mains avec le concours un instrument de moralité sans pareil, et avec lequel il peut exercer sur la nation la plus favorable influence». Nello stesso senso S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo, la sera del 7 maggio 1880, pubblicato in opuscolo estratto dalla *Gazzetta provinciale di Bergamo*, n. 107, 7 maggio, rist. Napoli, 2006: «La corruzione dei governi parlamentari, massime negli Stati del continente europeo, ha un'altra cagione nell'immenso patronato, di cui essi possono disporre; cioè, negli impieghi ed uffici che possono conferire ai loro partigiani. È necessità, quindi, di fare una legge sullo stato degli impiegati, che definisca assai precisamente le condizioni ed i modi con cui gli uffici pubblici sono conferiti, come ci si può avanzare e le cause per cui si perdono. Senza questa legge, gli abusi che un ministero di partito può commettere in questo campo delle sue attribuzioni, con danno non piccolo delle amministrazioni pubbliche e della pubblica moralità, sono innumerevoli e irreparabili.

<sup>412</sup> Cfr. F. MERLONI – R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit., *passim* e spec. R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, 147 ss. Per il rapporto tra norme disciplinari e tutela della moralità dell'amministrazione cfr. in Francia D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil*, cit., 8.

<sup>413</sup> Cfr. G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 191, ove si osserva in tema di contratti pubblici, ma con una riflessione che può essere pacificamente trasposta al reclutamento nei pubblici uffici: «il corretto (e morale) impiego delle risorse appare necessario all'affermarsi di un'istituzione, per creare nei cittadini la fiducia necessaria, evitando anzitutto la corruzione e l'"immoralità" delle amministrazioni pubbliche».

<sup>414</sup> Sul principio di buon andamento cfr. fra molti G. PASTORI, *La burocrazia*, cit., 86 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, XXX ss.; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 134; C. PINELLI, *Art. 97, 1° comma, parte II, Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, cit., 48; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993, XXX ss. Da ultimo: R. FERRARA, *L'interesse pubblico*

Il pubblico concorso appare funzionale al buon andamento anche nel significato di quest'ultimo che è più frequente ed attuale ove si richiede l'“economicità” dell'azione amministrativa (l. n. 241 del 1990, cit., art. 1). Il minor dispendio delle risorse necessarie all'esercizio delle funzioni è per tutti gli ordinamenti giuridici occidentali riconducibile all'attribuzione dell'esatta misura di professionalità richiesta dalla funzione e dai servizi assegnati all'organizzazione<sup>415</sup>.

Se le prime sperimentazioni di selezioni meritocratiche e imparziali intendono innanzi tutto accertare che i candidati sappiano quanto meno «scrivere una lettera e utilizzare le quattro prime regole dell'aritmetica»<sup>416</sup>, nel tempo le varie esperienze nazionali si differenziano in ragione del tipo di formazione richiesto: da quella classica e generale del *Civil Service* anglosassone, ove per lungo tempo si è valorizzata in senso preminente la cultura universitaria del c.d. *Oxbridge System*<sup>417</sup>, al c.d. *Juristenmonopol* prussiano<sup>418</sup>, ai vari tentavi di istituire speciali scuole di scienze politiche e amministrative che caratterizzano l'esperienza francese del XIX sec., infine sfociate nell'*École libre de Sciences Politiques* (1871) e quindi nell'Ena (1945)<sup>419</sup>, al prevalere della cultura giuridica nell'amministrazione italiana di inizio '900<sup>420</sup>.

---

*al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, cit., 335 ss.

<sup>415</sup> Cfr. per tutti: A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa: l'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, 179 ss.

<sup>416</sup> Cfr. F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., 175 ss., con riferimento a Stati Uniti e Regno Unito, ove si rileva come nel suo primo anno di funzionamento (1855) la *Civil Service Commission* eliminò 309 su 1078 candidati «sur la base d'une ignorance grossière par rapport aux éléments de connaissances les plus rudimentaires».

<sup>417</sup> Cfr. da ultimo: R. LOWE, *The Official History of the British Civil Service*, cit., 50 ss.; C. PILKINGTON, *The Civil Service in Britain today*, cit., 20-21: «It has always been a British characteristic to favour the gifted amateur at the expense of the talented professional and the British establishment was determined that the Civil Service should not lose its amateur status. [...] The competitive examination established to regulate entry into the service was rooted firmly in the educational standards of Oxbridge [...]. Degrees in the Classics were highly regarded: it being taken for granted that an ability to be conversant with Latin and Greek is the perfect qualification for a country's senior administrator»; J. PELLEW, *The concept of merit in the British bureaucracy*, cit., 178.

<sup>418</sup> Per l'osservazione dei contenuti dell'insegnamento impartito ai futuri funzionari in Prussia, Wuttermberg e Baviera cfr. già E. LABOULAYE, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, cit., 544 ss.; più di recente: B. WUNDER, *Allemagne (République fédérale)*, cit., 35-36;

<sup>419</sup> Cfr. fra molti F. DREYFUS, *op. cit.*, 179 ss. e *amplius infra*, cap. IV, par. 3.

<sup>420</sup> Cfr. fra molti: G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., 146-147; ID., *Gli impiegati pubblici*, in *Impiegati*, cit., 23 ss., ove si evidenzia come all'epoca dell'“impiegato giolittiano” si consolidino nell'ambito delle prove concorsuali le discipline giuridico-positive a discapito di altri saperi, specie tecnici, che a fine '800 avevano trovato ampia espressione nell'amministrazione (es. statistica, ingegneria civile, medicina). Sui “saperi dei tecnici” cfr. M. GIANNETTO, *Il lavoro nelle amministrazioni tecniche attraverso*

Alla “pura meritocrazia” intesa come selezione in funzione delle conoscenze professionali<sup>421</sup> si è nel tempo affiancato quello che taluno ha chiamato merito “sociale” ove ad essere presa in considerazione è la situazione personale del candidato (carichi familiari, condizioni di salute, reddito), secondo un modello che si è voluto adottare nel nostro ordinamento solo per i posti di minore qualificazione professionale<sup>422</sup>, ma che in altre esperienze ha conosciuto una generalizzazione assai più significativa<sup>423</sup>.

La verifica dell’idoneità del candidato all’esercizio delle mansioni proprie del posto da ricoprire<sup>424</sup> che caratterizza il pubblico concorso fa sì che esso sia stato ritenuto valido anche ove vi sia un solo candidato<sup>425</sup> o qualora non ne sia selezionato alcuno a fronte di una platea di aspiranti più o meno numerosa.

Verifica di idoneità che è elemento comune all’esame per il rilascio di abilitazioni o altri titoli di stato, da cui tuttavia il concorso si distingue da tempo per il numero contingentato degli impieghi banditi e il conseguente carattere comparativo, che è

---

*le riviste italiane. I riferimenti ai casi europei, Il lavoro pubblico in Europa*, a cura di A. Varni e G. Melis, Torino, 2001, 101 ss.

<sup>421</sup> Su eguaglianza e capacità, intesa come comprensiva della personalità di un individuo (carattere, gusti, convinzioni, preferenze, ambizioni e così via) e sue risorse personali (salute, vigore, talento): R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (2000), trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell’uguaglianza*, Milano, 2002, 313 ss. Per una recente disamina delle categorie logiche utili nel riferimento al “merito”: H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004, 432-433.

<sup>422</sup> Cfr. *infra*, par. 4.

<sup>423</sup> Si ricorda in particolare il sistema adottato in Grecia dal 1983 al 1987 per iniziativa del governo socialista, che prevedeva un sistema di classificazione informatica dei candidati secondo criteri obiettivi e totalmente trasparenti con assegnazione di coefficienti di punteggio particolarmente elevati in ragione delle situazioni personali e una ridotta considerazione di diplomi e altri titoli professionali: A. CLAISSE – M.C. MEININGER, *Fonctions publiques en Europe*, cit., 72-73; J. ZILLER, *Egalité et mérite, L’accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, cit., 58 e 174-175, ove si osserva come l’accesso ai pubblici impieghi «*semble être considéré comme une récompense pour les plus méritants des citoyens – au sens que l’on donnerait au terme dans les oeuvres de charité*»; J.L. BODIGUEL, *Le fonctions publiques dans l’Europe des douze*, cit., 106, ove si segnala come un solo concorso fu organizzato secondo tale sistema, determinando il reclutamento di «*un grand nombre de mères de familles et de personnes plus ou moins rejétées par le secteur privé*».

<sup>424</sup> Cfr. da ultimo B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 641 ss.; ID., *Il principio del merito, la tragedia della valutazione e la riforma del pubblico impiego*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bologna, 2012, 252-253 ove si rileva come, contro all’essenziale vocazione del pubblico concorso a individuare il migliore candidato per il posto da coprire, «i bandi di concorsi spesso attribuiscono rilievo a titoli del tutto inconferenti e inducono i candidati a studiare materie del tutto irrilevanti», cui consegue la compromissione del merito e la «tragedia della valutazione».

<sup>425</sup> Cfr. fra molti R. JANNOTTA, *Concorso ad un pubblico impiego*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 329: «Le procedure concorsuali sono identificabili non solo in base all’effetto finale (selezione per l’attribuzione di una specifica posizione d’impiego pubblico) ma anche in rapporto alla funzione del concorso stesso; tale compito consiste nel verificare l’idoneità del candidato all’esplicazione dei compiti connessi alla posizione da attribuire. In rapporto a questa finalità deve essere ribadita la indispensabilità del concorso anche quando uno solo sia il candidato».

elemento *essenziale* per la scelta del “migliore relativo”<sup>426</sup> e che segna la contrapposizione rispetto all’esame ove l’assenza di un numero massimo di vincitori determina una verifica incentrata su conoscenze e abilità professionali del singolo senza che ne sia richiesto il confronto con gli altri candidati, sicché gli uni non hanno interesse a porre in discussione la valutazione operata nei confronti degli altri<sup>427</sup>.

Ne risulta un modello comune nei propri tratti fondamentali alle amministrazioni nazionali d’Europa, che assicura - seppur nelle varianti proprie a ciascun ordinamento - un reclutamento in cui si compongono il principio meritocratico e quello di eguale accesso ai pubblici uffici (*parità di chances*)<sup>428</sup>.

### 3. *Uguale accesso ai pubblici uffici e libera circolazione dei lavoratori.*

È specialmente la tradizione dell’Europa continentale ad aver individuato nel concorso uno strumento di abolizione di odiosi privilegi, per l’attuazione dell’idea che «tutti i

---

<sup>426</sup> «*The best available person*»: Civil Service Commission, *Recruitment principles*, aprile 2012, 1.

<sup>427</sup> Sul carattere comparativo quale elemento essenziale del procedimento concorsuale cfr. da ultimo: Cons. St., sez. III, 7 dicembre 2011, n. 6425, ove si afferma che il procedimento di selezione di dirigenti medici ha carattere concorsuale perché «puntualmente e univocamente incentrato sulla valutazione comparativa del merito dei candidati, accertato attraverso l’esame dei titoli ed un colloquio orale, e la successiva formulazione di una graduatoria degli aspiranti all’assunzione temporanea, assolutamente vincolante»; Cons. giust. amm. Reg. Sic., 19 maggio 2011, n. 366: una procedura di stabilizzazione presenta i caratteri del concorso in ragione dell’insufficienza almeno potenziale dei posti messi a concorso rispetto ai partecipanti, da cui la necessità di valutazione comparativa. Cfr. S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002, 27: «La concorrenzialità (o concorsualità) ossia la necessaria scelta di alcuni soltanto fra i soggetti aspiranti, è l’elemento che differenzia i procedimenti in questione da altri fattispecie, pure simili, nelle quali però non vi è un numero massimo predeterminato di “beneficiari”: si pensi, ad esempio, ai procedimenti finalizzati al rilascio di titoli (esami di stato), alle abilitazioni, o ad altre forme di procedimenti di “ammissione”, in cui vi è l’elemento della selezione ma non quello del limite massimo e nei quali trovano applicazione solo alcuni dei principi validi per la categoria»; G. ROSSI, *Esame di Stato*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, XX ss.; N. SAITTA, *Esame di Stato*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, 340 ss.; da ultimo: M. CONSITO, *L’immigrazione intellettuale*, cit., cap. I.

<sup>428</sup> Cfr. fra molti: J. ZILLER, *Administrations comparées, Les systèmes politico-administratifs de l’Europe des douze*, Paris, 2003, 380 ss.; ID., *Egalité et mérite, L’accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, cit., 31 ss.; S. CASSESE, *Teoria e pratica dell’eguaglianza*, cit., 1156 ss., ove si ricorda che «il principio del merito e l’istituto del concorso che lo attua» servono a «tre scopi, il primo dei quali è quello della efficienza dell’amministrazione (perché questa possa disporre dei migliori, naturalmente in termini relativi); il secondo quello dell’imparzialità amministrativa (perché la scelta dei dipendenti pubblici non sia influenzata dalla politicità del vertice amministrativo); il terzo quello dell’eguaglianza (nel senso che vengano date a tutti eguali possibilità di accesso ai pubblici uffici)».

cittadini dell'uno o dell'altro sesso» possano «accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge»<sup>429</sup>.

Sin dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (art. 6)<sup>430</sup> il diritto di eguale accesso agli impieghi è accolto dalle costituzioni europee<sup>431</sup> inizialmente per impedire la scelta dei funzionari in ragione di una determinata appartenenza sociale o di censo<sup>432</sup>, per poi divenire nel tempo divieto di discriminazioni ingiustificate in ragione di requisiti di genere<sup>433</sup>, religione, appartenenza etnica, opinioni politiche e così via.

---

<sup>429</sup> Per l'Italia: art. 51, co. 1°, Cost.; per la Francia cfr. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, art. 6 (cfr. nota successiva); per Portogallo e Spagna, Germania e Paesi Bassi vedi *supra*, rispettivamente note 1 e 2. Sullo stretto collegamento tra art. 3 e art. 51 Cost cfr. fra molti: U. POTOTSCHNIG, *Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, in *La pubblica amministrazione, Commentario della Costituzione*, cit., 366-367.

<sup>430</sup> «La Loi est l'expression de la volonté générale. (...) Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents». Il principio di eguale accesso agli impieghi affermato dai rivoluzionari è la «consécration de l'abolition des privilèges, des ordres et des corps intermédiaires» che si ritrova nella *Constitution* de 1791, secondo cui «Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public». L'originaria enunciazione del principio risale alle dichiarazioni dei diritti della rivoluzione americana (1776) e specialmente alla Dichiarazione della Virginia, Sect. 4: «That no man, or set of men, are entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services; which, not being descendible, neither ought the offices of magistrate, legislator, or judge to be hereditary», e alla Dichiarazione della Pennsylvania, Sect. VI: «(...) the people have a right, at such periods as they may think proper, to reduce their public officers to a private station, and supply the vacancies by certain and regular elections». Cfr. da ultimo: F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics*, cit., 342 ss.

<sup>431</sup> Il principio di eguale accesso agli uffici è stato importato dalla Francia in Italia dagli scritti del Romagnosi, di Vincenzo Russo, Luigi Martini e Melchiorre Gioia: E. GUSTAPANE, *L'introduzione nell'ordinamento amministrativo italiano del principio del merito per l'accesso agli impieghi pubblici: il caso del Ministero dell'interno*, cit., 450-451; D. IARIA, *Concorso pubblico*, cit., 564.

<sup>432</sup> La lenta evoluzione del principio di eguale accesso agli impieghi da garanzia contro alle discriminazioni di censo o ceto a tutela avverso irragionevoli requisiti di genere, appartenenza politica, religiosa o etnica è ripercorsa da ultimo da F. EDEL, *op. cit.*, 341.

<sup>433</sup> Sui requisiti di genere cfr. *ex multis* Corte cost. 19 settembre 1958, n. 56; Corte cost., 13 maggio 1960, n. 33; Corte cost., 2-15 aprile 1993, n. 163; Corte cost., 11-19 maggio 1994, n. 188; per la dichiarazione di illegittimità dei requisiti di assenza prole e di vincolo coniugale per l'arruolamento nella Guardia di finanza rispettivamente: Corte cost., 12-24 luglio 2000, n. 332, Corte cost., 24 ottobre - 12 novembre 2002, n. 445 Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, cit., 369 ss. e da ultimo: L. CARLASSARE, *La parità dei sessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica e vita quotidiana*, a cura di A. Del Re, V. Longo, L. Perini, Milano, 2010, 12 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Parità di genere*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, vol. 2, 2008, 593 ss.; G. MELIS, *Introduzione*, in *L'altra metà dell'impiego. La storia delle donne nell'amministrazione*, a cura di C. Giorgi, G. Melis, A. Varni, Bologna 2005, 7 ss.; L. MONTEVECCHI, *XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX*, *ivi*, XXX ss.; P. FERRARA, *Le donne negli uffici (1863-2002) in Impiegati*, cit., 138 ss. Alcuni interessanti spunti sulla situazione delle donne nel civil service britannico si

Si è osservato come l'individuazione del concorso quale principale strumento di attuazione del diritto di accesso agli uffici in condizioni di eguaglianza sia stata il risultato di un'evoluzione che è avvenuta in tempi pressoché coincidenti negli ordinamenti continentali<sup>434</sup>, giungendosi talora, come si è visto, a dichiarare nelle stesse Costituzioni il carattere di ordinaria modalità di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni<sup>435</sup>.

Nell'ordinamento dell'Unione europea il divieto di discriminazioni irragionevoli (art. 2 TUE) ha conosciuto una specifica evoluzione: originariamente formulato a meri fini di integrazione economica, è stato progressivamente elevato a rango di diritto fondamentale e considerato «espressione specifica» del principio di eguaglianza, cui è stato riconosciuto il carattere di «principio fondamentale del diritto comunitario»<sup>436</sup>.

Il divieto di discriminazioni vi trova espressa formulazione, come si è visto, con riferimento alla non discriminazione *in ragione della nazionalità* (art. 18 TFUE)<sup>437</sup>, che nei confronti dei *lavoratori europei* determina il divieto di trattamenti discriminatori «per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro» (art. 45, § 2, TFUE), tra i quali si ritrovano i pubblici impiegati.

---

trovano in V. CROMWELL, *Tendenze nella ricerca sulla storia amministrativa britannica a partire dal 1840*, cit., 43 ss.

<sup>434</sup> La stretta correlazione tra eguale accesso ai pubblici uffici e concorso pubblico si afferma nel XIX sec.: F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics*, cit., 342 ss. Da ultimo per l'affermazione del "concorso" come particolare (ma non esclusiva) modalità di attuazione dell'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: Cons. Const., 30 août 1984, n° 84-178 DC. Cfr. da ultimo J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici*, cit., 2011, 183 ss.; D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, 2007, 367.

<sup>435</sup> Rileva come nel secondo dopoguerra a causa dell'alto tasso di disoccupazione il concorso pubblico «ben presto fu considerato prevalentemente un mezzo di garanzia per gli aspiranti agli impieghi pubblici», a totale detrimento della componente meritocratica: E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, cit., 35 ss.

<sup>436</sup> Cfr. *ex multis* C. Giust. Cee, 8 ottobre 1980, C-810/79, *Überschär contro Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, § 16; da ultimo: C. giust. UE, 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevič-Vardynn e a. c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e a.*, § 43; C. giust. UE, 16 settembre 2010, C-149/10, *Chatzi c. Ypourgos Oikonomikon*, § 63-64. L'evoluzione è ricostruita in particolare da G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, cit., 2 ss.; per altri riferimenti più recenti cfr. *supra*, cap. I, nt. 91 e 93.

<sup>437</sup> O più ampiamente come divieto di discriminazione in ragione del fatto di aver esercitato la libertà di circolazione, che può essere invocato dal "migrante" anche nei confronti dello Stato di origine, cfr. *ex multis*: C. giust. Ce, 23 settembre 2003, C-109/01, *Secretary of State for the Home Department c. Akrich*; C. giust. Ce, 7 luglio 1992, C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Singh*. Cfr. E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, cit., 22-23. Per altri riferimenti cfr. *supra*, cap. I, par. 2-3.

Le discriminazioni vietate assumono la nazionalità come criterio fondante direttamente o indirettamente, poiché è vietato qualsiasi trattamento preferenziale che sia privo di obiettiva giustificazione<sup>438</sup> e surrettiziamente intenda favorire i propri cittadini. Nell'accesso all'impiego hanno assunto particolare rilevanza i requisiti di residenza<sup>439</sup>, la richiesta di conoscenze linguistiche sproporzionate<sup>440</sup> o di titoli di studio rilasciati esclusivamente da uno Stato membro<sup>441</sup>, o ancora la mancata considerazione di esperienze professionali maturate nel paese di origine<sup>442</sup>.

Il pubblico concorso previsto dagli ordinamenti nazionali come tradizionale modello di reclutamento dei pubblici impiegati offre una tutela al divieto di discriminazioni irragionevoli enunciato dall'ordinamento dell'Unione europea.

Negli ordinamenti nazionali il concorso si è affermato come strumento di attuazione del principio di eguaglianza perché - come si è visto - impone una selezione effettuata esclusivamente in ragione di requisiti di professionalità, che escludono la rilevanza di elementi non specificamente correlati al posto bandito e alle mansioni ad esso associate<sup>443</sup>.

Al diritto dei lavoratori europei di circolare liberamente nell'Unione rispondendo alle offerte di lavoro capaci di soddisfare le loro aspirazioni professionali, corrisponde l'obbligo delle pubbliche amministrazioni nazionali di rivolgere ai candidati trattamenti non discriminatori in ragione della nazionalità, obbligo che può essere adempiuto mediante l'adozione di procedure di selezione imparziali ed esclusivamente

---

<sup>438</sup> Sulle disparità di trattamento giustificate nel diritto di lavoro ("*bona fide occupational qualifications*") cfr. da ultimo: D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., 62 ss., 394 ss.; E.M. MASTINU, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Milano, 2010, 12 ss. *Amplius infra*, cap. IV, par. 1.

<sup>439</sup> In generale sul requisito di residenza e la libera circolazione dei lavoratori: C. giust. Ce, 26 ottobre 2006, C-192/05, *Tas-Hagen e Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*; C. giust. Ce, 22 maggio 2008, C-499/06, *Nerkowska c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*; C. giust. Ce, 10 settembre 2009, C-269/07, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*. Da ultimo per l'osservazione di un «principio di tendenziale irrilevanza della residenza» nell'ordinamento dell'Unione: F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali*, cit., 181 ss.

<sup>440</sup> C. giust. Ce, 4 luglio 2000, C-424/97, *Salomone Haim e Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*; Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2006, n. 4932. Sul tema v. *amplius*, cap. IV, par. 1.

<sup>441</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 2.

<sup>442</sup> C. giust. Ce, 12 maggio 2005, C-278/03, *Commissione c. Repubblica Italiana*.

<sup>443</sup> Fra molti cfr. da ultimo: B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito, la tragedia della valutazione e la riforma del pubblico impiego*, cit., 252-253.

meritocratiche, quali sono i pubblici concorsi secondo il modello configurato dalla tradizione giuridica europea.

L'adempimento dell'obbligo di non discriminazione impone di elaborare bandi di concorso che non contengano definizioni in contrasto con l'ordinamento dell'Unione, quali possono essere – come si è visto - requisiti di nazionalità (discriminazione diretta) ma anche e soprattutto di residenza (*ex ante*)<sup>444</sup> o qualsiasi elemento che possa celare una preferenza nazionale, come conoscenze linguistiche prive di correlazione con le mansioni da espletare, o la mancata considerazione di titoli di studio o esperienze professionali maturate in un altro Stato membro<sup>445</sup>.

Trattasi di requisiti che in quanto privi di effettiva e specifica correlazione con l'impiego cui si intende provvedere sono allo stesso tempo in contrasto con il diritto di eguale accesso ai pubblici uffici configurato dagli ordinamenti nazionali, perché contraddicono l'essenziale carattere meritocratico del modello concorsuale.

I requisiti di accesso debbono perciò essere *ragionevoli e proporzionati* alle mansioni che saranno esercitate dai candidati prescelti<sup>446</sup>, determinando l'illegittimità di qualsiasi riserva di posti non sorretta da imperative esigenze di interesse pubblico, anche ove si

---

<sup>444</sup> Il principio di libera circolazione dei lavoratori europei può risultare in contrasto con la previsione di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 5 *ter*: «Il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato». Dichiarò l'illegittimità del requisito di residenza per la partecipazione a concorsi sanitari, poiché in contrasto con il principio di unità nazionale (art. 5 Cost.) e con gli artt. 3, 51, 120 Cost. già: Corte cost., 25 maggio 1963, n. 86; Corte cost., 11 dicembre 1969, n. 158. Cfr. A. MARI, *Residenza e titoli di preferenza nei concorsi degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 808 ss. Dal "requisito" di residenza si distingue l'obbligo del pubblico impiegato di risiedere «nel luogo ove ha sede l'ufficio cui è destinato», salva autorizzazione del capo dell'ufficio a risiedere altrove «per rilevanti ragioni» e «quando ciò sia conciliabile col pieno e regolare adempimento d'ogni altro suo dovere» (d.P.R. n. 3 del 1957, cit., art. 12), obbligo stabilito «per evitare che gli interessi personali, familiari e sociali, non trasferiti nel comune di servizio, possano distogliere il dipendente dal corretto ed efficiente servizio»: Tar Sicilia, sez. Catania, 10 aprile 1996, n. 545, in *Ragiusan*, 1997, fasc. 153, 423; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4172; Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2001, n. 2579; Cons. St., sez. VI, 29 aprile 1991, n. 249, in *Cons. Stato*, 1991, I, 787. Da ultimo ritiene che tale obbligo non sia più applicabile al personale contrattualizzato: Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2011, n. 3879, che rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità sulla previsione, poi dichiarata manifestamente infondata da Corte cost. 27 giugno 2012, n. 169. L'obbligo di residenza è stabilito per i funzionari delle istituzioni europee dallo Statuto, art. 20.

<sup>445</sup> Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, art. 38, co. 3: «Nei casi in cui non sia intervenuta una disciplina di livello comunitario, all'equiparazione dei titoli di studio e professionali si provvede con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta dei Ministri competenti. Con eguale procedura si stabilisce l'equivalenza tra i titoli accademici e di servizio rilevanti ai fini dell'ammissione al concorso e della nomina». Cfr. *amplius*, cap. IV, par. 2.

<sup>446</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 1.

tratti di riserve di nazionalità stabilite al di fuori del ristretto perimetro dei “pubblici poteri”<sup>447</sup>.

L’esclusione di riserve corrisponde al necessario carattere *pubblico* delle selezioni concorsuali che è coesistente al modello del concorso definito dagli ordinamenti nazionali<sup>448</sup>, carattere pubblico che offre una garanzia di effettività al divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, poiché impone che la selezione sia aperta a tutti coloro che, in possesso dei requisiti prescritti, vogliono parteciparvi e che gli stessi requisiti di ammissione non siano usati pretestuosamente al fine di favorire gruppi determinati<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 3-4-5.

<sup>448</sup> Per l’Italia è esplicito l’art. 51 Cost.: «tutti i cittadini». Nella disciplina di attuazione il carattere “pubblico” del concorso è affermato dal d.P.R. n. 3 del 1957, cit., art. 3: «L’assunzione agli impieghi civili dello Stato è effettuata mediante pubblico concorso per esami alle qualifiche iniziali, salvo quanto diversamente disposto dal presente decreto» e successivamente dal d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35 e art. 52. Cfr. fra molti: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 618; C. PINELLI, *Il 3° comma dell’art. 97, L’accesso ai pubblici impieghi*, cit., 323 e 334 ss. Il principio di pubblicità si ritrova nelle “*open competitions*” del Regno Unito (cfr. *supra*, nt. 11); e nel «*carácter abierto de los procesos selectivos*» per il reclutamento dei funzionari spagnoli, espressamente finalizzato a garantire «*la libre concurrencia*»: Ley 7/2007, de 12 de abril, *del Estatuto Básico del Empleado Público*, art. 61, co. 1°; cfr. M. SÁNCHEZ MÓRON, *Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios*, cit., 413 ss.; J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, cit., 154 ss. Il principio non pare altrettanto presente nell’esperienza francese, ove il concorso interno è normale modalità di promozione dei dipendenti: cfr. ad es. loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l’État*, art. 58. I concorsi interni sono tuttavia aperti ai funzionari delle amministrazioni di altri paesi membri (loi n° 2009-972 du 3 août 2009, *relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique*, art. 26): cfr. *infra*, cap. V, par. 3, nt. 118.

<sup>449</sup> In Italia il requisito di pubblicità del concorso è stato riaffermato con forza nella più recente giurisprudenza costituzionale, in reazione ad una legislazione, specie regionale, talora disinvolta nel configurare procedure selettive riservate al personale di ruolo o precario: Corte cost., 12 aprile 2012, n. 90; Corte cost., 5 marzo 2012, n. 51; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 30; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 123; Corte cost., 1° aprile 2011, n. 108; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 67; Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52; Corte cost., 7 febbraio 2011, n. 42; Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 7; Corte cost., 1° dicembre 2010, n. 354; Corte cost., 20 ottobre 2010, n. 303; Corte cost., 7 luglio 2010, n. 235; Corte cost., 21 giugno 2010, n. 225; Corte cost., 17 giugno 2010, n. 213; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 149; Corte cost., 14 luglio 2009, n. 215; Corte cost., 4 novembre 2009, n. 293. Sul ruolo delle organizzazioni sindacali nella configurazione di procedure riservate al personale in servizio, invocando una migliore valorizzazione del ruolo datoriale dei dirigenti pubblici nei percorsi di promozione professionale: E. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2007, 86 ss. L’accresciuto potere delle organizzazioni sindacali a seguito della contrattualizzazione (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e oggi d.lgs. n. 165 del 2001, cit.), a fronte di un datore di lavoro pubblico apparentemente inidoneo a svolgere la funzione di controparte, ha suggerito l’individuazione di un «nuovo regolatore unilaterale» capace di sostituirsi al gioco di scambio politico-elettorale che aveva in passato determinato il profluvio di una micro-legislazione di favore per le singole categorie di dipendenti pubblici: S. BATTINI, *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni: da una regolamentazione unilaterale all’altra*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 633 ss.

La stessa pubblicità, è stata talora intesa come normale modo di realizzazione del «principio di generale *integrazione*» nella pubblica amministrazione<sup>450</sup>, integrazione che verso i cittadini europei si correla all'obiettivo di creare «un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa» (art. 1, § 2, TUE).

Ne risulta una garanzia di effettività della libera circolazione dei cittadini europei nei confronti delle pubbliche amministrazioni nazionali che non trova corrispondenti nei sistemi di reclutamento utilizzati dai datori di lavoro privati in regime di autonomia negoziale<sup>451</sup>, per i quali si è rilevato che è proprio nella fase dell'accesso all'impiego che si verificano più facilmente illeciti trattamenti discriminatori<sup>452</sup>, ove la maggiore protezione offerta al lavoratore dalle selezioni pubbliche trova ulteriore conferma in ragione della procedimentalizzazione del concorso, della trasparenza della procedura<sup>453</sup> e dello scrutinio di legittimità del giudice amministrativo (d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 63, co. 4°).

Se a livello nazionale il principio del pubblico concorso assicura l'attuazione del diritto dei cittadini al lavoro quale strumento di realizzazione della personalità e consente

---

<sup>450</sup> Cfr. C. PINELLI, *op. ult. cit.*, 339 s.: il «principio di integrazione» si fonda altresì sulla norma che garantisce l'apertura della scuola a «tutti», riconoscendo il diritto di «raggiungere i gradi più alti degli studi» ai «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi» (art. 34, co. 1° e 3°, Cost.); C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, cit., 252: «Democrazia vuole inoltre, secondo la nostra Costituzione, che ogni cittadino possa accedere in condizioni di parità ai pubblici uffici. E veramente, solo ove viga questa regola, la burocrazia non costituirà un corpo privilegiato di fronte al popolo, ma, formata entro il popolo nella sua totalità, assumerà essa stessa carattere popolare».

<sup>451</sup> Cfr. fra molti: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 613: i sistemi di garanzia del principio meritocratico per l'accesso al pubblico impiego segnano una differenza insuperabile rispetto alle assunzioni nell'impiego privato, che sono al contrario «naturali manifestazioni di autonomia individuale» e derivano da una «libera scelta» di datore di lavoro e lavoratore; nello stesso senso più di recente: R. HOLCMAN, *Secteur public, secteur privé: similarités et différences dans la gestion des ressources humaines*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2007, 410-411. Da ultimo evidenzia il valore precettivo dei principi di correttezza e buona fede nelle trattative volte alla costituzione di rapporti di lavoro sottolineando tuttavia come la rilevanza giuridica possa esserne considerata «indiscussa» solo in presenza di una preordinazione normativa dei principi stessi (es. concorsi privati, avviamento al lavoro): G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 68 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, 142 ss.

<sup>452</sup> L'accesso al lavoro è la fase in cui più alto è il rischio di discriminazione a detrimento delle lavoratrici secondo D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., 61. Rileva l'ineffettività della disciplina antidiscriminatoria per l'accesso ai posti di impiego delle imprese e propone l'adozione di sistemi selettivi ispirati al modello concorsuale: V. LUCIANI, *Selezioni del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, 2002, 131 ss.

<sup>453</sup> Cfr. da ultimo C. giust. UE, 19 aprile 2012, C.415/10, *Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*: un candidato ad un posto di lavoro in un'impresa privata non ha il diritto di accedere al dossier di chi gli sia stato preferito per verificarne la superiore qualificazione; al più il diniego dell'impresa di fornire qualsiasi accesso alle informazioni può costituire «uno degli elementi da prendere in considerazione nell'ambito dell'accertamento dei fatti che consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta».

l'adempimento del dovere di concorrere al progresso materiale e spirituale della società esercitando un'attività corrispondente alle proprie personali aspirazioni (art. 4 Cost.)<sup>454</sup>, nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione europea esso tutela il "diritto di lavorare" garantito ad ogni "persona" dalla Carta europea dei diritti fondamentali (art. 15, § 1)<sup>455</sup> e il diritto di circolazione dei lavoratori dell'Unione ad esso strettamente connesso (art. 45 TFUE, ma anche art. 15, § 2, Carta eur. dir. fond.).

Ne risulta una correlazione tra pubblico concorso e diritto di circolazione che allo stato attuale di evoluzione dell'ordinamento dell'Unione europea non è forse "a rime obbligate"<sup>456</sup>, ma che – in assenza di più efficaci garanzie di un trattamento meritocratico ed egualitario dei lavoratori europei – pare offrire la migliore attuazione

---

<sup>454</sup> Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, nt. a C. cost. 16 maggio 2002, n. 194, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 1994; N. ASSINI – M. SOLINAS, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 2; C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, cit., 339. Sul diritto al lavoro (art. 4 Cost.) cfr. fra molti: C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, 157 ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, Milano, 1956, XXX ss.; ID., *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 339 ss.; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro: lineamenti di una teoria generale*, Milano, 1958, XXX ss.; F. MANCINI, *Principi fondamentali, art. 4*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, 1975, 199 ss. Da ultimo: R. NANIA, *Riflessioni sulla "costituzione economica" in Italia: il "lavoro" come "fondamento", come "diritto", come "dovere"*, in *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, a cura di R. Nania, Torino, 2012, 327 ss.; A. ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT – 60/2008; C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, 425 ss.; A. MARTINI, *Il lavoro tra diritto e libertà individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 173 ss.; S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT - 46/2006; A. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005, 55 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., Milano, 2000, 5 ss.; C. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000, XXX ss.; M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, suppl. al n. 3, 15 ss.; U. ROMAGNOLI, *Dal Lavoro ai lavori*, in *Lav. e dir.*, 1997, 3 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro, I) Disciplina costituzionale*, in *Enc. giur.*, 1990, vol. XVIII, 1 ss. li,

<sup>455</sup> «1. Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. 2. Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro 3. I cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione». Cfr. G. DEMURO, *Art. 15, Libertà professionale e diritto di lavorare*, in *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, 125 ss.

<sup>456</sup> Secondo la nota espressione di V. CRISAFULLI, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, a cura di N. Occhicupo, Bologna, 1978, 84.

degli obblighi imposti dall'appartenenza all'Unione europea nei confronti dei cittadini degli Stati membri<sup>457</sup>.

#### *4. Il pubblico concorso come principio inderogabile.*

La preminenza del pubblico concorso quale garanzia di una selezione meritocratica e imparziale trova conferma nella legislazione nazionale di attuazione che lo configura come principio inderogabile dell'ordinamento.

Nell'ordinamento italiano il principio costituzionale del pubblico concorso trova attuazione nelle norme sul "reclutamento del personale" che impongono alle amministrazioni pubbliche di assumere «tramite procedure selettive ... volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno»<sup>458</sup>, secondo modalità di svolgimento che assicurino imparzialità, «economicità e celerità di espletamento» (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 1°, lett. a e co. 3°).

L'imparzialità delle procedure impone l'adozione di «meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire». Ad essi si sono giustapposti più di recente la tutela delle pari opportunità, il decentramento delle procedure e le cautele sulla composizione delle commissioni, di cui possono far parte esclusivamente «esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei», che non siano organi politici dell'amministrazione medesima o comunque membri di partiti, organizzazioni sindacali o associazioni professionali (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 3°)<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> Cfr. Council of Europe, Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to member states *on the status of public officials in Europe*, 24 February 2000, Appendix, § 4 e 9, «*Recruitment of public officials should be defined by equality of access to public posts and selection based on merit, fair and open competition and absence of discrimination*», essendo vietate le discriminazioni ingiustificate «*on the basis of, inter alia, age, disability, gender, marital status, sexual orientation, race, colour, ethnic or national origin, community background, political or philosophical opinion and religious beliefs, especially concerning the access to public posts and promotion*».

<sup>458</sup> Poi riaffermato come ««adeguata pubblicità» delle selezioni: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 3°, lett. a.

<sup>459</sup> Sulla composizione delle commissioni di concorso: 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*

Il principio costituzionale trova nella disciplina legislativa ordinaria la propria parziale attuazione<sup>460</sup> per il resto rimessa all'autonomia delle singole amministrazioni in materia di organizzazione<sup>461</sup>.

Del modello concorsuale si evidenziano in genere le singole fasi rappresentate da pubblicazione del bando, presentazione della domanda, nomina della commissione giudicatrice, ammissione dei candidati, valutazione dei titoli, svolgimento delle prove e correzione delle stesse, elaborazione della graduatoria finale<sup>462</sup>. La combinazione delle fasi cambia a seconda della tipologia concorsuale prescelta: per titoli, per titoli ed esami, per esami, cui si aggiunge il corso-concorso specialmente per l'accesso alle categorie

---

*concorso*, in *Reg.*, 1994, 891 ss.; Corte cost., n. 453 del 1990, cit., con nt. di A. CARIOLA, *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici davanti alla corte costituzionale: un'applicazione zoppa del principio di imparzialità?*, in *Foro it.*, 1991, I, 296 ss.; da ultimo: 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 l'interesse o la capacità di esercitare indebiti condizionamenti sulle decisioni dell'amministrazione precedente; 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: la commissione può essere presieduta dal direttore generale dell'ente, poiché non si tratta di un organo politico. Cfr. da ultimo: R. CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell'amministrazione*, cit., 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. Per una comparazione con altri ordinamenti nazionali cfr. infra, cap. IV, par. 4, spec. nt. XX.

<sup>460</sup> Cfr. da ultimo: D. IARIA, *Concorso pubblico*, cit., XXX; L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, Milano, 2000, 1036-1037.

<sup>461</sup> Cfr. art. 117, co. 6°, Cost., per il riconoscimento dell'autonomia regolamentare locale su organizzazione e disciplina di svolgimento delle funzioni. Agli enti locali che non abbiano disciplinato l'accesso agli impieghi con propri regolamenti si applica il regolamento sui concorsi delle amministrazioni statali (d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, *Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi*): d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 89, co. 4. Sull'autonomia regolamentare locale cfr. da ultimo: M.C. ROMANO, *I regolamenti locali nel prisma della specialità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, cit., 761 ss.; E. GIARDINO, *Regolamenti comunali*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2008, t. II, Torino, 2008, 741 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Principio di legalità e potestà normativa esclusiva degli enti locali*, in *Annuario Aipda 2004*, Milano, 2005, 160 ss.; E. PALICI di Suni, *Art. 7, Sez. I*, in *Commentario al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, cit., 38 ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, 438 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del titolo quinto, parte seconda della costituzione - Il caso dei controlli*, in *REG.*, 2002, 445; M. ALÌ, *Regolamenti degli enti territoriali*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 948. Per uno studio recente sull'attuazione dell'art. 117, co. 6°, nelle singole regioni: B. CARAVITA (a cura di), *La potestà regolamentare di Comuni e Province. L'attuazione dell'art. 117, comma 6, della Costituzione*, Napoli, 2011, 1 ss. Si consenta infine il rinvio a B. GAGLIARDI, *La polizia locale dei comuni*, Napoli, 2006, 72 ss.

<sup>462</sup> Per la descrizione del procedimento, fra molti: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 641 ss.; N. ASSINI – M. SOLINAS, *Concorso a pubblico impiego*, cit., 3 ss.; R. JANNOTTA, *Concorso ad un pubblico impiego*, cit., 333 ss.; P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1991, 150 ss.; ID., *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002, 51 ss.; G. VOLPE (a cura di), *Il pubblico impiego. Principi generali*, Torino, 1991, 154 ss.

superiori e dirigenziali<sup>463</sup>, secondo un ventaglio di alternative che si ritrova con poche differenze in altri ordinamenti europei<sup>464</sup>.

Il principio del concorso pubblico si pone come strumento di tutela del diritto di libera circolazione dei lavoratori europei non soltanto ove la pubblica amministrazione intenda procedere all'assunzione di nuovo personale, ma anche nel dispiegarsi dei rapporti già costituiti, assicurando che le relative procedure garantiscano in ogni caso la pubblicità, nel senso di apertura all'esterno con esclusione di riserve discriminatorie a beneficio di gruppi particolari.

Nell'ordinamento italiano le garanzie che caratterizzano il principio costituzionale si ritrovano nella disciplina di progressioni in carriera (di tipo verticale)<sup>465</sup>, esercizio di

---

<sup>463</sup> Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., artt. 28-29, ove sono previsti rispettivamente il «corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione» per l'accesso alla qualifica di dirigente nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici e il «corso concorso selettivo di formazione, indetto con decreto del Ministro della pubblica istruzione, svolto in sede regionale con cadenza periodica, comprensivo di moduli di formazione comune e di moduli di formazione specifica per la scuola elementare e media, per la scuola secondaria superiore e per gli istituti educativi» per i dirigenti scolastici. Sui requisiti di ammissione al corso concorso per il reclutamento dei dirigenti scolastici cfr. da ultimo: Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 26; Cons. St., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7301; Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3491; Cons. St., sez. II, 4 luglio 2007, n. 2510/07; Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 209. Cfr. M. GIGANTE, *I concorsi per il reclutamento dei dirigenti scolastici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 568. Sulla Scuola superiore della pubblica amministrazione cfr. da ultimo: A. MARI, *La scuola superiore della pubblica amministrazione e il sistema unitario di formazione dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 487 ss.; C. MEOLI, *Il riordino della scuola superiore della pubblica amministrazione*, *ivi*, 2004, 585; S. SEPE, *La scuola superiore della pubblica amministrazione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, vol. I, Milano, 2000, 925; C. D'ORTA, *Riforma della scuola superiore della pubblica amministrazione e nuove politiche di formazione della burocrazia*, in *Rass. parl.*, 1999, 873.

<sup>464</sup> Nell'ordinamento francese i «*concours*» possono essere «*sur épreuves*», «*sur titres*» o «*sur titres et épreuves*»: cfr. loi n° 84-16, cit., art. 19; loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, art. 36; loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, art. 29, al. 2. Nell'ordinamento spagnolo il reclutamento dei funzionari pubblici avviene mediante «*los sistemas de oposición, concurso-oposición o concurso libres*», ove «*la oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación; el concurso, en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos, y el concurso-oposición, en la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores*»: Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, art. 4; cfr. *supra* riferimenti citati in nt. 21.

<sup>465</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 52, co. 1° bis, introd. dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, art. 62 (c.d. riforma Brunetta).

mansioni superiori<sup>466</sup>, costituzione di fatto del rapporto di impiego subordinato<sup>467</sup> e rinnovo illegittimo dei rapporti di lavoro a termine<sup>468</sup>.

La mancanza di “apertura al pubblico” delle procedure di progressione in carriera ne determina l’invalidità<sup>469</sup>, sicché sono stati oggetto di censura i concorsi interni o integralmente riservati al personale<sup>470</sup>, poiché si è ritenuto che le progressioni siano ipotesi di “reclutamento” in un posto di categoria superiore nella pianta organica dell’ente. L’affermazione assume rigore ove si ritenga che la progressione realizzi il cambiamento di titolo e di oggetto del rapporto, secondo una vicenda che configura una novazione oggettiva dell’obbligazione (art. 1230 c.c.)<sup>471</sup>.

L’assimilazione all’accesso per la prima volta ad un ufficio pubblico dà piena applicazione ai principi costituzionali<sup>472</sup> aprendo le procedure di progressione in carriera

---

<sup>466</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 52.

<sup>467</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 36, co. 5° e art. 2126 c.c.

<sup>468</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 36, co. 5°

<sup>469</sup> Sull’invalidità delle progressioni in carriera in violazione del principio del concorso pubblico cfr. da ultimo: Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 1333; Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7271; C. Stato, sez. IV, 24 agosto 2009, n. 5032; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2008, n. 1218.

<sup>470</sup> Cfr. *supra*, par. 1.

<sup>471</sup> La disciplina della novazione oggettiva impone che «la volontà di estinguere l’obbligazione precedente» risulti «in modo non equivoco» per entrambe le parti (art. 1230, co. 2°, c.c.): nelle procedure di progressione in carriera la volontà del lavoratore può desumersi dall’istanza volta a partecipare alla procedura stessa. L’estinzione del rapporto originario determinato dalla novazione oggettiva non estingue in ogni caso i diritti all’anzianità retributiva e contributiva già maturati dal lavoratore. La qualificazione delle procedure di progressione verticale come “novazioni del rapporto di lavoro” è argomento utile a fondare la giurisdizione del giudice amministrativo, cfr. fra molte: Cass., sez. un., 12 ottobre 2009, n. 21558 e n. 21560; Cass., sez. un., 9 febbraio 2009, n. 3051; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28058; Cass., sez. un., 12 novembre 2007, n. 23439; Cass., sez. un., 12 luglio 2007, n. 1558; Cass., sez. un., 7 luglio 2007, n. 2693; Cass., sez. un., 10 gennaio 2007, n. 220; Cass., sez. un., 8 maggio 2006, n. 10419; Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3948; Cass., sez. un., sez. un., 10 dicembre 2003, n. 18886; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2009, n. 7046. Cfr. da ultimo: M. NAVILLI, *Giurisdizione e procedure concorsuali per interni: tra progressione professionale e novazione oggettiva dei rapporti*, in *Lav. p.a.*, 2009, 848 ss.; A. VACCA, *Il concetto di procedura concorsuale e la competenza giurisdizionale nel pubblico impiego «privatizzato*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 3464 ss.; V. FERRANTE, *Il riparto di giurisdizione in tema di concorso e progressione di carriera nei più recenti orientamenti della giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2007, fasc. 30, 233 ss.; A.E. APICELLA, *Concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni, posizioni soggettive del dipendente pubblico e riparto della giurisdizione*, in *Dir. proc. ammin.*, 2005, 1157 ss.; G. MORO, *La giurisdizione sui concorsi interni dei dipendenti pubblici*, in *Lav. p.a.*, 2005, 679 ss.; C.E. GALLO, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa a proposito di procedimenti concorsuali: al giudice ordinario lo scorrimento della graduatoria, al giudice amministrativo i concorsi interni*, in *Foro amm.-CdS*, 2003, 3282 ss.

<sup>472</sup> Sul principio di pubblicità del concorso: Corte cost. 26 maggio 2006, n. 205; Corte cost. 3 marzo 2006, n. 81; Corte cost., 28 dicembre 2005, n. 465; Corte cost., 6 luglio 2004, n. 205; Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 34; Corte cost. 29 maggio 2002, n. 218; per altri precedenti cfr. *supra* nt. 84. Cfr. fra molti: R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Foro amministrativo – CdS*, 2002, 1994.

anche ai candidati esterni all'amministrazione, secondo modalità che non escludono temperamenti<sup>473</sup>.

È di interesse rilevare come in alcuni ordinamenti nazionali l'apertura all'esterno delle procedure di progressione in carriera sia stata specificamente individuata come strumento di attuazione del principio di libera circolazione dei lavoratori<sup>474</sup>.

Norme antielusive del principio del pubblico concorso debbono ritenersi altresì quelle sul riconoscimento dell'esercizio di mansioni superiori<sup>475</sup>, sulla costituzione di fatto del rapporto o sui rapporti a tempo determinato.

Anche l'accesso a una qualifica superiore per riconoscimento dell'esercizio delle mansioni ad essa proprie è considerato costitutivo di una novazione del rapporto e perciò richiede il superamento di una procedura concorsuale aperta all'esterno, fermo restando il diritto alle differenze di retribuzione e contributi per il lavoro prestato<sup>476</sup>.

---

<sup>473</sup> Nell'ordinamento italiano la riserva di posti a candidati interni è ammessa in misura comunque inferiore al 50% dei posti: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 52, comma 1 *ter*, introd. da d.lgs. n. 150, del 2009, cit., art. 62. Cfr. da ultimo A. CORPACI, *Assunzioni e progressioni in carriera del personale delle pubbliche amministrazioni alla luce delle innovazioni apportate dal d.lgs. n. 150 del 2009*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., 287 ss.; B. CIMINO, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 31; M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2010, 203; V. LUCIANI, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di V. Zoppoli, 2009, Napoli, 323 ss. Ai lavoratori socialmente utili possono essere riservati posti entro il limite del 30% di quelli messi a concorso: d.lgs. 1° dicembre 1997, n. 468, *Revisione della disciplina sui lavori socialmente utili*, art. 12, co. 4°, cfr. Corte cost., 20 aprile 2012, n. 99.

<sup>474</sup> In Francia la loi n° 2009-972, cit. art. 26, ha recentemente imposto l'apertura dei concorsi interni ai cittadini europei che abbiano maturato esperienze professionali nelle amministrazioni dei paesi di provenienza. Per ulteriori riferimenti cfr. *infra*, cap. V, par. 3, nt. 118.

<sup>475</sup> In Italia ai dipendenti pubblici non si applica la disciplina di diritto comune ai sensi della quale il lavoratore adibito a mansioni superiori è stabilizzato nel posto corrispondente dopo il periodo fissato dai contratti collettivi, comunque non superiore a tre mesi, purché l'assegnazione non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto (art. 2103 c.c.).

<sup>476</sup> La retribuibilità delle mansioni superiori esercitate in modo prevalente sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale è stata affermata con i d.lgs. 3 marzo 1998 n. 80 e d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387, art. 15; in precedenza l'esercizio di mansioni superiori non dava adito ad alcun diritto per il pubblico impiegato: si riteneva che la differenza di trattamento economico rispetto al dipendente privato non determinasse una violazione del diritto del lavoratore ad una retribuzione «proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» (art. 36 Cost.), prevalendo il profilo di garanzia del buon andamento dell'amministrazione (art. 97, co. 1° Cost.). La giurisprudenza amministrativa prevalente nega la retroattività della norma che riconosce il trattamento economico: Cons. St., sez. V, 8 giugno 2011, n. 3456, secondo cui la rilevanza dell'art. 36 Cost. è «impedita dagli artt. 97 e 98 Cost.»; contraria Cass. civ., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 12193. Cfr. Corte cost., 27 maggio 1992, n. 236: «Il principio dell'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni mediante pubblico concorso non è incompatibile col diritto dell'impiegato, assegnato a mansioni superiori alla sua qualifica, di percepire il trattamento economico della qualifica corrispondente, giusta il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 della Costituzione. Esso è inconciliabile soltanto

Egual tutela economica è data per la prestazione di fatto dell'impiego pubblico<sup>477</sup>, nonostante si rilevi la sussistenza di tutti gli elementi tipici<sup>478</sup>. Contrariamente a quanto avviene per il lavoratore privato, l'ordinamento non ammette l'accertamento della costituzione in fatto di un pubblico impiego poiché il rapporto è nullo perché costituito in violazione di norma imperativa sul principio concorsuale<sup>479</sup>.

È sempre il principio del pubblico concorso a imporre una speciale disciplina per i rapporti di pubblico impiego a tempo determinato, ove in caso di violazione da parte della pubblica amministrazione delle norme sul rinnovo del contratto l'ordinamento italiano<sup>480</sup> esclude la sanzione prevista in attuazione del diritto dell'Unione europea per

---

con la regola di automatica acquisizione della qualifica superiore quando l'assegnazione si prolunghi oltre un certo periodo di tempo. L'accertamento della capacità professionale mediante la procedura concorsuale o in altro modo stabilito dalla legge è un presupposto costitutivo dell'inquadramento formale nella corrispondente qualifica funzionale, non un indice necessario della qualità del lavoro prestato ai fini dell'art. 36 della Costituzione»; ciò non significa tuttavia che «l'art. 36 debba trovare incondizionata applicazione ogni volta che il pubblico impiegato venga adibito a mansioni superiori» poiché la valutazione del rapporto di pubblico impiego non si può ridurre «alla pura logica del rapporto di scambio»: Corte cost., 10 aprile 2003, n. 115. Per la disamina della giurisprudenza costituzionale e amministrativa sul rapporto tra gli artt. 36 e 97-98 Cost. cfr. da ultimo: A. PIOGGIA, *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, cit., 286-289. Cfr. da ultimo: Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2011, n. 6012 e n. 6041; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3639; Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7584; Cons. St., sez. VI, 1 settembre 2009, n. 5112; Cass. civ., sez. lav., 29 luglio 2009, n. 17605; Trib. Perugia, sez. lav., 22 luglio 2011; Trib. Taranto, sez. lav., 23 febbraio 2010.

<sup>477</sup> Spetta al lavoratore lo stipendio tabellare mensile lordo iniziale, comprensivo di indennità integrativa speciale, 13<sup>a</sup> mensilità, altri elementi accessori e continuativi (contributo posto, premio di produzione, ecc.) e trattamento di fine rapporto (art. 2126 c.c.) cfr. da ultimo: Cons. St., sez. V, 8 giugno 2011, n. 3470.

<sup>478</sup> Secondo la tecnica del “multiple test” o “faisceau d'indices”: v. *supra*, cap. I, par. 3.

<sup>479</sup> Cfr. d.l. 10 novembre 1978 n. 702 conv. in l. 8 gennaio 1979, n. 3, art. 5. Cfr.: Cons. St., sez. V, 8 giugno 2011, n. 3471 e n. 3643; Cons. St., sez. V, 7 aprile 2011, n. 2173; Cons. giust. amm. Reg. Sic., 3 marzo 2011, n. 144; Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2909; Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 456; Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 6605; Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 2009, n. 6206; Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 197; Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5651; Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2008, n. 1044; Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 194; Cons. St., Ad. Plen., 21 febbraio 2007, n. 4; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2006, n. 3973; Cons. St., sez. V, 29 maggio 2006, n. 3226; Cons. St., sez. V, 29 marzo 2006, n. 1595; Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2006, n. 685; Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2006, n. 312; Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7621; Cons. giust. amm. Reg. Sic., 22 dicembre 2005, n. 964; Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5313; Cons. St., sez. V, 5 settembre 2005, n. 4491; Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2005, n. 2850; Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2005, n. 2383; Cons. St., sez. V, 19 aprile 2005, n. 1784; Cons. St., sez. V, 5 aprile 2005, n. 1507; Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 427; Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2005, n. 373; Cons. St., sez. VI, 22 dicembre 2004, n. 8182; Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2004, n. 725; Cass., sez. lav., 29 dicembre 1999, n. 14692; Cons. St., sez. V, 29 novembre 2004, n. 7751; Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2004, n. 7258; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6815; Cons. St., sez. V, 16 settembre 2004, n. 5973; Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6276; Cons. St., sez. V, 9 settembre 2004, n. 7220; Cons. St., sez. V, 7 settembre 2004, n. 5849; Cass., sez. lav., 3 febbraio 2012, n. 1639; Cass. civ., sez. lav., 18 giugno 2010, n. 14773; Cass., sez. lav., 4 marzo 2009, n. 5217; Cass., sez. lav., 17 ottobre 2005, n. 20009.

<sup>480</sup> In Spagna la conversione automatica è prevista per i lavoratori privati (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, art. 15, co. 5°); ne è tuttavia controversa l'applicabilità al settore pubblico, in ragione della prevalenza del principio costituzionale «de igualdad, mérito y capacidad» (art. 23, co. 2° e 103, co. 3°, Cost.): cfr. da ultimo J.B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Valencia, 2009, 208 ss.,

i lavoratori privati, i quali beneficiano dell'automatica conversione in rapporto a tempo indeterminato<sup>481</sup>.

Il fine di «prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato» è perseguito mediante una disciplina che ammette limitate possibilità di proroga o rinnovo dei contratti a termine, in ragione del principio di generale preferenza per il lavoro a tempo indeterminato che anche l'ordinamento dell'Unione europea conferma quale «forma comune dei rapporti di lavoro»<sup>482</sup>.

Ove si continui a dare esecuzione al rapporto scaduto oltre a un certo periodo, o qualora il lavoratore sia riassunto a termine senza soluzione di continuità dalla scadenza del primo contratto, o decorso un tempo particolarmente breve, il rapporto di lavoro è considerato automaticamente a tempo indeterminato, con una decorrenza che varia a seconda delle ipotesi<sup>483</sup>. La previsione intende recepire le norme europee che

---

ove si dubita della compatibilità della disciplina con l'ordinamento europeo; R.M. MARTÍN-ROMO CAPILLA, *La contratación laboral temporal irregular en la Administración Pública. Especial referencia a los Contratos por obra o servicio determinado, vinculados a subvenciones de otras Administraciones Públicas*, in *Revista de Derecho de Extremadura*, 2008, n° 3, 323 ss. In altri ordinamenti la conversione automatica del rapporto di pubblico impiego a termine è ammessa specificamente: ad es. in Francia, ove ha determinato l'inusuale configurazione di una nuova figura di «agents contractuels» a tempo indeterminato: loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, *portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, art. 13; cfr. D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, cit., 368 ss.; F. MELLERAY, *Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ?*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2006, 185 ss.; J.M. LE MOYNE DE FORGES, *La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, in *Actualités juridiques Droit Administratif (AJDA)*, 2005, 2285 ss.

<sup>481</sup> D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, *recante l'Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, art. 5.

<sup>482</sup> Cfr. Dir. 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 *relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*, Considerando n. 6 dell'Accordo. Cfr. da ultimo: L. DI PAOLA e I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 2011, 12 ss. e 389 ss.; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in *I contratti di lavoro*, a cura di A. Vallebona, Torino, 2009, 959 ss.; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 47 ss.; M. AIMO, *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiute e le implicazioni possibili*, in *Lav. e dir.*, 2008, 459 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008, XXX ss.; G. FERRARO, *L'evoluzione del quadro legale*, in *Il contratto a tempo determinato*, a cura di G. Ferraro, Torino, 2008, XXX ss.; N. MIRANDA, *La nuova disciplina sul lavoro a termine alla luce della normativa comunitaria*, in *D&L*, 2004, 503 ss.; C. LAZZARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 435 ss.; L. ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, 633 ss.; G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, II, Milano, 2001, 288 ss. Per un'analisi in una prospettiva comparata B. CARUSO e S. SCIARRA (a cura di), *Flexibility and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-56/2007.

<sup>483</sup> D.lgs. n. 368 del 2001, cit., art. 5, mod. dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, art. 1: la conversione automatica opera per il dipendente privato qualora si continui a dare esecuzione al contratto a termine oltre il trentesimo giorno nel caso in cui questo abbia durata inferiore a sei mesi, od oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi; ove il lavoratore venga riassunto a termine entro sessanta giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, o entro novanta giorni dalla data di scadenza di uno di durata superiore ai sei mesi; infine

impongono agli ordinamenti nazionali di definire – «in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi» - «la durata massima totale dei contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato» e «il numero dei rinnovi» degli stessi, stabilendo «se del caso» a quali condizioni essi debbano essere «considerati “successivi”» o debbano essere «ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato» (Dir. 1999/70/CE, cit., Clausola 5 dell'Accordo).

Come si è visto, anche e soprattutto nelle amministrazioni pubbliche i rapporti di lavoro sono normalmente – e naturalmente - a tempo indeterminato, poiché la stabilità è in primo luogo garanzia di indipendenza dei funzionari nei confronti degli organi politici<sup>484</sup>. Le c.d. forme contrattuali “flessibili” possono essere utilizzate soltanto «per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali», mentre per quelle «connesse con il fabbisogno ordinario» debbono essere utilizzati «esclusivamente i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato» (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 36, co. 1° e 2°).

Tuttavia, nel caso di violazione dei presupposti che legittimano l'assunzione a termine al lavoratore pubblico spetta soltanto il «diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro», con obbligo per l'amministrazione di recuperare le somme pagate nei confronti dei dirigenti responsabili che ne rispondono altresì a titolo di responsabilità dirigenziale (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 36, co. 1°, 2° e 5°)<sup>485</sup>.

Anche in questo caso è il principio del pubblico concorso a fondare un regime speciale, impedendo la stabilizzazione automatica dei rapporti illegittimamente costituiti o rinnovati<sup>486</sup>. La soluzione è stata ritenuta astrattamente compatibile con l'ordinamento

---

quando si tratti di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità. La decorrenza è dalla scadenza del termine nel primo caso (esecuzione oltre la scadenza della prestazione), dalla stipulazione del primo contratto nel secondo (riassunzione con altro contratto a termine senza soluzione di continuità).

<sup>484</sup> Cfr. *supra*, par. 1.

<sup>485</sup> Come in tutte le ipotesi di responsabilità amministrativa la rivalsa è esercitata solo in presenza di dolo o colpa grave dei dirigenti stessi: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 36, co. 5°.

<sup>486</sup> Cfr. Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89. Il divieto di conversione automatica non vale ove i dipendenti di enti pubblici non siano assunti mediante un concorso pubblico ma con procedura di avviamento al lavoro: Cass., sez. lav., 22 aprile 2010, n. 9555. Nella giurisprudenza di merito si vedano da ultimo: Trib. Livorno, 25 gennaio 2011, *N. A. c. Min. istruzione*, e Trib. Siena, sez. lav., 27 settembre 2010, *A. F. c. Ministro dell'istruzione* con nt. di A. FEDERICI, *La conversione del rapporto a termine nel pubblico impiego è una ipotesi sempre meno isolata* in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, 418 ss., e di A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile «disapplicazione» del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella pubblica amministrazione*, in *Lav. p.a.*, 2010, 885 ss., ove è dichiarata la conversione del rapporto a termine con disapplicazione della disciplina speciale per il pubblico impiego; Trib. Milano, sez. lav., 22 giugno 2010, *M.I.C. c. Comune di Milano*, per la condanna al risarcimento nella misura corrispondente a quanto sarebbe spettato ove il rapporto fosse stato a tempo indeterminato; Trib. Milano, 19 gennaio 2011, *P.C. c. Comune di Milano*; A. Genova, 9 gennaio 2009, *Az. osp. S. Martino Genova c. C.M.*, con nt. di M.

dell'Unione europea, poiché questo non obbliga gli Stati membri a prevedere specificamente la conversione in contratti a tempo indeterminato, ma si limita a disporre che alle violazioni della relativa disciplina segua «una misura *effettiva* per evitare e sanzionare l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato», misura effettiva che ben può coincidere con la condanna al risarcimento del danno a carico delle pubbliche amministrazioni e con la conseguente responsabilità amministrativa e dirigenziale dei dirigenti che abbiano provveduto alla stipulazione del contratto<sup>487</sup>.

##### *5. Pubblico concorso e organizzazioni “sostanzialmente” pubbliche.*

L'ordinamento italiano estende l'obbligo di osservare il principio del pubblico concorso alle organizzazioni che seppur formalmente private sono caratterizzate da una pubblicità sostanziale per assetto proprietario e attività esercitata.

Così si è affermato come l'attribuzione della personalità di diritto pubblico a una fondazione privata determini automaticamente l'applicazione del principio concorsuale

---

GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 138 ss.; T. Roma, 5 novembre 2009, *C.F. c. Soc. De La Ville*, con nt. di S. CAIROLI, *Problematiche sanzionatorie nel contratto a tempo determinato, tra la sentenza Angelidaki e le interpretazioni della giurisprudenza nazionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 147 ss. Sul difficile reperimento di criteri di quantificazione adeguati cfr. fra molti: M. AIMO, *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiute e le implicazioni possibili*, cit., 459 ss.; in generale da ultimo: A. DE SALVIA, *La giurisprudenza sul regime sanzionatorio del contratto a termine nel lavoro pubblico tra divieto di conversione e risarcimento del danno*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1117 ss.; L. DI PAOLA e I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 523 ss.; F. SIOTTO, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 374 ss.; A. PERRINO, *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, 509 ss.; A. DI FLORIO, *L'applicazione pratica del diritto sovranazionale nella giurisprudenza del lavoro. Il contratto a termine*, in *L'integrazione attraverso i diritti*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Roma, 2010, 369 ss.; A. GABRIELE, *Profili sanzionatori per l'utilizzo abusivo dei contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato*, in *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133*, a cura di A. Bellavista, A. Garilli e M. Marinelli, Torino, 2009, XXX ss.; L. FIORILLO, *Il nuovo contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in *Il contratto a tempo determinato*, cit., XXX ss.; G. PASCARELLA, *Problematiche applicative del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, *ivi*, XXX ss.; R. GAROFALO, *Quale risarcimento al dipendente pubblico per contratti a termine illegittimi*, in *Lav. giur.*, 2007, 1097 ss.; G. SOTTILE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, 643 ss.; L. ZAPPALÀ, *Specialità dei rapporti di lavoro a termine nella p.a. e diritto comunitario: l'inapplicabilità della sanzione della conversione al vaglio della Corte di giustizia*, in *Lav. p.a.*, 2004, 3-4, 703.

<sup>487</sup> Cfr. C. giust. UE, ord. 1° ottobre 2010, C-3/10, *Affatato c. Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*; C. giust. Ce, 23 aprile 2009, da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki e a. c. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*; C. giust. Ce, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e a. c. Azienda Ospedaliera San Martino di Genova*; C-180/04, C. giust. Ce, 7 settembre 2006, *Vassallo c. Azienda Ospedaliera San Martino di Genova*; C. giust. Ce, 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler e a. c. Ellenikos Organismos Galaktos (ELOG)*. Per la conferma dell'applicabilità della Dir. 1999/70/CE, cit., nel settore pubblico, da ultimo: C. giust. UE, 22 dicembre 2010, C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro Gavieiro e a. c. Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*. Cfr. U. CARABELLI – M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, 252-253, ove si evidenzia le pronunce della Corte di giustizia abbiano indotto i giudici a “snaturare” il risarcimento del danno, trasformandolo in una vera e propria misura sanzionatoria commisurata alla perdita economica subita dal lavoratore per l'impossibilità di conversione automatica del rapporto.

non soltanto per l'assunzione di nuovo personale, ma anche per il transito nei ruoli di diritto pubblico di quello già assunto, che si trova perciò costretto ad affrontare la competizione con i candidati esterni in ragione del principio di pubblicità che anche in tali ipotesi caratterizza le selezioni<sup>488</sup>.

Nello stesso senso si è di recente previsto che le «società affidatarie *in house*» adeguino i propri ordinamenti su reclutamento del personale e conferimento degli incarichi esterni alla disciplina legislativa di attuazione del principio del concorso pubblico<sup>489</sup>, con norma che precisa ed estende l'obbligo già posto in capo alle società «a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali»<sup>490</sup>.

È in tal modo ampliata la rilevanza soggettiva delle norme sulle procedure concorsuali oltre il perimetro costituzionale dei “pubblici uffici” (art. 97, co. 3°, Cost.) – per tradizione coincidenti con le “amministrazioni pubbliche” in senso stretto<sup>491</sup> – verso

---

<sup>488</sup> Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52: è costituzionalmente illegittima una legge regionale attributiva della personalità giuridica di diritto pubblico a una fondazione privata operante in campo sanitario che aveva previsto un concorso riservato al personale già assunto con contratto a tempo indeterminato ai fini del transito nei ruoli del servizio sanitario nazionale. L'attribuzione della personalità giuridica di diritto pubblico comporta necessariamente lo svolgimento di concorsi aperti al pubblico. Per un'analoga conclusione nel caso in cui le attività di una società per azioni siano attribuite ad un'azienda speciale: Corte cost., 7 marzo 2012, n. 62.

<sup>489</sup> D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 25, co. 6°, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, ove è richiamata la disciplina di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 3°. Per l'affermazione secondo cui si tratta di norma *di diretta attuazione dell'art. 97 Cost.*, la cui violazione rileva avanti al giudice costituzionale: Corte cost., 23 febbraio 2011, n. 68, relativa ad una norma regionale che imponeva a nuove imprese o società affidatarie di contratti d'appalto l'assunzione – anziché la mera utilizzazione – dei dipendenti dei precedenti affidatari (clausola sociale), a prescindere da qualsiasi procedura selettiva anche ove si trattasse di organizzazioni *in house providing*.

<sup>490</sup> D.l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 18, co. 1°, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133 nella versione risultante dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, art. 4, co. 17°, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, recante la disciplina di adeguamento a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23 *bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit.. La precedente versione circoscriveva la propria applicabilità alle «società che gestiscono servizi pubblici locali a *totale partecipazione pubblica*»; l'assenza di specificazione sull'entità della partecipazione introdotta nel 2011 aveva consentito di ritenervi comprese anche le società *miste*. Per l'attuazione della norma: d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. In tema v. A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Istit. fed.*, 2011, 69 ss.; G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. p.a.*, 2009, 632.

<sup>491</sup> Ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 1, co. 2°, sono amministrazioni pubbliche «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

organizzazioni con forma giuridica di diritto privato (nella specie società di capitali) che presentino indici di pubblicità sostanziale per controllo strutturale e attività esercitata<sup>492</sup>.

La norma è preceduta dall'affermazione dell'obbligo per le società *in house* di applicare il codice dei contratti per l'acquisto di beni e servizi<sup>493</sup>, confermando un parallelismo tra gare pubbliche e procedure concorsuali che emergeva con particolare evidenza già nella previsione dell'obbligo per le società *in house* nazionali e locali di servizi all'ente di disciplinare assunzioni e incarichi professionali<sup>494</sup> nel rispetto dei principi europei di «trasparenza, pubblicità e imparzialità»<sup>495</sup>.

Parallelismo che, come vedremo<sup>496</sup>, si fonda su una comune *ratio* di tutela della concorrenza nell'ambito del mercato unico, ove quest'ultima impone innanzi tutto la libera circolazione di merci, servizi e lavoratori nei confronti delle “pubbliche amministrazioni” nazionali (art. 26 § 2, artt. 28 e ss., art. 56 ss. TFUE).

È noto che l'effettività dei diritti di libera circolazione è garantita per merci e servizi dalla disciplina europea sugli appalti pubblici di forniture, lavori e servizi; per i lavoratori si può osservare come essa trovi una tutela nelle norme nazionali che assicurano l'eguale accesso agli impieghi e la selezione meritocratica e imparziale dei dipendenti pubblici, norme che in tal modo individuano forse non l'unica modalità di attuazione degli obblighi imposti dall'ordinamento dell'Unione, ma certo quella che

---

<sup>492</sup> Trattasi di «società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente private, possono essere assimilate, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici»: Corte cost., 1° febbraio 2006, n. 29. Cfr. anche Cons. St., sez. cons. atti norm., 24 maggio 2010, n. 2415/2010: «nella logica dell'amministrazione “*di risultato*”, che non distingue più tra erogazioni di atti e di servizi, in quanto agisce sempre e comunque al servizio del cittadino e, con accenti tipici della società moderna, per la soddisfazione dell'utente, le società controllate dall'ente pubblico che erogano servizi pubblici devono impiegare selezioni imparziali, trasparenti, pubbliche, ancorate a sistemi oggettivi e predeterminati, a garanzia non solo di chi vi partecipa, ma anche dei terzi, destinatari dell'attività societaria».

<sup>493</sup> D.l. n. 1 del 2012, cit., art. 25, co. 6°.

<sup>494</sup> Le più recenti previsioni sugli incarichi esterni delle amministrazioni pubbliche ne limitano la stipulazione al ricorrere di circoscritti presupposti e al previo esperimento di «procedure comparative»; v. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 7, co. 6 *bis*. Per la disamina della disciplina cfr. *infra*, cap. IV, par. 4. Esclude che, in difetto di una norma di rinvio, l'art. 7 cit. possa ritenersi vincolante per le società partecipate: A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, cit., 80.

<sup>495</sup> D.l. n. 112 del 2008, cit., art. 18, co. 2°, ove si affermava l'obbligo di rispetto dei principi di «trasparenza, pubblicità e imparzialità» in capo alle «*altre società*», da intendersi in contrapposizione alle società «a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali» cui si riferiva il comma 1° della medesima disposizione. Sui principi in esame quale fondamento di un modello comune che si ritrova nel reclutamento del personale e per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture delle pubbliche amministrazioni (appalti pubblici): cfr. *infra*, cap. IV, par. 4.

<sup>496</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 4.

negli ordinamenti nazionali ha dato la migliore prova di sé contro favoritismi e irragionevoli riserve di accesso<sup>497</sup>.

Nell'ordinamento italiano la previsione più recente sulle società *in house* ha superato la differenziazione tra tipi di società controllate e affermato per tutte l'obbligo di utilizzare le procedure concorsuali per l'assunzione del personale, procedure che - come quelle di evidenza pubblica per i contratti - consentono la migliore attuazione dei principi europei a tutela della concorrenza, perché, come si è visto, consentono un accesso dei cittadini europei agli impieghi al riparo da irragionevoli discriminazioni<sup>498</sup>.

Trattasi di principi affermatasi con disciplina di dettaglio per l'attribuzione di contratti di lavori, servizi e forniture delle pubbliche amministrazioni al fine di garantirne il comportamento coerente con le esigenze del mercato unico, quindi applicati come norme di principio alle concessioni di servizio. Principi al cui rispetto l'ordinamento europeo ha vincolato le medesime società in controllo pubblico in quanto organismi di diritto pubblico od organizzazioni *in house providing*<sup>499</sup>.

In attuazione delle norme a tutela della concorrenza l'ordinamento italiano ne impone l'osservanza alle medesime società nell'ambito delle procedure per il reclutamento del personale<sup>500</sup>, evidenziando come anche per la libera circolazione delle persone occorra

---

<sup>497</sup> Cfr. da ultimo B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito, la tragedia della valutazione e la riforma del pubblico impiego*, cit., 253, ove osservando come molti dubitino dell'efficacia del concorso come metodo di selezione del personale pubblico, si afferma: «costoro non conoscono l'amministrazione pubblica, e quella italiana in particolare, e non si rendono conto di quanto potrebbe andare peggio se i concorsi non si facessero: il concorso può essere mal congegnato e, quindi, di per sé non dà garanzia di buoni risultati; ma l'assenza del concorso dà garanzia di cattivi risultati».

<sup>498</sup> Cfr. *supra*, par. 3.

<sup>499</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.

<sup>500</sup> La storia più recente ha dimostrato come tali società siano più facilmente inclini a comportamenti elusivi, poiché le controllate degli enti locali sono state talora utilizzate per assunzioni clientelari, specialmente per riallocare i "precari" che difettassero dei requisiti per accedere alle stabilizzazioni.

un'artificiale correzione dei soggetti obbligati che consenta un più efficace controllo sull'utilizzazione delle risorse pubbliche<sup>501</sup> per la scelta delle migliori professionalità<sup>502</sup>.

Come in tema di contratti pubblici le norme di tutela della concorrenza hanno inteso garantire il diritto delle imprese alla correttezza della pubblica amministrazione nell'aggiudicazione dei propri contratti<sup>503</sup>, in materia di libera circolazione dei lavoratori europei le stesse norme si traducono in una garanzia del diritto di questi ultimi di partecipare alle procedure di assunzione senza subire irragionevoli discriminazioni. Garanzia che gli ordinamenti nazionali d'Europa pongono con norme di livello

---

<sup>501</sup> La disciplina si completa con l'estensione alle società in mano pubblica dei vincoli finanziari posti dal patto di stabilità interno in materia di assunzioni e incarichi professionali: D.l. n. 1 del 2012, cit., art. 25, co. 6° e d.l. n. 112 del 2008, cit., art. 18, co. 2° bis. È abrogato il d.l. n. 138 del 2011, cit., art. 4, co. 14°, che si riferiva alle «società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo» che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali o «che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale» o che esercitino attività di servizio all'ente. La tendenza ad assoggettare organizzazioni soltanto nominalmente private alla disciplina di diritto pubblico si è tradotta di recente nell'estensione del controllo della Corte dei conti alle società per azioni costituite in seguito alla trasformazione di enti pubblici economici (Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466) e nella soggezione al giudizio di responsabilità di amministratori e dipendenti di imprese aventi forma di società per azioni ma in realtà controllate da pubbliche amministrazioni. Cfr. da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *La Corte dei Conti di fronte alla privatizzazione ed alla esternalizzazione della funzione amministrativa, in corso di stampa*; A.L. TARASCO, *Funzione di controllo e consultiva: rapporti, analogie e soluzioni di possibili conflitti*, in *Foro amm.-CdS.*, 2011, 1041 ss.; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 791 ss.; F. FRACCHIA, *La Corte dei Conti e la tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 669 ss.; S. SIRAGUSA, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici sovvenzionati dallo Stato*, in *Foro amm.-CdS.*, 2008, 648 ss.; F. TIGANO, *Corte dei Conti ed attività amministrativa*, Torino, 2008, XXX. ss.; G. CORSO, *Il sistema italiano di garanzia della finanza pubblica tra funzioni di controllo e giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità Amministrativa e giurisdizione contabile (Ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006, 79 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, *ivi*, 328 e s.; F. GOISIS, *Note sulla sussistenza della giurisdizione della corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 444 ss.; A. CORPACI, *Il controllo della Corte dei Conti sulla gestione delle Pubbliche Amministrazioni nella ricostruzione della Corte Costituzionale: un tributo al valore simbolico di una riforma*, in *Giur. cost.*, 1995, 1, 325 ss.; R. PEREZ, *Quali sono le pubbliche amministrazioni sottoposte al controllo della Corte dei Conti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 724; M. RAMAJOLI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 203 ss.

<sup>502</sup> Le norme sulle procedure di evidenza pubblica per il conferimento dei contratti della pubblica amministrazione perseguono analoghe finalità di controllo sull'utilizzazione delle risorse, poiché «il corretto (e morale) impiego delle risorse appare necessario all'affermarsi di un'istituzione, per creare nei cittadini la fiducia necessaria, evitando anzitutto la corruzione e l'«immoralità» delle amministrazioni pubbliche»: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 191 (il corsivo è nostro). Cfr. *amplius infra*, cap. IV, par. 4-5.

<sup>503</sup> Cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; ID., *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi*, nt. a Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 3222; G.M. RACCA, *op. ult. cit.*, 304 ss.; ID., *Correttezza (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, vol. II, 1529; R. CAVALLO PERIN – G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 328; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, *ivi*, 2011, 697 ss. Sulle situazioni giuridiche soggettive configurate dall'ordinamento nazionale e dell'Unione europea in tema di concorsi e gare d'appalto cfr. *amplius infra*, cap. IV, par. 2.

costituzionale a tutela dell'eguale accesso ai *pubblici uffici*<sup>504</sup>, che sono il fondamento del sistema concorsuale di reclutamento, e che il legislatore italiano ha voluto estendere a organizzazioni *soltanto formalmente* private, ricollegandosi ad una tradizione che con norme di legge o regolamentari affermava il medesimo vincolo già per gli enti pubblici economici<sup>505</sup>.

L'obbligo delle società *in house* di fornire adeguate garanzie di trasparenza, pubblicità e imparzialità investe così qualsiasi procedura finalizzata al reclutamento di personale: che si tratti di dipendenti (assunzioni) o di professionisti esterni (incarichi), non diversamente da quanto accade ove si voglia individuare un'impresa che si impegni alla prestazione di servizi mediante il proprio personale (appalto di servizi)<sup>506</sup>.

#### 6. Il pubblico concorso tra critiche e norme d'eccezione.

In Italia la volontà di superare nella riflessione teorica alcune accuse di inefficienza formulate nei confronti dei concorsi<sup>507</sup> si è in passato coniugata con l'intento di

---

<sup>504</sup> Cfr. norme citate *supra*, nt. 1-2.

<sup>505</sup> Le norme regolamentari degli enti pubblici economici che stabiliscono le assunzioni mediante concorso non sono espressione di un potere pubblico ma «di autonomia privata» e ad esse si applicano i principi di correttezza e buona fede, da ultimo: 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. Escludono esplicitamente il fondamento *ex art. 97 Cost.*: Cass., sez. lav., 9 maggio 2005, n. 9590; Cass., sez. lav., 25 maggio 1998, n. 5210. In senso contrario, per l'applicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990, cit.) agli atti di una procedura concorsuale bandita da un consorzio di trasporto pubblico costituito da enti territoriali, nonostante il carattere di ente pubblico economico: Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2002, n. 1834; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1059. Cfr. G.P. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 693: «si deve considerare acquisito che la procedura amministrativa del concorso per l'accesso ai pubblici uffici non si applica agli organismi che gestiscono attività di produzione di beni e servizi»; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, XXX ss. Per un esempio di estensione legislativa dell'obbligo del concorso agli enti pubblici economici: R.d. 15 ottobre 1925 n. 2578, *Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province*, art. 4, sull'obbligo del pubblico concorso per la nomina del direttore di azienda speciale.

<sup>506</sup> L'applicazione del principio concorsuale pare fondare la corrispondente giurisdizione del giudice amministrativo, con applicazione della previsione che ne ha ivi mantenuta ferma la competenza in deroga alla generale devoluzione del contenzioso sul pubblico impiego al giudice ordinario (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, co. 4°). Segnalano il permanere di difetti di coordinamento poiché non è chiaro se per le procedure concorsuali indette dalle società partecipate sia competente il giudice amministrativo ai sensi della previsione generale sui concorsi, o l'ordinario in ragione della forma societaria: G. PIPERATA, *op. ult. cit.*, 635; A. DE MICHELE, *op. cit.*, 81.

<sup>507</sup> Le critiche sono ricorrenti dal periodo risorgimentale ad oggi, senza tuttavia pervenire al superamento di un modello che è sostanzialmente immutato dagli inizi del XIX sec.: E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, cit., 28. Per le critiche precedenti la contrattualizzazione del pubblico impiego cfr. fra molti M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 262 e ss., ove

valorizzare «le capacità e i poteri del privato datore di lavoro» attribuiti ai dirigenti dalla disciplina sulla contrattualizzazione del pubblico impiego, poteri che si riteneva li avessero trasformati in veri e propri “*manager pubblici*” (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 5, co. 2°)<sup>508</sup>.

Si sono così ipotizzate nuove procedure di assunzione che avrebbero dovuto essere disciplinate dal diritto privato - unilaterale o pattizio – e affidate alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>509</sup>, secondo una prospettazione che riprendeva le ricostruzioni che

---

si osservano in particolare l'assenza di correlazione tra prove selettive – a contenuto prevalentemente scolastico e nozionistico – e mansioni che saranno esercitate, oltre che costi e lungaggini procedurali; più di recente cfr. S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., 34, secondo cui le prove sarebbero preordinate a «valutare, più che la professionalità, la preparazione teorica dei candidati». Critiche del tutto comparabili sono state rivolte ai concorsi in Francia: cfr. da ultimo su costi e carattere troppo scolastico delle prove: J.M. EYMERI-DOUZANS, *Les concours à l'épreuve*, cit., 313 ss.; C. DESFORGES, *L'évolution des recrutements dans la fonction publique d'État*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 422 ss., ove si illustrano le recenti riforme tese ad una maggiore “professionalizzazione” dei contenuti delle selezioni. Del pari in Spagna si osserva l'assenza di specializzazione delle commissioni di concorso, la mancanza di una correlazione necessaria tra contenuti delle prove e mansioni che saranno esercitate, i costi eccessivi delle procedure e così via, pur riconoscendosi che «*es difícil encontrar, a la hora de seleccionar el personal más apto, un sistema menos malo que éste*»: cfr. da ultimo F. PUERTA SEGUIDO, *El acceso al empleo público*, cit., 471 ss.

<sup>508</sup> Cfr. 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*, attuata con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, *Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego*. Sulla figura del «dirigente pubblico come imprenditore» da ultimo: P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007, 220 ss. Sulla privatizzazione in generale cfr. fra molti: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 330 ss.; ID., *Il personale*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2009, 153 ss.; ID., *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, t. II, Milano, 2003, XXX 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.; A. MARI, *La privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Impiegati*, cit. 163 ss.; U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., 13 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, Milano, 1997, 1 ss.; S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, *ivi*, 77 ss.; S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le Pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Battini e S. Cassese, Milano 1997, 77 ss.; M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, *ivi*, 1 ss.

<sup>509</sup> In quanto «atti di gestione emanati nell'esercizio della capacità di diritto privato»: cfr. L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., 1032 ss. Ricostruisce da ultimo il dibattito all'indomani della contrattualizzazione, sottolineando «l'ambiguità di alcune scelte del legislatore proprio nelle materie in esame», per aver voluto collocare concorsi, procedure per l'accesso e progressioni in carriera in «un'area grigia tra regime pubblicistico e regime privatistico», ben potendo le procedure di assunzione essere disciplinate anche da fonti di origine pattizia: V. LUCIANI, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 317-318, spec. nt. 3; ID., *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, cit., 146; G. ZILIO GRANDI, *Il concorso pubblico quale strumento ordinario di accesso alle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 2, 269 ss. Cfr. inoltre S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 557, ove si evidenzia la connessione tra qualificazione pubblicistica degli atti di reclutamento e attribuzione della relativa giurisdizione al giudice amministrativo.

avevano un tempo individuato nel bando di concorso un'offerta al pubblico, con diritto all'assunzione dei vincitori (art. 1336 c.c.)<sup>510</sup>.

Oltre che per le fonti di disciplina, le “procedure selettive” si sarebbero differenziate dai concorsi per l'assenza di graduatorie finali: i dirigenti avrebbero potuto attingere a liste compilate in ordine alfabetico in cui sarebbero stati inseriti i candidati all'esito di un mero accertamento di idoneità, secondo un modello che di recente è stato introdotto in alcune esperienze nazionali europee e sinanco nel sistema di reclutamento usato per il personale delle istituzioni europee<sup>511</sup>.

L'argomento letterale cui ci si rifaceva era dato dall'utilizzazione nella norma sul reclutamento del personale del testo unico sul pubblico impiego della locuzione «*procedure selettive*», che si riteneva porsi in un rapporto di genere a specie con i concorsi pubblici (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 1°, lett. a)<sup>512</sup>.

Le successive evoluzioni hanno tuttavia riaffermato con maggiore enfasi il principio del concorso pubblico, sia con argomenti letterali, sia ponendo «il *principio di concorsualità* per l'accesso al lavoro pubblico e per le progressioni in carriera» a criterio direttivo delle più recenti riforme<sup>513</sup>.

---

<sup>510</sup> Per una ricostruzione dettagliata, che tuttavia perviene al rigetto della ricostruzione: S. PIRAINO, *Il contratto di pubblico impiego*, Milano, 1975, 91 ss. Per la formulazione della tesi all'inizio del XX sec.: L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, XXX ss.; G. BAVIERA, *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Milano, 1907, XXX ss.; ID., *Offerta al pubblico*, in *Enc. giur. ital.*, Milano, 1915, 167; G. PACINOTTI, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni secondo il diritto positivo italiano. Trattato generale teorico-pratico*, Torino, 1907, 162 ss. In materia di contratti pubblici il bando di gara si configura come un invito a offrire (e non come una promessa al pubblico), cfr. da ultimo: G.M. RACCA, *op. ult. cit.*, 197 e spec. nt. 54; S. PONZIO, *I capitoli negli appalti pubblici*, Napoli, 2006, 50.

<sup>511</sup> Il modello basato sulla “lista” di idonei è usato ad es. per il reclutamento nella *fonction publique* locale francese e per la *fonction publique* delle “*Communautés*” e “*Régions*” belghe; per più puntuali riferimenti cfr. *infra*, cap. IV, par. 5.

<sup>512</sup> Cfr. da ultimo: D. IARIA, *Concorso pubblico*, cit., XX; G. D'ALESSIO – B. NERI, *Criteri e sistemi di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni. Aspetti problematici e prospettive di riforma*, in *Poteri pubblici e mercati*, n. 2, s.d., 2, [www.istituzionipubbliche.it](http://www.istituzionipubbliche.it).

<sup>513</sup> Cfr. l. 4 marzo 2009, n. 15, art. 2, co. 1°, lett. g. Cfr. fra molti V. LUCIANI, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera*, cit., 323 ss. Da ultimo per il riferimento a critiche ispirate alla «*rhétorique de la “nouvelle gestion publique”*», che mettono in discussione i concorsi sia dal punto di vista della «*validité opérationnelle en tant que procédure de recrutement*» - in ragione di pesantezza e formalismo della procedura - e soprattutto «*à raison du fait qu'elle n'autorise pas l'employeur à choisir le candidat le plus adapté au poste vacant, donc qu'elle ne permettrait pas de réaliser "l'adéquation profil - poste" qui est présentée comme consubstantielle à une gestion "moderne" des ressources humaines*»: F. DREYFUS–J.M. EYMERI–DOUZANS, *Introduction*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 305.

La disposizione del testo unico sul reclutamento continua a riferirsi alle «procedure selettive» nell'indicare in via generale i sistemi di assunzione, ma nel proprio prosieguo richiama ormai le «procedure concorsuali», i «concorsi pubblici per le assunzioni», i «vincitori dei concorsi», le «graduatorie dei concorsi»<sup>514</sup>, con ciò risolvendo ogni dubbio nel senso della totale identità di procedure selettive e concorsi pubblici.

Negli anni inoltre si è evidenziato più volte come le deroghe al principio concorsuale<sup>515</sup>, pur ammesse dalla disciplina costituzionale «nei casi previsti dalla legge» (art. 97, co. 3°, Cost.), non solo devono essere previste con fonti di rango primario, ma - in quanto disposizioni speciali in deroga al principio - debbono essere *di stretta interpretazione* e giustificate da *«peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico»*<sup>516</sup>.

Occorre dunque individuare un ulteriore e diverso interesse pubblico che giustifichi la deroga al principio concorsuale; né può trattarsi di un interesse qualunque, pur se costituzionalmente protetto, poiché si richiede che esso sia “pubblico”, sicché - salve ipotesi del tutto eccezionali<sup>517</sup> - non è sufficiente invocare l'interesse dei dipendenti e

---

<sup>514</sup> Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 4°, 4° bis, 5, 5 bis, 5, ter: ad eccezione del comma 5°, già presente nella formulazione originaria della disposizione, le norme citate sono state introdotte rispettivamente da: l. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, co. 104°; d.l. 10 gennaio 2006, n. 4, art. 4, conv. con mod., in l. 9 marzo 2006, n. 80; l. 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, co. 230°; l. 24 dicembre 2007, n. 244 art. 3, mod. dal m. 150 del 2009, cit., art. 51, co. 1.

<sup>515</sup> Su norme eccezionali e norme in deroga cfr. fra molti: M.S. GIANNINI, *Diritto speciale, legge speciale, norma speciale*, in *Foro it.*, LXVIII, 1943, III, n. 9, e ora in *Scritti*, vol. II, 1939-1948, 5151 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1976 176 ss.; G.U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 305 ss.; F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 506 ss.; R. ORESTANO, *Diritto singolare*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1974, 764 ss. da ultimo: R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 117 ss.; S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2011, 26 ss.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 172 ss.; S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2011, 26 ss.

<sup>516</sup> Cfr. da ultimo: Corte cost., 7 febbraio 2011, n. 42. Da ultimo si è inteso chiarire la portata della retroattività delle pronunce della Corte costituzionale in tema di concorsi pubblici: «I provvedimenti in materia di personale adottati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ed in particolare le assunzioni a tempo indeterminato, incluse quelle derivanti dalla stabilizzazione o trasformazione di rapporti a tempo determinato, nonché gli inquadramenti e le promozioni posti in essere in base a disposizioni delle quali venga successivamente dichiarata l'illegittimità costituzionale sono nulle di diritto e viene ripristinata la situazione preesistente a far data dalla pubblicazione della relativa sentenza della Corte Costituzionale. Ferma l'eventuale applicazione dell'articolo 2126 del codice civile in relazione alle prestazioni eseguite, il dirigente competente procede obbligatoriamente e senza indugio a comunicare agli interessati gli effetti della predetta sentenza sul relativo rapporto di lavoro e sul correlato trattamento economico e al ritiro degli atti nulli» (D.l. 6 luglio 2011, n. 98, *Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*, conv. con mod. in l. 15 luglio 2011, n. 111, art. 16, co. 8°). Per un'efficace sintesi di deroghe ed elusioni al principio concorsuale susseguitesi negli anni cfr. S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, cit., 1156 ss.; per una disamina con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali: S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., 49 ss.

<sup>517</sup> Una valutazione di ragionevolezza ha indotto a ritenere legittima l'assunzione «in una qualifica ad esaurimento» di una «residua quota di funzionari rivestenti una particolare posizione giuridica» le cui

nemmeno le «esigenze strumentali della pubblica amministrazione connesse alla gestione del personale»<sup>518</sup>.

La definizione di alcune deroghe al principio concorsuale non pare smentire la tesi di un modello comune agli ordinamenti nazionali d'Europa, ma anzi sembra offrirne una conferma, perché le eccezioni alla selezione meritocratica e imparziale dei pubblici funzionari riguardano per lo più un numero circoscritto di ipotesi che si ritrovano negli ordinamenti dei paesi membri con caratteri ed estensione in larga misura corrispondenti<sup>519</sup>.

Netta è la deroga per l'assunzione dei funzionari c.d. “*di staff*” che compongono i gabinetti particolari di ministri e segretari di Stato, o di assessori e consiglieri dell'amministrazione regionale e locale<sup>520</sup>, per i quali pare essenziale la nomina

---

aspettative sarebbero altrimenti rimaste «definitivamente frustrate», perché esclusi da un precedente reinquadramento nella qualifica superiore per difetto di anzianità: Corte cost., 3 novembre 2005, n. 407; la deroga può essere giustificata dall'esigenza di valorizzare, in circostanze particolari, esperienze pregresse all'interno dello stesso ente: Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 51; Corte cost., 27 luglio 2001, n. 316; non è in contrasto con il principio del concorso pubblico la stabilizzazione di soggetti da tempo in posizione precaria e purché in relazione a posizioni corrispondenti alle prestazioni precedentemente svolte: Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274, relativa a lavoratori socialmente utili.

<sup>518</sup> Cfr. da ultimo: Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195, relativa ad una legge regionale che disponeva l'inquadramento in qualifiche superiori di personale già escluso da un precedente reinquadramento; nello stesso senso: Corte cost., 4 novembre 2009, n. 293; la deroga al principio concorsuale non può essere giustificata dal mero fine di evitare conflittualità tra i dipendenti: Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52; occorre addurre ragioni giustificatrici peculiari che facciano ritenere la deroga funzionale all'interesse pubblico, poiché non è sufficiente l'aspettativa dei dipendenti ad una stabilizzazione: Corte cost., 7 febbraio 2011, n. 42. Analoghe considerazioni si ritrovano in altri ordinamenti, ove si afferma l'illegittimità del reclutamento “prioritario” dei dipendenti di un'impresa in difficoltà poiché fondato su «*considérations sociales étrangères aux critères de sélection résultant de la capacité des candidats*»: Conseil d'État, 14 février 1990, n° 104275, *Fédération syndicaliste force ouvrière de la défense*.

<sup>519</sup> Per una comparazione delle deroghe al principio concorsuale negli ordinamenti italiano e francese si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, *La liberté de circulation des travailleurs dans l'Union européenne: les modèles italien et français de recrutement dans l'administration publique*, in *Droits du travail & des fonctions publiques: Unités(s) du Droit*, sous la dir. de M. Touzeil-Divina & de M. Sweeney, Le Mans, 2012, 176 ss.

<sup>520</sup> Nell'ordinamento francese sono i c.d. “*emplois à la discrétion du Gouvernement*” e gli “*emplois supérieurs des fonctions publiques territoriale et hospitalière*”: loi n° 84-16, cit., art. 27 e loi n° 84-53, cit., art. 47; cfr. fra molti M. POCHARD, *La diversification des modes de recrutement de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État*, Paris, 2007, 29 ss. In Spagna è il «*personal eventual*», cui sono affidate esclusivamente «*funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial*»: Ley 7/2007, de 12 de abril, cit., art. 12. Segnalano come nonostante le più recenti riforme abbiano affermato i principi di «*mérito y capacidad*» anche per il «*personal directivo*» (Ley 7/2007, de 12 de abril, cit., art. 13 co. 2°), la «*confianza política-personal*» è tuttora elemento centrale del procedimento di nomina, specialmente ove effettuato con il sistema della «*libre designación*» (Ley 7/2007, de 12 de abril, cit., art. 80), da ultimo: L. MARTÍN-RETORTILLO, *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Navarra, 2000, 27 ss.; L. F. MAESO SECO, *El personal directivo público en España*, Madrid, 2011, XXX ss.; ID., *El personal directivo: comentarios en torno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, in *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., 143 ss.; M. SÁNCHEZ MÓRON, *Clases de personal*, in *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., 108 ss.; J. BERMEJO VERA, *Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, in *Dir. amm.*, 2007,

effettuata sulla base di «valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico»<sup>521</sup>, da cui consegue il carattere fiduciario del rapporto (secondo il principio dell' "*aut simul stabunt, aut simul cadent*")<sup>522</sup>.

Il c.d. *spoils system* è compatibile con il sistema purché limitato alle sole «posizioni apicali» da identificarsi secondo un criterio funzionale in quelle di diretta collaborazione alla definizione dell'indirizzo politico con esclusione delle funzioni di gestione amministrativa<sup>523</sup>.

Del pari una tradizione condivisa negli ordinamenti nazionali d'Europa<sup>524</sup> ammette la deroga al principio concorsuale per la nomina con contratto a termine di personale di

---

31 ss.; L. MORELL, *El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Madrid, 1994, 86 ss. Sui "policy advisers" del Regno Unito da ultimo: P. FAWCETT and O. GAY, *The United Kingdom, in Partisan Appointees and Public Servants, An International Analysis of the Role the Political Advisers*, edited by C. Eichbaum and R. Shaw, Cheltenham – Northampton, 2010, 24 ss. Per l'osservazione in chiave comparata cfr. da ultimo: F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 25 ss., ove si richiamano i "policy advisers" del Regno Unito, il "tour extérieur" francese e i "politische Beamten" tedeschi; G. D'ALESSIO, *Convergenze e divergenze nell'evoluzione dei sistemi amministrativi europei, in Istituzioni, politica e amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, a cura di M. De Benedetto, Torino, 2005, 189 ss.; B. VALENSISE, *Le relazioni tra politica ed amministrazione: la dirigenza pubblica*, ivi, 224 ss.; E. PAGE, *Le modèle de Whitehall a-t-il survécu?*, cit., 436 e 442, ove si rileva come lo *spoils system* sia particolarmente diffuso in Germania e Stati Uniti, meno nel Regno Unito, ove la neutralità politica è uno dei tratti caratterizzanti il c.d. "modello Whitehall"; fanno eccezione gli "spads", consiglieri speciali nominati a termine sulla base di criteri politici; ID., *Burocrazia, amministrazione, politica*, Bologna, 1990, 25 ss.

<sup>521</sup> Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233; Corte cost., 20 ottobre 2010, n. 304.

<sup>522</sup> Cfr. fra molti: G. ENDRICI, *Il potere di scelta: le nomine tra politica e amministrazione*, cit., 17 ss., 81 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, cit., XXX ss.; F. MERLONI, *Gli incarichi fiduciari*, in *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, a cura di G. D'Alessio, Bologna, 2008, 117 ss.; G. D'AURIA, *Fedeltà e merito nella scelta dei dirigenti pubblici, in Il diritto amministrativo oltre i confini*, cit., 98 ss.

<sup>523</sup> Cfr. Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34. Nomine e dichiarazioni di decadenza devono inoltre essere rigorosamente subordinate all'accertamento delle professionalità e del rendimento nell'espletamento dell'incarico, in ragione della necessaria tutela dei principi di continuità e buon andamento dell'azione amministrativa, oltre che del giusto procedimento; la cessazione degli incarichi va disposta dopo il confronto con gli interessati: Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224; Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161; Corte cost., 23 marzo 2007, nn. 103 e 104, con nt. di F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*, in *Le Reg.*, 2007, 836 ss. Cfr. da ultimo 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*, cit., 193 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, ivi, 135 ss.; S. BATTINI, *La separazione tra politica e amministrazione in Italia: ieri, oggi e domani*, ivi, 163 ss.; ID., *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; ID., *L'autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 39 ss.; S. BATTINI – B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1001 ss.; A. GIGLIOTTI, *Politica ed amministrazione in Italia tra riforme legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *La barra e il timone*, cit., 305 ss.

<sup>524</sup> In Francia nell'amministrazione statale si provvede all'esigenza di acquisire specifiche professionalità maturate in contesti diversi dal settore pubblico con le c.d. "*nominations au tour extérieur*" nei "*corps*" di

alta specializzazione<sup>525</sup>. In Italia gli incarichi dirigenziali conferiti senza concorso ad esterni non possono in ogni caso superare alcune limitate percentuali prefissate dalla legge e applicabili tanto all'amministrazione statale che a quella locale<sup>526</sup>.

All'opposto si legittima la deroga al principio del concorso per i posti al livello più basso della gerarchia amministrativa, per i quali si richiede una limitata qualificazione professionale: in Italia il riferimento è al diploma di scuola dell'obbligo e il sistema utilizzato per il reclutamento è l'avviamento degli iscritti alle liste del collocamento<sup>527</sup>.

In tal caso è lo stesso principio di buon andamento dell'amministrazione a suggerire il superamento dei concorsi pubblici – caratterizzati di norma da un elevato afflusso di candidati e dunque da pesanti oneri organizzativi – a beneficio di un sistema semplificato (avviamento). Il fatto che la selezione non necessariamente sfoci

---

categoria A: cfr. Y.M. DOUBLET, *Nominations au tour extérieur et pantouflage dans la haute fonction publique. A propos de la loi n° 94-630 du 28 juin 1994*, in *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 1995, 716. In Belgio possono essere stipulati contratti in deroga al principio del pubblico concorso in particolare per «*pourvoir à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter*»: Arrêté royal du 22 décembre 2000 *fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire française, ainsi que des personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés, des Régions, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française (A.R.P.G.)*, art. 2, § 1, n. 4; cfr. P.O. DE BROUX, *De Camu à Copernic: L'évolution de la fonction publique en Belgique*, in *Administration Publique Trimestrielle*, 2005, 175.

<sup>525</sup> Ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19, co. 6°, possono essere conferiti incarichi dirigenziali a termine a «persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione, che abbiano svolto attività in organismi ed enti pubblici o privati ovvero aziende pubbliche o private con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali, o che abbiano conseguito una particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica desumibile dalla formazione universitaria e postuniversitaria, da pubblicazioni scientifiche e da concrete esperienze di lavoro maturate per almeno un quinquennio, anche presso amministrazioni statali, ivi comprese quelle che conferiscono gli incarichi, in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza, o che provengano dai settori della ricerca, della docenza universitaria, delle magistrature e dei ruoli degli avvocati e procuratori dello Stato»; negli enti locali il personale «di alta specializzazione» è previsto dal d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 110.

<sup>526</sup> Tra il 10 e l'8% del totale: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19, commi 6 e 6 *ter*, nella versione risultante dal d.lgs. n. 150 del 2009, cit., art. 40. Cfr. Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 9: viola il principio del pubblico concorso una legge regionale che ammette il conferimento di incarichi dirigenziali ad esterni in una percentuale particolarmente elevata (30%) senza subordinarlo a «specifiche esigenze di interesse pubblico».

<sup>527</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 1°, lett. b; l. 28 febbraio 1987, n. 56, art. 16. Per la disciplina del collocamento cfr. d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181, *recante norme per agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro*, come mod. in particolare dal d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297, ove sono previsti i principi fondamentali per l'esercizio della potestà legislativa delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano in materia di revisione e razionalizzazione delle procedure di collocamento. In Francia la deroga è prevista per i posti «*de catégorie C*» o in generale del primo grado di ciascun corpo se previsto dalla relativa disciplina regolamentare: loi n° 84-16, cit., art. 22, lett. c, per la *fonction publique d'État*; loi n° 84-53, cit., art. 38, lett. c, per la *fonction publique territoriale*; loi n° 86-33, art. 32, cit., lett. c, per la *fonction publique hospitalière*.

nell'individuazione del "migliore candidato" risulta accettabile in ragione del basso grado di difficoltà delle mansioni che saranno esercitate dai candidati prescelti<sup>528</sup>.

L'avviamento degli iscritti alle liste del collocamento garantisce comunque un accesso non discriminatorio e rispettoso degli imperativi costituzionali ed europei di libera circolazione (art. 51 Cost., art. 45 TFUE), poiché trattasi di un sistema basato su criteri obiettivi, secondo taluno di tipo "paraconcorsuale"<sup>529</sup>, in cui gli interessati sono classificati in un ordine che segue non il merito professionale ma il c.d. "merito sociale"<sup>530</sup>, con fondamento sul principio di solidarietà (art. 2 Cost.)<sup>531</sup>. L'assunzione

---

<sup>528</sup> Il carattere elementare delle mansioni associate al posto da ricoprire vale in linea generale a giustificare la deroga al principio concorsuale: Corte cost. 30 dicembre 1997, n. 444, relativa a un concorso riservato al personale sanitario assunto in qualità di supplente nelle aziende unità sanitarie locali e nelle aziende ospedaliere. Per una proposta recente di estendere il sistema di avviamento al lavoro all'insieme dei profili di qualifica non dirigenziale: P. BARRERA, *Riflessioni e qualche idea sul reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni*, in *www.astrid-online.it*, 2010. Cfr. G. TONOLETTI, *Deroghe al principio del pubblico concorso in rapporto al buon andamento dell'amministrazione*, in *Le Reg.*, 1991, XXX ss.

<sup>529</sup> Cfr. L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in *Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, cit., 1040 e ss.; E.A. APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 622. Contraria: Cass., sez. un., 2 aprile 2008, n. 8452: «l'iscrizione nelle liste dei disoccupati e la permanenza in esse, non comportando alcun apprezzamento discrezionale neppure sul piano tecnico, né l'esercizio di un potere da parte della p.a., costituiscono oggetto di diritti soggettivi dei privati, la cognizione dei quali spetta alla giurisdizione del giudice ordinario»; Cass., sez. un., 19 agosto 2003, n. 12096; Cass., sez. un., 6 giugno 2005, n. 11722; Id., sez. un., 8 agosto 2005, n. 16621; Cass., sez. un., 16 marzo 1999, n. 142; Cass., sez. un., 27 maggio 1999, n. 302; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 20 febbraio 2006, n. 250; Tar Marche, 19 luglio 2005, n. 919; Tar Sicilia, sez. I, 11 febbraio 2003, n. 196; Tar Abruzzo, 15 gennaio 2003, n. 2; TAR Sardegna, 6 dicembre 2002, n. 1769; Tar Emilia Romagna, Parma, 8 febbraio 2002, n. 46; Tar Veneto, sez. II, 12 febbraio 2002, n. 541; Tar Veneto, sez. I, 13 aprile 2002, n. 1346; Tar Basilicata, 17 luglio 2002, n. 531; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 12 settembre 1996, n. 1620; Trib. Messina, sez. III, ord. 28 giugno 1999, in *www.lexitalia.it*.

<sup>530</sup> Cfr. *supra*, par. 1.

<sup>531</sup> Cfr. in generale sul dovere di solidarietà: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., XXX ss., e da ultimo I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, cit., 59 ss.; ID., *Sussidiarietà e fraternità alla prova: due declinazioni sintomatiche della critica antiformalistica*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino e C. Tripodina, Milano, 2012, 199 ss.; D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. BORGONOVO RE – F. CORTESE – D. FLORENZANO, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Torino, 2012, 65 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, XXX ss.; ID., *I doveri di solidarietà sociale*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 3 ss.; G. MAJORANA, *Il dovere di solidarietà e le generazioni future*, ivi, 403 ss.; L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, ivi, 517 ss.; F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, a cura di A.M. Baggio, Roma, 2007, 211 ss.; A. MATTIONI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in *La fraternità come principio del diritto pubblico*, a cura di A. Marzanati – A. Mattioni, Roma, 2007, 7 ss.; A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, 68 ss.; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 81 ss.; L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e soc.*, 1996, 1 ss.; M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, 1993, XXX ss.

degli avviati è comunque subordinata a una verifica di idoneità all'esercizio delle mansioni che intende garantire la tutela degli interessi dell'amministrazione.

Il principio di solidarietà fonda altresì le deroghe che istituiscono quote di riserva a beneficio dei disabili (art. 38, co. 3°, Cost.)<sup>532</sup>, secondo una tradizione comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri<sup>533</sup> che si è tradotta nel diritto dell'Unione Europea nell'obiettivo di promuovere un mercato del lavoro "inclusivo" in cui le persone con disabilità o in situazione svantaggiata siano effettivamente integrate (artt. 9 e 19 TFUE)<sup>534</sup>.

Nell'ordinamento italiano il principio solidaristico trova un limite nello stato di disoccupazione posto a presupposto della preferenza<sup>535</sup>: il diritto alla riserva è escluso nelle procedure di progressione in carriera, ove la previsione di una quota riservata ai dipendenti disabili costituirebbe un'«irragionevole compressione dei principi

---

<sup>532</sup> Per l'attuazione cfr. l. 12 marzo 1999, n. 68. Cfr. da ultimo: M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit., 77 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., 377 ss.; A. BELLAVISTA, *Assunzione obbligatoria*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, 172; F. COLIN, *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, Paris, 2000, 162 ss. Per una prospettiva comparata: T. DEGENER, *Disability Discrimination Law: A Global Comparative Approach*, in *Disability Rights in Europe: From Theory To Practice*, edited by A. Lawson, C. Gooding, Oxford and Portland, 2005, 87 ss.

<sup>533</sup> In Francia loi n° 84-16, cit., art. 27, per la previsione di benefici volti a facilitare il reclutamento delle "personnes handicapées"; in Spagna Ley 7/2007, de 12 de abril, cit., art. 59, ove è stabilita la riserva del 7% degli impieghi a beneficio delle "personas con discapacidad".

<sup>534</sup> Cfr. art. 26, Carta dir. fond. Un. Eur.; Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere*, Bruxelles, 15 novembre 2010, COM(2010), 636 def., 7; Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Pari opportunità per le persone con disabilità: un piano d'azione europeo*, Bruxelles, 30 ottobre 2003, COM(2003), 650 def., 15; Regolamento (CE) n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002 relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di stato a favore dell'occupazione, art. 5. Cfr. L. WADDINGTON et A. LAWSON, *Handicap et droit européen contre la discrimination. Une analyse du droit européen contre la discrimination des personnes handicapées dans le domaine de l'emploi et au-delà*, Luxembourg, 2010, 13 ss. Nel diritto internazionale cfr. Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, art. 27, ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18, su cui si veda la Decisione del Consiglio del 26 novembre 2009 *relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità* (2010/48/ce).

<sup>535</sup> Per la necessaria connessione tra riserve e stato di disoccupazione dei beneficiari al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura concorsuale: Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2006, n. 7395; Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2006, n. 7004; Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7374; Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6958; Cons. St., sez. II, 19 gennaio 2005, n. 11616/04; Cons. St., sez. IV, 6 aprile 2004, n. 1869; Cons. St., 23 febbraio 2004, n. 712, *ivi*; Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2003, n. 7274; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2003 n. 1271; Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5207; *contra* sostiene che lo stato di disoccupazione debba essere dimostrato all'atto della nomina: Cons. St., sez. V, 7 dicembre 2001, n. 6175.

dell'eguaglianza e del merito, a danno dell'efficienza e del buon andamento della pubblica amministrazione»<sup>536</sup>.

Il principio di solidarietà è stato infine da ultimo invocato a giustificazione delle deroghe alla pubblicità del concorso per la stabilizzazione del personale c.d. "precario"<sup>537</sup>.

Le procedure di stabilizzazione ("titularisation", "consolidación") – rappresentano una soluzione comune negli ordinamenti degli Stati membri<sup>538</sup> a fronte del ricorso a

---

<sup>536</sup> Corte cost. 11 maggio 2006, n. 190, relativa a una procedura per il reclutamento dei dirigenti scolastici; nello stesso senso anche Corte cost. 1 aprile 1998, n. 88.

<sup>537</sup> Cfr. da ultimo l. 27 dicembre 2006 n. 296, art. 1, co° 519: «Per l'anno 2007 una quota pari al 20 per cento del fondo di cui al comma 513 è destinata alla stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge, che ne faccia istanza, purché sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge. Alle iniziative di stabilizzazione del personale assunto a tempo determinato mediante procedure diverse si provvede previo espletamento di prove selettive (...)». Della stessa legge si vedano inoltre l'art. 1, co. 526°, 529°, 558°, 560°, la l. 24 dicembre 2007 n. 244, art. 3, co. 80° e il d.l. 1° luglio 2009 n. 78, art. 17, conv. in l. 3 agosto 2009, n. 102, per la fissazione del termine del 31 dicembre 2010 per le stabilizzazioni. Sull'interpretazione di tali norme da ultimo: Cons. St., ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9. Rileva come nell'esercizio 2010 siano state stabilizzate oltre 10.000 unità di personale concentrate specialmente nella sanità (n. 4.842 unità), negli enti locali (n. 3.907 unità, provenienti soprattutto da lavoratori socialmente utili), negli enti di ricerca (n. 417 unità) e nell'università (n. 329 unità): Corte dei conti, *Relazione 2012 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, maggio 2012, 12. Per l'applicazione dei limiti alla legislazione regionale, fra molte: Corte cost., 11 aprile 2011, n. 123; Corte cost., 1° aprile 2011, n. 108; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 67; Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52; Corte cost., 7 febbraio 2011, n. 42; Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 7; Corte cost., 1° dicembre 2010, n. 354; Corte cost., 20 ottobre 2010, n. 303; Corte cost., 7 luglio 2010, n. 235; Corte cost., 21 giugno 2010, n. 225; Corte cost., 17 giugno 2010, n. 213; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 149; Corte cost., 14 luglio 2009, n. 215; Corte cost., 4 novembre 2009, n. 293; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 1333; Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7271. Cfr. M.T. SPADAFORA, *Le procedure di stabilizzazione del personale a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 1 comma 519 l. 296/2006 (finanziaria 2007). Natura e giurisdizione*, in *Lav. p.a.*, 2009, 167 ss.; B. CARUSO, *La regolazione "a doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, *ivi*, 2008, 221 ss.; F. PANTANO, *La c.d. "stabilizzazione" dei lavoratori non a termine nella finanziaria 2007 ed il "buon andamento" della pubblica amministrazione*, *ivi*, 2007, 635 ss.

<sup>538</sup> Sulla "titularisation" dei "contractuels" in Francia: loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 *relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique (...)*; attuata con décret n° 2012-631 du 3 mai 2012 *relatif aux conditions d'éligibilité des candidats aux recrutements réservés pour l'accès aux corps de fonctionnaires de l'Etat des catégories A, B et C et fixant les conditions générales d'organisation de ces recrutements (...)*; loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 *relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique, ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale*, dite loi Sapin. Per una critica si veda in particolare: G. PEISER, *Contribution à l'étude de «la fonction publique à la française»*, in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, 2002, 421: «ainsi un recrutement normal par concours est remplacé par un recrutement initialement libre finissant par une intégration qui n'aura de concours que le nom». Segnala una quindicina di interventi dal 1946 al 2005: J.M. LE MOYNE DE FORGES, *La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, in *Actualités Juridiques Droit Administratif (AJDA)*, 2005, 2285 ss.; C. MONIOLLE, *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État. Entre précarité et pérennité*, Paris, 1999, 228 ss. Sulla "consolidación del empleo temporal" in Spagna: Ley 7/2007, de 12 de abril, cit., *disposición transitoria cuarta*: «1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. 2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y

personale non di ruolo, talora anche per esigenze strutturali, che seppur endemico per gli enti pubblici si è intensificato negli ultimi anni a causa dei “blocchi delle assunzioni” imposti dal patto di stabilità interno<sup>539</sup>.

In Italia la disciplina più recente consente alle amministrazioni di bandire concorsi con una quota di posti riservata al personale precario (massimo 40%)<sup>540</sup>, superando la soluzione previgente che ne consentiva la stabilizzazione a domanda.

Il beneficio da ultimo accordato (riserva non superiore al 40%) si mostra più rispettoso del principio di pubblicità del concorso, cui pure la disciplina previgente aveva inteso offrire tutela prevedendo quale requisito di accesso alle stabilizzazioni l’aver superato una “procedura selettiva pubblica” per la costituzione del rapporto a termine. Tale requisito tuttavia non valeva a superare i profili di disparità di trattamento determinati da una riserva nell’accesso fondata sul superamento di valutazioni comparative cui i precari avevano partecipato nella prospettiva di una mera assunzione a tempo

---

*publicidad. 3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.(...)». Cfr. J.B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en regime laboral*, cit., 159 ss., ove la norma citata è richiamata a riprova del fatto che la questione della “consolidación” è ormai divenuta «endémica y recurrente» e le relative procedure sono un «Caballo de Troya en el sistema de acceso al empleo público»; J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, cit., 206 ss. per la ricostruzione storica dei precedenti. Evidenzia l’alternarsi di assunzioni di agenti contrattuali e successive stabilizzazioni in Grecia: J.L. BODIGUEL, *Les fonctions publiques dans l’Europe des douze*, cit., 106-107.*

<sup>539</sup> Il personale “precario” è un problema «dal punto di vista politico e della organizzazione amministrativa» già secondo M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, cit., XXXV-XXXVII, poichè il ricorso ad esso, pur se necessario, degenera frequentemente in abuso, e pur se la tendenza è quella di cercare di ridurlo al minimo, parallelamente si «finisce con l’assorbirne gran parte nei ruoli» per il tramite di «eccezionali disposizioni che agevolano, con provvedimenti vari di favore, il collocamento di straordinari o di avventizi in pianta stabile, facendo occupar loro i posti vacanti nelle tabelle organiche (...), i quali restano sottratti così alla norma comune, che sarebbe quella del pubblico concorso». Da ultimo segnala come l’assunzione dei precari sia stata in passato utilizzata anche per «l’esigenza, o convenienza, di utilizzare il rapporto con le amministrazioni pubbliche come ammortizzatore sociale, o come strumento clientelare di formazione del consenso»: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 566.

<sup>540</sup> Cfr. d.l. n. 78 del 2009, cit., art. 17, co. 10° e ss.: «Nel triennio 2010-2012, le amministrazioni pubbliche (...) possono bandire concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato con una riserva di posti, non superiore al 40 per cento dei posti messi a concorso, per il personale non dirigenziale in possesso dei requisiti di cui all’articolo 1, commi 519 e 558, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e all’articolo 3, comma 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. 11. Nel triennio 2010-2012, le amministrazioni di cui al comma 10, (...) possono altresì bandire concorsi pubblici per titoli ed esami, finalizzati a valorizzare con apposito punteggio l’esperienza professionale maturata dal personale di cui al comma 10 del presente articolo (...). 12. Per il triennio 2010-2012, le amministrazioni di cui al comma 10, (...) possono assumere, limitatamente alle qualifiche di cui all’articolo 16 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, e successive modificazioni, il personale in possesso dei requisiti di anzianità previsti dal comma 10 del presente articolo maturati nelle medesime qualifiche e nella stessa amministrazione. Sono a tal fine predisposte da ciascuna amministrazione apposite graduatorie, previa prova di idoneità ove non già svolta all’atto dell’assunzione»

determinato - dunque di ridotta appetibilità - poi inaspettatamente rivelatasi titolo esclusivo per successive ed automatiche stabilizzazioni.

Le considerazioni solidaristiche non si estendono ai titolari di incarichi dirigenziali assunti con contratto a termine, né ai collaboratori di *staff* degli organi politici, poiché le ragioni fiduciarie impongono un frequente *turn over* dei collaboratori<sup>541</sup>.

---

<sup>541</sup> Corte cost., 13 novembre 2009, n. 293; Corte cost., 15 luglio 2005, n. 277. La stabilizzazione di dirigenti e organi di staff ha sovente è stata spesso prevista nella legislazione regionale, specie per il comparto sanitario: cfr. riferimenti citati *supra*, in nt. 170. Cfr. Corte conti, sez. contr. riun., *Relazione 2011 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, maggio 2011, 72 ss., ove si evidenzia il «lento e difficile adeguamento da parte delle Regioni ai principi affermati dalla Corte, tanto da arrivare addirittura a configurare, nelle ipotesi estreme, rischi per il mantenimento dei saldi di finanza pubblica».

## CAPITOLO V

### *I concorsi pubblici e le condizioni di un accesso effettivo alle pubbliche amministrazioni.*

SOMMARIO: 1. L'accesso dei lavoratori europei alle pubbliche amministrazioni in condizioni di eguaglianza: i requisiti di ammissione. -2. (*segue*): il mutuo riconoscimento di diplomi e titoli professionali. -3. Libera circolazione dei cittadini europei, concorsi pubblici, corsi-concorsi e "scuole amministrative". -4. Incarichi di lavoro autonomo, appalti di servizi e concorsi pubblici tra tutela della concorrenza e diritto di circolazione dei cittadini europei. -5. Il concorso tra merito ed equa distribuzione delle risorse pubbliche.

#### *2. L'accesso dei lavoratori europei alle pubbliche amministrazioni in condizioni di eguaglianza.*

Si è ricordato come negli ordinamenti nazionali d'Europa il pubblico concorso trovi diretto fondamento nel principio di eguaglianza<sup>542</sup>, che com'è noto è principio comune alla cultura giuridica europea sin dalle Dichiarazioni americane dei diritti (1776) e dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*<sup>543</sup>, che per prima lo specifica nel diritto dei cittadini di accedere a «*toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*» (art. 6)<sup>544</sup>.

Il diritto dell'Unione europea riconosce il principio d'eguaglianza e ne afferma - seppur con le specificità proprie di tale ordinamento - il carattere di principio generale

---

<sup>542</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.

<sup>543</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 1 e ivi specialmente nt. 4.

<sup>544</sup> Cfr. fra molte C. giust. CE, 8 ottobre 1980, C-810/79, *Überschär c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* e altri riferimenti citati *supra*, in cap. I, nt. 91 e in cap. IV, nt. 74.

inizialmente nella giurisprudenza e poi nei Trattati (artt. 2 e 3, § 3, TUE)<sup>545</sup>, specificandolo come divieto di discriminazioni in ragione della nazionalità (artt. 18 e 45, § 2, TFUE)<sup>546</sup> o «fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» (artt. 10 e 19 TFUE)<sup>547</sup>, con norma evidentemente tributaria delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>548</sup>.

---

<sup>545</sup> Art. 20, Carta dir. fond. UE. Cfr. fra molti: A. CELOTTO, *Art. 20, Uguaglianza davanti alla legge*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., 164 ss. Per la ricostruzione della giurisprudenza sul punto: J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 594 ss.

<sup>546</sup> Con riferimento alla libera circolazione delle merci si vedano gli artt. 36-37 e art. 200, § 5, TFUE, sulle importazioni da paesi terzi, come divieto di discriminazioni tra le importazioni in provenienza dai diversi paesi membri; nell'ambito dei trasporti, come divieto di fissare «prezzi e condizioni di trasporto differenti per le stesse merci e per le stesse relazioni di traffico e fondate sul paese di origine o di destinazione dei prodotti trasportati»: art. 95, § 1, TFUE; in materia di politica agricola, come divieto di discriminazioni tra produttori o consumatori dell'Unione: art. 40, § 2, TFUE; in materia di libera circolazione dei capitali: art. 65, § 3, TFUE; in tema di divieto di aiuti di Stato: art. 107 TFUE; sul ravvicinamento delle legislazioni: art. 114, § 6, TFUE; per la parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici (divieto di discriminazioni basate sul sesso): art. 157 TFUE; in tema di azioni di aiuto umanitario: art. 214, § 2, TFUE; sulle cooperazioni rafforzate: art. 326 TFUE.

<sup>547</sup> Cfr. art. 21, Carta dir. fond. UE: «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità». Per la disciplina di attuazione cfr. in particolare: Dir. 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, cit.; Dir. 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, cit. Cfr. Commissione, *Libro verde Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea allargata*, Bruxelles, 28.05.2004, COM(2004)379 def. Sul diritto anti-discriminatorio cfr. da ultimo D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., 12 ss. e 378 ss. e ulteriori riferimenti citati *supra*, cap. I, nt. 93.

<sup>548</sup> Sul rapporto tra i principi enunciati nella Carta di Nizza con le “tradizioni costituzionali comuni” ai paesi membri, si vedano, oltre ai riferimenti citati *supra*, in cap. I, nt. 68, da ultimo: M. BARBERIS, *L'Europa del diritto*, cit., 198 ss.; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009, 10 ss. Per l'enunciazione del principio di eguaglianza nelle Costituzioni nazionali cfr. fra molte, oltre all'art. 3, co. 1°, Cost., in Francia art. 1, Cost. del 1958: «*La France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion*»; in Spagna art. 14 Cost. del 1978: «*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*»; in Portogallo art. 13 Cost.: «*Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual*»; in Germania, art. 3, § 3, Legge fondamentale: «*Nessuno può avere danno o preferenza a causa del suo sesso, della sua nascita, della sua razza, della sua lingua, della sua nazionalità o provenienza, della sua fede, delle sue opinioni religiose o politiche*»; in Olanda art. 1, Cost.: «*Le discriminazioni per motivi di religione, opinioni, opinioni politiche, razza, sesso, o qualsiasi altro motivo non sono permesse*». Sull'“equality before the law”, come principio derivante dalla “rule of law” nell'ordinamento del Regno Unito, da ultimo S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Some Arguments in Defence of a Formal Meaning of the Rule of Law*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2012, [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com); ID., *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)*, in *Dir. amm.*, 2011, 29 ss.; F. VIOLA, *Rule of Law, Il governo della legge ieri e oggi*, Torino, 2011, 64 ss.; P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 35 ss.; A. DONATI, *Rule of law common law - Lineamenti*, Milano, 2010, 28 ss.; E. SANTORO, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, 2008, 245 ss. (per la *rule of law* nel pensiero di A.V. Dicey); U. MATTEI, *Rule of law*, in *Dig. disc. civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, 123 ss. Il principio di eguaglianza è inoltre affermato, come noto, nella CEDU, art. 14: «*Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna*

Come si è anticipato, l'eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici è assicurata innanzi tutto con i requisiti di ammissione alle procedure concorsuali, che si distinguono normalmente in generali e speciali<sup>549</sup>.

I requisiti generali per l'accesso al pubblico impiego sono fissati negli ordinamenti giuridici dei paesi membri in norme di legge o in altre fonti regolamentari o negoziali cui la legge fa rinvio<sup>550</sup> e comprendono con poche varianti - oltre alla tradizionale condizione di cittadinanza nazionale di cui si è già riferito<sup>551</sup> - requisiti positivi come l'età minima<sup>552</sup>, il godimento dei diritti civili<sup>553</sup>, l'idoneità fisica o psico-fisica dei candidati<sup>554</sup>, il possesso di un titolo di studio di uno specifico grado<sup>555</sup> e – talora solo

---

discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». In tema fra molti: R. BIN, *Art. 14: Divieto di discriminazione*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 518 ss.; O. M. ARNARDÓTTIR, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague, The Netherlands, 2003, 1 ss.

<sup>549</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.

<sup>550</sup> Es. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 7°.

<sup>551</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.

<sup>552</sup> Per lo più eguale a 18 anni; cfr. Corte cost., 5-19 luglio 2001, n. 268; Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 466; Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2001, n. 2571; Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2000, n. 7036; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 6657, secondo cui l'abolizione dei limiti di età di cui alla l. 15 maggio 1997, n. 127, art. 3, co. 6° avrebbe travolto anche l'età minima. Da ultimo sulla preferenza per il candidato "più giovane d'età": Cons. St., sez. V, 26 giugno 2012, n. 3733. L'età minima è talora fissata a 16 anni: cfr. in Spagna Ley 7/2007, cit., art. 56, co. 1°, lett. c.

<sup>553</sup> Cfr. in Italia d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 2, co. 3°: «Non possono accedere agli impieghi coloro che siano esclusi dall'elettorato politico attivo, nonché coloro che siano stati destituiti o dispensati dall'impiego presso una pubblica amministrazione per persistente insufficiente rendimento, ovvero siano stati dichiarati decaduti da un impiego statale»; in Spagna Ley 7/2007, cit., art. 56, co. 1°, lett. d; in Francia loi n° 83-634, cit., art. 5, n° 2; in Belgio Arrêté royal du 2 octobre 1937 *portant le Statut des agents de l'État*, art. 16, n. 4°. Per i funzionari dell'Unione europea cfr. art. 28, lett. a, Statuto dei funzionari.

<sup>554</sup> Fermo restando l'obbligo di prevedere riserve di posti per i candidati appartenenti alle categorie protette, cfr. *supra*, cap. IV, par. 6 e ivi nt. 169-170. Cfr. in Italia d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 2, co. 1°, n. 3, ove il requisito di idoneità fisica ha sostituito quello di «sana e robusta costituzione»: l. n. 68 del 1999, cit., art. 16, co. 3°; in Spagna Ley 7/2007, cit., art. 56, co. 1°, lett. b: «*capacidad funcional para el desempeño de las tareas*»; in Francia loi n° 83-634, cit., art. 5, n° 5: «*Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire [...] S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap*», con cui si è sostituita la norma che richiedeva l'assenza di «*toute affection tuberculeuse, cancéreuse ou nerveuse*» (Ordonnance n°59-244 du 4 février 1959 *relative au Statut général des fonctionnaires*, art. 16, n° 4); in Belgio Arrêté royal du 2 octobre 1937, cit., art. 15, co. 2°: «*Selon les modalités déterminées par Nous, l'agent de l'État doit justifier de la possession des aptitudes médicales exigées pour la fonction à exercer*»; in Irlanda Civil Service Commissioners Act, 1956, art. 17, lett. c, ove si richiede che i candidati siano «*in good health and free from any physical defect or disease which would be likely to interfere with the proper discharge of his duties in that position and possesses the physical characteristics (if any) prescribed for the position by the said regulations*». Per i funzionari dell'Unione europea cfr. art. 28, lett. e, Statuto dei funzionari. Cfr. F. COLIN, *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, cit., 73 ss e 199 ss.

<sup>555</sup> Cfr. *infra*, par. 3.

per alcuni impieghi - una «condotta irreprensibile»<sup>556</sup>, o requisiti negativi come non essere stati destituiti da un precedente impiego pubblico<sup>557</sup> o l'assenza di precedenti penali<sup>558</sup>.

In alcuni ordinamenti si hanno requisiti ulteriori, come la regolarità rispetto agli obblighi di leva<sup>559</sup>, la conoscenza di almeno una lingua straniera e «dell'uso delle apparecchiature e delle applicazioni informatiche più diffuse»<sup>560</sup>, l'«idoneità di carattere»<sup>561</sup>, l'assenza di una «situazione personale di conflitto d'interesse»<sup>562</sup>.

L'enunciazione di tali requisiti minimi è stata talora direttamente condizionata dal diritto dell'Unione europea<sup>563</sup>: affievolendo innanzi tutto la cittadinanza nazionale, ma

---

<sup>556</sup> In Italia il requisito di “buona condotta”, previsto dal d.P.R. n. 3 del 1957, cit., art. 2, lett. b, è stato abrogato con l. 29 ottobre 1984, n. 732; la disciplina vigente prevede il requisito della condotta “incensurabile” per le assunzioni presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e le amministrazioni che esercitino competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia e di giustizia: cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 6°; d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 2, co. 5°. Cfr. Corte cost., 23-31 marzo 1994, n. 108 e Corte cost., 13-28 luglio 2000, n. 391 per l'annullamento della disposizione che richiedeva l'appartenenza ad una «famiglia di estimazione morale indiscussa» o escludeva i candidati i cui parenti avessero riportato condanne per strage, associazione di tipo mafioso, guerra civile ecc. Da ultimo cfr. Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5301: la condotta “incensurabile” è un *quid pluris* rispetto alla buona condotta ed è senz'altro esclusa da gravi precedenti penali; o dal consumo di stupefacenti per il reclutamento nell'Arma dei Carabinieri: Cons. St., sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3616. In Belgio è richiesta «une conduite répondant aux exigences de la fonction»: Arrêté royal du 2 octobre 1937 cit., art. 16, n° 2. Per i funzionari dell'Unione europea cfr. art. 28, lett. c, Statuto dei funzionari: «Per la nomina a funzionario, occorre [...] offrire le garanzie di moralità richieste per le funzioni da svolgere». Cfr. G. VACIRCA, *Buona condotta (diritto pubblico)*, in *Enc. giur.*, vol. V, Roma, 1991, 1 ss.; G. VIRGA, *Abolizione del requisito della buona condotta e cause ostative all'instaurazione del rapporto di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1988, 1629 ss.

<sup>557</sup> Cfr. *supra*, nt. 12.

<sup>558</sup> In Francia occorre che le «*mentions portées au bulletin n° 2 du casier judiciaire*» siano compatibili con l'esercizio delle funzioni (loi n° 83-634, cit., art. 5, n° 3), con previsione che ha sostituito quella di «*bonne moralité*» (Ordonnance n°59-244 cit., art. 16, n° 2).

<sup>559</sup> Es. in Francia loi n° 83-634, cit., art. 5, n° 4; in Belgio Arrêté royal du 2 octobre 1937 cit., art. 16, n° 4; per i funzionari dell'Unione europea cfr. art. 28, lett. b.

<sup>560</sup> Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 37. Per i funzionari dell'Unione europea cfr. art. 28, lett. f, ove si richiede «una conoscenza approfondita di una delle lingue delle Comunità e una conoscenza soddisfacente di un'altra lingua delle Comunità nella misura necessaria alle funzioni da svolgere».

<sup>561</sup> Cfr. in Irlanda il Civil Service Commissioners Act, 1956, art. 17, lett. d: «*a person shall be accepted by the Commissioners as qualified for appointment to a position for which a competition is held if, but only if, the Commissioners are satisfied that: [...]e is suitable on grounds of character*».

<sup>562</sup> In Belgio Arrêté royal du 2 octobre 1937 cit., art. 16, n° 5. Per una rassegna negli ordinamenti nazionali: J. ZILLER, *Égalité et mérite*, cit, 115 ss., che propone la classificazione in “*conditions objectives*” (es. cittadinanza nazionale, età, idoneità fisica) e “*subjectives*” (es. buona condotta, idoneità generale); S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, cit., 214 ss. e 241 ss.

<sup>563</sup> Nell'ordinamento italiano ai cittadini europei che vogliono accedere ai pubblici impieghi sono richiesti il godimento dei diritti civili e politici negli Stati di appartenenza o provenienza, il possesso di tutti i requisiti previsti per i cittadini della Repubblica (con l'ovvia eccezione dello *status* di cittadinanza), e l'«adeguata

anche imponendo l'abolizione di discriminazioni in ragione dell'età (massima) per l'accesso agli impieghi pubblici<sup>564</sup>, salve le ragioni dettate dalla particolare natura del servizio o per «oggettive necessità dell'amministrazione»<sup>565</sup>.

Le amministrazioni nei regolamenti<sup>566</sup> o nei bandi di concorso possono definire ulteriori requisiti di ammissione correlati alle caratteristiche specifiche dell'impiego da

---

conoscenza della lingua italiana» (d.P.C.M. n. 174 del 1994, cit.). In Francia debbono avere il godimento dei diritti civili nel paese di provenienza, essere fisicamente idonei - ferma restando la disciplina speciale per i disabili -, non aver subito una condanna penale incompatibile con l'esercizio delle funzioni, essere in posizione regolare con gli obblighi di leva (loi n° 83-634, cit., art. 5 bis, al. 2°). In Spagna si richiede il possesso di tutti i requisiti richiesti ai candidati nazionali, la dimostrazione della nazionalità di uno dei paese membri, di non «haber sido objeto de sanción disciplinaria o condena penal que impida, en su Estado, el acceso a la función pública», e un «conocimiento adecuado del castellano» che potrà essere dimostrato con lo svolgimento delle prove concorsuali o con apposito esame (Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, artt. 7-9).

<sup>564</sup> In forza del principio di non discriminazione in ragione dell'età: cfr. *supra*, cap. I, nt. 97.

<sup>565</sup> In Italia l'età massima di accesso ai pubblici impieghi, in origine fissata con norma generale a quarant'anni, è stata abolita dalla l. 15 maggio 1997, n. 127, art. 3, co. 6°, con previsione che ha anticipato il corrispondente divieto enunciato in sede europea. Cfr. Corte cost., 24 maggio 2000, n. 160; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 6657; Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2007, n. 6049; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2423. Per norme speciali che mantengono il limite di età: Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2007, n. 6856; Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 7242, n. 7243 e n. 7294; Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2002, n. 2302; Tar Sicilia, sez. I, 16 maggio 2001, n. 723; Tar Trentino – Alto Adige, sez. Trento, 2 maggio 2000, n. 145. La discrezionalità del legislatore nella fissazione dei limiti di età è particolarmente accentuata per il reclutamento dei militari: Cons. St., sez. IV, 26 maggio 2006, n. 3203. Il limite di età è inoltre mantenuto per l'accesso alla magistratura (militare, ordinaria e amministrativa): Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 903; Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4342. Sulle modalità di calcolo dell'età da ultimo cfr: Cons. St., Ad. plen., 2 dicembre 2011, n. 21. In Spagna cfr. Ley 7/2007, cit., art. 56, co. 1°, lett. c, ove l'età massima è fissata in coincidenza con quella di «jubilación forzosa» (pensionamento obbligatorio), fatta salva la possibilità di stabilirne una diversa con norme speciali di legge. In Francia cfr. loi n° 83-634, cit., art. 6, al. 4°: «des conditions d'âge peuvent être fixées, d'une part, pour le recrutement des fonctionnaires dans les corps, cadres d'emplois ou emplois conduisant à des emplois classés dans la catégorie active au sens de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite, d'autre part, pour la carrière des fonctionnaires lorsqu'elles résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions qu'ils sont destinés à assurer dans leur corps, cadre d'emplois ou emploi». Per la funzione pubblica europea l'età massima (45 anni) è stata abolita a partire dal 10 aprile 2002: cfr. Commissione della Comunità europea, *Un'amministrazione al servizio di mezzo miliardo di europei, Le riforme della politica del personale alla Commissione europea*, 2002, 8 ss.

<sup>566</sup> Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 36, co. 7°, ove la definizione dei requisiti di accesso è rimessa al regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi degli enti locali. Per l'amministrazione statale cfr. d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 2. Per un esempio cfr. d.m. 30 giugno 2003 n. 198, *Regolamento concernente i requisiti di idoneità fisica, psichica e attitudinale di cui devono essere in possesso i candidati ai concorsi per l'accesso ai ruoli del personale della Polizia di Stato e gli appartenenti ai predetti ruoli*, art. 3, ove l'idoneità fisica si specifica nel possesso di «sana e robusta costituzione fisica», «statura non inferiore a m. 1,65 per gli uomini e m. 1,61 per le donne» con un «rapporto altezza-peso, tono ed efficienza delle masse muscolari, distribuzione del pannicolo adiposo e trofismo» capaci di «rispecchiare un'armonia atta a configurare la robusta costituzione e la necessaria agilità indispensabile per l'espletamento dei servizi di polizia» e specifiche condizioni di *visus*. Il requisito di statura minima è stato implicitamente abrogato dal d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, art. 31, co. 2°, che ne fa salva la previsione per il solo corpo nazionale dei vigili del fuoco: Cons. St., sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5075. Per ulteriori riferimenti su speciali requisiti di idoneità fisica, cfr. *infra*, nt. 45.

attribuire<sup>567</sup> ed in ragione dell'autonomia organizzativa<sup>568</sup> che è reale fondamento del pubblico concorso.

Si dimentica troppo di frequente che la capacità professionale e morale dell'organizzazione denominata "pubblica amministrazione" è data dalla composizione dei suoi agenti, più esattamente anzitutto dalla capacità professionale o morale di ciascuno di essi da definirsi – non in assoluto – in ragione degli interessi affidati alle sue cure, in definitiva delle competenze ad essa attribuite<sup>569</sup>.

Capacità delle persone chiamate a divenire parte della pubblica amministrazione che assumono rilievo come *parti* di un'organizzazione destinata a durare nel tempo, dunque come insieme dinamico e non come individui, seppur il concorso si evidenzi come momento di selezione individuale.

Discrezionalità dunque come capacità di definire un'organizzazione come strumento per la cura degli interessi pubblici ad essa affidati. In tal senso si parla frequentemente di discrezionalità nella stessa decisione di bandire il concorso o nello scorrere una graduatoria preesistente<sup>570</sup>, nella definizione dei requisiti di ammissione e di merito

---

<sup>567</sup> Cfr. in Spagna Ley 7/2007, cit., art. 56, co. 3°: «*podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general*»; in Belgio Arrêté royal du 2 octobre 1937, cit., art. 17, § 1<sup>er</sup>, lett. c: «*L'administrateur délégué du Bureau de sélection de l'Administration fédérale peut, pour une sélection comparative déterminée, imposer la condition d'un âge minimum ou des conditions spéciales d'aptitudes professionnelles acquises au sein d'un Etat faisant partie de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, consistant dans les connaissances pratiques ou dans l'exercice d'une activité antérieure, lorsque de telles conditions sont justifiées par la nature des emplois à conférer*». Sull'efficacia di bandi di gara e di concorso da ultimo: S. PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, 2006, 33 ss.; C. VOLPE, *Bandi di gara ed inviti alla gara*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2004; H. SIMONE, *Bandi, avvisi e misure di pubblicità*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di F. Saitta, Padova, 2008, 617 ss.; S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa e concorrenziale*, cit., 130 ss.

<sup>568</sup> Per tutti: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 175 ss.

<sup>569</sup> Cfr. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa: l'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, cit., 192 ss.

<sup>570</sup> Cfr. da ultimo: Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14; Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7244; Cons. St., sez. V, 26 ottobre 2009, n. 6536; Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332; Cons. St., sez. IV, 18 giugno 2009, n. 3998; Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008, n. 3989; Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 509; Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2007, n. 870; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 53, con nt. di S. MONZANI, *La ultrattività della graduatoria non comporta in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di assunzione per «scorrimento»*, in *Foro amm-CdS*, 2007, 557; Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6985; Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5320; Cass., sez. un., 9 febbraio 2009, n. 3055; Cass., sez. un., 18 giugno 2008, n. 16527; contrarie: Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 474; Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 266; Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4249; Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6758; Cass., sez. un., 4 aprile 2008, n. 8736; Cass., sez. un., 13 dicembre 2007, n. 266113; Cass., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5397; Cass., sez. un., 7 febbraio 2007, n. 2698.

richiesti ai candidati, per non parlare poi dell'operato delle commissioni di concorso, che in qualità di organi straordinari dell'amministrazione sono talora definite addirittura "sovrane"<sup>571</sup>.

A fronte della discrezionalità dell'amministrazione nell'organizzazione e svolgimento delle procedure concorsuali il singolo è titolare di una posizione soggettiva cui si è offerta tutela nei limiti di manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, irrazionalità o travisamento dei fatti<sup>572</sup>, con un orientamento che si ritrova anche negli ordinamenti che non conoscono la differenziazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi<sup>573</sup>, poiché è il più noto principio di separazione dei poteri ad aver limitato la giurisdizione nei confronti dell'amministrazione pubblica<sup>574</sup>.

---

<sup>571</sup> Cfr. di recente: Conseil d'Etat, 9 juin 2010, n° 333516, *Mme Isabelle A*; Conseil d'Etat, 11 décembre 2009, n° 324190, *Mme Aveline Ag*; Conseil d'Etat, 12 février 1988, n° 85304, *M. L.* Da ultimo si veda: D. ESPAGNO, *Le droit français des concours entre permanence et évolution*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 376 ss.

<sup>572</sup> Es. sulla fissazione dei criteri: Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009, n. 1506; Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3099; Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1898; Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3012; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1643; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1390; Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4989; sulla valutazione dei titoli: Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009, n. 1506; Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3099; Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1898; Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3012; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1643; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1390; Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4989. Per un'analisi del contenzioso sulle procedure di reclutamento nei principali ordinamenti europei ove si evidenzia come «*les appréciations de jurys de concours ne peuvent dans l'ensemble donner lieu, au mieux, qu'à un contrôle comparable au "contrôle minimum" du Conseil d'État français*», al più con il controllo dell'«*erreur manifeste d'appréciation*»: J. ZILLER, *Égalité et mérite*, cit., 228 ss.; O. DUBOS, *L'exorbitance du droit de la fonction publique*, in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, sous la direction de F. Melleray, Paris, 2004, 260-261. L'autonomia dell'amministrazione si riflette nell'interpretazione prevalente dell'obbligo di motivazione degli atti concorsuali, ove si ammette la sufficienza delle valutazioni in forma numerica: cfr. fra molte 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; Cons. St., sez. VI, 11 ottobre 2007, n. 5347. La Corte costituzionale ha a più riprese escluso che si tratti di "diritto vivente": Corte cost., 27 gennaio 2006, n. 28; Corte cost., 14 novembre 2005, n. 419; Corte cost., 6 luglio 2001, n. 233; Corte cost., 3 novembre 2000, n. 466. Cfr. da ultimo A. ROMANO-TASSONE, *Il consiglio di stato muta indirizzo circa la motivazione delle valutazioni concorsuali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 814 ss.; S. CASTRO, *La motivazione dell'atto amministrativo nei pubblici concorsi*, Torino, 2005, XXX ss.; L. IEVA, *Sulla obbligatorietà della motivazione delle valutazioni tecniche espresse dalle commissioni giudicatrici sulle prove di esame nei concorsi pubblici*, in *Foro amm.-CdS*; 4028 ss.; A. SANDULLI, *La motivazione del provvedimento nei pubblici concorsi ed il sindacato di costituzionalità del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, 3662; C. VIDETTA, *Concorsi, esami e sindacabilità*, in *Dir. amm.*, 1996, 539 ss. In Francia l'affermazione secondo cui «*le jury de concours est souverain*» si traduce nell'esclusione dell'obbligo di motivazione delle sue decisioni: Conseil d'État, 11 janvier 2006, X, req. n. 272282, ove si esclude conseguentemente l'obbligo di conservare gli appunti presi sulla valutazione dei candidati; Conseil d'État, 19 juillet 1983, *Seban*, in *Droit administratif*, 1983, comm. 372; Conseil d'État, 22 novembre 1985, *Bertin*, in *Gazette du Palais*, 1986, 2, *pan. dr. adm.* 297.

<sup>573</sup> In Italia la posizione soggettiva è in prevalenza configurata come un interesse legittimo, su cui si veda *infra*, nt. 35 e 36.

<sup>574</sup> Cfr. l. 20 marzo 1865, n. 2248, *per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, all. E, art. 4. Da ultimo cfr. L. VERRIENTI, *Art. 4*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di R. Villata e A. Romano, Padova, 2009, III ed., 52 ss. Sul principio di separazione dei poteri e la sottrazione

Si è osservato come l'ordinamento dell'Unione europea - cui è ovviamente sconosciuta la separazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi - affermi una «dimensione strettamente personale dei diritti»<sup>575</sup>, incentrandone la protezione sull'interesse individuale a ottenere uno specifico “bene della vita” secondo un'impostazione lontana da quella che nell'ordinamento italiano configura tradizionalmente il processo amministrativo come di diritto oggettivo e per la tutela eminente dell'interesse pubblico, in cui il singolo è titolare di un interesse “strumentale” e protetto solo “di riflesso”, nei

---

degli atti dell'amministrazione al sindacato giurisdizionale all'epoca della Rivoluzione francese fra molti: M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Milano, 1951, XXX ss.; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 1980, Paris, XXX 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*, cit., 175 ss. Da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *L'atto d'autorità nelle convergenze e divergenze tra ordinamenti: l'esperienza francese*, in *Annuario A.i.p.d.a. 2011*, Napoli, 2012, 8; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 10 ss.; L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 238 ss. Osserva di recente come in Francia la giustificazione ultima della giurisdizione amministrativa sia tuttora ricercata nel principio di separazione dei poteri: A. TRAVI, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di E. Follieri e L. Iannotta, Napoli, 2010, 510.

<sup>575</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *I “diritti” tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, cit., XXX. Rileva come nell'ordinamento comunitario «non solo si utilizza l'etichetta di diritto (unicamente contemplata) in relazione a oggetti tipicamente pertinenti all'interesse legittimo [...], ma si fa accompagnare tale etichetta da una effettività e completezza di protezione giuridica, alla quale non si è conformata la situazione soggettiva interna»: L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, 5580. Cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, cit., XXX ss.; A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005, XXX ss.; Id., *L'interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in *Diritti e interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, a cura di B. Cavallo, Torino, 2012, 13 ss. Con riguardo alla tutela offerta dalla Cedu ai diritti umani innanzi al potere amministrativo cfr. da ultimo: F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 428 ss. Per altri riferimenti sul rapporto tra Cedu e poteri pubblici: cfr. *supra*, cap. III, nt. 82.

limiti in cui sia coincidente con quello pubblico<sup>576</sup>, o semplicemente di una “situazione legittimante”<sup>577</sup>.

La prospettazione si ritrova nella tutela che l’ordinamento dell’Unione europea offre al *diritto* di circolazione verso gli impieghi nelle pubbliche amministrazioni nazionali, ove il fine ricercato è di garantire al cittadino europeo un diritto di accesso ai posti di pubblico impiego in condizioni di parità rispetto ai cittadini nazionali, con il divieto di trattamenti discriminatori innanzi tutto nella fissazione dei requisiti concorsuali.

Il diritto di circolazione del cittadino non è inteso come astrattamente subordinato all’esercizio dei pubblici poteri: al contrario l’uno e gli altri si limitano reciprocamente.

L’adozione di una prospettiva focalizzata sul *diritto personale* di circolazione è tale che l’interesse pubblico vi emerge nella mera qualità di “limite”, che l’ordinamento dell’Unione ammette tuttavia soltanto in ragione della conformità al principio di proporzionalità. I requisiti discriminatori sono leciti solo ove giustificati dal perseguimento di un interesse che l’ordinamento dell’Unione consideri meritevole di

---

<sup>576</sup> Cfr. fra molti: A. ROMANO, *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, Napoli, 2010, XXX ss.; ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, cit., 163 ss.; F.G. SCOCA, *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Napoli, 2011, 929 ss. e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 380 ss.; ID., *La “gestazione” dell’interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, a cura di E. Casetta, A. Romano, F.G. Scoca, vol. I, Padova, 2007, 283 ss.; ID., *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, XXX ss.; ID., *Interessi protetti*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, 1 ss.; L. MAZZAROLI, *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.; ID., *Quadro generale della giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, cit., 931 ss.; C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1989, 284 ss.; ID., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, XXX ss.; A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss.; ID., *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, agg. II, Milano, 1998, 968 ss. ID., *I problemi di un problema*, in *Dir. amm.*, 1997, 67 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, XXX ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, XXX ss.; ID., *L’interesse legittimo: una situazione giuridica a “progressivo rafforzamento”*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. I, cit., 135 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, XXX 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*, cit., 18 ss.; ID., *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d’Italia*, Annali n. 14, *Legge diritto giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, 255 ss.; L. FERRARA, *L’interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 634 ss.; B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. II, Milano, 2008, 709 ss.; ID., *Giustizia e amministrazione nell’Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, XXX ss.; L. IANNOTTA, *L’interesse legittimo nell’ordinamento repubblicano*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, cit., 185 ss.

<sup>577</sup> Cfr. A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Atti del convegno celebrativo “Cento anni di giurisdizione amministrativa”*, Torino 10-12 novembre 1989, Napoli, 1996, 71 ss.; ID., *La situazione legittimante al processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511 ss.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 33 ss.

tutela, secondo una valutazione che si sovrappone a quella degli ordinamenti nazionali. Si richiede inoltre che essi siano effettivamente funzionali al perseguimento di tale interesse e che non esistano misure alternative che consentano il raggiungimento dello stesso risultato con minor impatto sul diritto del singolo.

Non vi è violazione del diritto dell'Unione quando i requisiti fissati siano «essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa», in considerazione della «natura» di questa o «per il contesto in cui essa viene espletata»<sup>578</sup>, come avviene quando si imponga la conoscenza di una lingua minoritaria a chi vuole essere assunto in qualità di insegnante nelle zone in cui la stessa è diffusa, ove l'ordinamento dell'Unione condivide la valutazione nazionale circa la rilevanza della tutela del patrimonio linguistico e ne riconosce il particolare rilievo nel contesto scolastico<sup>579</sup>.

Non stupisce perciò che si sia giunti a conclusioni del tutto sovrapponibili con riguardo all'interesse delle imprese all'aggiudicazione degli appalti pubblici, ove si è riconosciuto come l'ordinamento dell'Unione offra una disciplina che nell'ordinamento italiano ne configura la tutela come posizione di diritto soggettivo<sup>580</sup>. L'ordinamento dell'Unione europea intende tutelare con le norme sugli appalti come con la tutela della libera circolazione dei lavoratori posizioni soggettive che sono strumentali all'attuazione della disciplina sulla concorrenza nel mercato unico<sup>581</sup>.

---

<sup>578</sup> Dir. 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, cit., art. 3, § 1. Si tratta dei c.d. “*bona fide occupational qualifications*” su cui cfr. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., 126 e ss. e 397 ss.

<sup>579</sup> C. giust. CEE, 28 novembre 1989, C-379/87, *Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee*: «Gli insegnanti hanno un ruolo essenziale da svolgere, non soltanto tramite l'insegnamento che impartiscono ma anche grazie alla loro partecipazione alla vita quotidiana della scuola ed ai rapporti privilegiati intrattenuti con i loro allievi. In tale contesto non è irragionevole esigere da loro una certa conoscenza della prima lingua nazionale». La conoscenza dell'irlandese è requisito di accesso per alcuni posti specifici (es. scuole primarie, *Department of Community, Rural and Gaeltacht Affairs*, polizia), più spesso titolo valutabile: J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Part II, *Country files*, cit., *Ireland*, 49. La prova di tale conoscenza deve essere ammessa con qualsiasi mezzo idoneo, senza aprioristiche preclusioni, come avviene qualora si richieda l'esibizione di uno specifico diploma linguistico senza ammetterne di equivalenti: C. giust. CE, 6 giugno 2000, C-281/98, *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*. Nello stesso senso cfr. da ultimo Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2006, n. 4932, sul diniego di riconoscimento di un titolo di formazione professionale per la mancata allegazione della certificazione dell'Università per stranieri comprovante la conoscenza della lingua italiana, senza considerare che la ricorrente aveva acquisito la cittadinanza italiana e svolto attività di insegnamento in Italia. Cfr. C. SCHEPISI, *Cosa si nasconde dietro il caso Angonese? Novità e conferme in materia di libera circolazione dei lavoratori*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, 327 ss.

<sup>580</sup> Cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 12 ss.; ID., *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3201 ss.

<sup>581</sup> Cfr. *amplius infra*, par. 4.

Si è colto un diritto soggettivo alla “correttezza” dell’amministrazione nell’espletamento delle procedure di gara<sup>582</sup>, secondo una costruzione che sembra potersi trasporre senza sostanziali differenze ai cittadini europei che intendano ottenere un impiego in una pubblica amministrazione nazionale partecipando a un concorso. Diritto alla correttezza che coincide con l’obbligo dell’amministrazione di applicare le norme procedimentali volte ad assicurare un trattamento imparziale e non discriminatorio delle candidature, per i pubblici concorsi come per le gare d’appalto.

Si tratta in taluni ordinamenti del *diritto costituzionale* di «*acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos*» (art. 23, co. 2°, Const. Esp. de 1978) a fronte dei requisiti di bilinguismo imposti dalle amministrazioni delle comunità autonome, ove la previsione a fini di esclusione – e non per la mera valutazione del merito dei candidati – è ammessa soltanto per impieghi *determinati e concreti* in cui i funzionari siano posti a contatto diretto con un’utenza che utilizzi normalmente la lingua minoritaria<sup>583</sup>, e ciò nonostante il sicuro fondamento costituzionale della tutela delle «altre lingue ufficiali» nell’ordinamento spagnolo<sup>584</sup>.

---

<sup>582</sup> G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 333 ss.

<sup>583</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 26 de enero 2000, STS 451/2000, *ponente Sr. Soto Vazquez*, su un’ordinanza comunale che imponeva la conoscenza del basco ai funzionari, ove si afferma che un tale requisito è lecito «*siempre que se trate de determinadas y concretas plazas directamente vinculadas a la utilización por los administrados de las lenguas propias de dichas Comunidades, siempre que la imposibilidad de utilizarla en sus relaciones con la Administración les pueda ocasionar un evidente perjuicio*», circostanze che possono ritrovarsi normalmente «*en aquellas zonas en las que exista un notable predominio de la población que utilice normalmente su lengua vernácula en sus relaciones con la Administración*», poichè sarebbe «*contrario al derecho de igualdad en el acceso a la función pública exigir un nivel de conocimiento de la lengua cooficial que no guarde relación con las necesidades que demande el puesto cuya cobertura se convoca*». Cfr. da ultimo F. PUERTA SEGUIDO, *El acceso al empleo público*, cit., 432 ss.; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ – S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, cit., 39-41; G. DE LA HUERGA FIDALGO, *Las lenguas oficiales en las Administraciones Públicas*, in *Revista de administración pública*, 2001, 323 ss. In Italia la limitazione del diritto di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) determinata dalla richiesta di conoscere italiano e tedesco nel bando di concorso a sedi farmaceutiche nella provincia di Bolzano è ragionevole in quanto si tratta di «accesso ad uffici o servizi a contatto con il pubblico»: Corte cost., 18 ottobre 1983, n. 312.

<sup>584</sup> Cfr. art. 3, Cost.: «1. *El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. 3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección*». Cfr. da ultimo: A. LÓPEZ BASAGUREN, *Las lenguas oficiales entre Constitución y Comunidades Autónomas. ¿desarrollo o transformación del modelo constitucional?*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2007, 83 ss.; R. GÓMEZ GUILLAMÓN, *Las lenguas oficiales en el ordenamiento constitucional español*, in *Temas constitucionales de actualidad*, coord. por Miguel Montoro Puerto, 1993, 199 ss. In genere sulla tutela delle minoranze linguistiche si vedano da ultimo: E. PALICI DI SUNI, *La lingua tra globalizzazione, identità nazionale e identità minoritarie*, in *Il libro e la bilancia. Studi in Memoria di Francesco Castro*, a cura di M. Papa e D. Scolart, 2010, vol. II, Roma, 451 ss.; ID., *Unitarietà della Repubblica e gruppi identitari: il caso delle minoranze linguistiche*, in *Valori e principi del regime repubblicano*, a cura di S. Labriola, Roma-Bari, 2006, 635 ss.; L.A. MAZZAROLLI, *La tutela delle minoranze*

La considerazione del *diritto costituzionale* di eguale accesso ai pubblici impieghi<sup>585</sup> non traspare tuttavia agevolmente dal sindacato sulle procedure concorsuali ove è raro vedere affermata l'illegittimità dei requisiti di accesso poiché di norma la giurisprudenza non sanziona la mancanza di una correlazione rispetto alle caratteristiche del posto da ricoprire, sia che si tratti di requisiti di idoneità fisica<sup>586</sup>, sia di titoli di esperienza e professionali<sup>587</sup> o di requisiti linguistici particolarmente severi<sup>588</sup>, anche se

---

*linguistiche nella costituzione del nuovo titolo quinto*, in *Reg.*, 2003, 727 ss. V. PIERGIGLI, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano, 2001, XXX ss.; ID., *Minoranze linguistiche (diritto costituzionale comparato)*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XX, 2004, 1 ss.; M. STIPO, *Minoranze etnico-linguistiche (diritto pubblico)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XX, 1 ss.; A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnic-linguistiche*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 527 ss. Per uno studio recente sui diritti delle minoranze linguistiche in Irlanda e nelle Repubbliche baltiche: E. PALICI DI SUNI, *Lingue deboli e minoranze forti: Irlanda e Repubbliche Baltiche*, in *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, a cura di D. Amirante – V. Pepe, 2011, 119 ss. Sulla tutela delle lingue minoritarie nell'ordinamento dell'Unione europea cfr. da ultimo: X. ARZOZ, *Introduction: Respecting linguistic diversity in the European Union*, in *Respecting Linguistic Diversity in the European Union*, Amsterdam, 2008, 1 ss.; ID., *The protection of linguistic diversity through Article 22 of the Charter of fundamental rights*, *ivi*, 145 ss.; P. HIPOLD, *Union citizenship and language rights*, *ivi*, 107 ss.; B. DE WITTE, *The protection of linguistic diversity through provisions of the EU Charter other than Article 22*, *ivi*, 175 ss.; N.N. SHUIBHNE, *Ec Law and Minority Language Policy: Some recent developments*, *ivi*, 123 ss.; ID., *Ec Law and Minority Language Policy: Culture, Citizenship and Fundamental Rights*, The Hague, 2002, 123 ss.; ID., *Recent Developments on the Status of (Minority) Languages within the EU Framework*, in *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 4, 2004-5, 373 ss.; ID., *The European Union and Minority Language Rights: Respect for the Cultural and Linguistic Diversity*, in *The Human Rights of Linguistic Minorities and Language Policies*, Vol. 3, No. 2, 2001, in [www.unesco.org](http://www.unesco.org).

<sup>585</sup> Sugli atti amministrativi che incidono su "diritti costituzionalmente protetti" e sulle conseguenze in materia di riparto di giurisdizione, da ultimo: A. TRAVI, *Diritti costituzionalmente protetti e riparto di giurisdizione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, cit., 1671 ss.

<sup>586</sup> Cfr. da ultimo: Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2011, n. 6771, sulla «particolare prestanza fisica e psicologica» esigibile per il reclutamento nelle forze armate; Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2010, n. 2597/10; Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4430 sull'inidoneità per deficit visivo (ma non per sottoposizione a intervento di fotoablazione laser per correzione di ipermetropia); Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2009, n. 4794; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2950: la presenza di un tatuaggio può determinare inidoneità in quanto «indice di personalità abnorme» solo ove particolarmente visibile; Cons. St., sez. V, 3 novembre 2003, n. 6845: la «sana e robusta costituzione» va valutata in funzione delle mansioni associate al posto (è illegittima l'assunzione di un invalido civile al 54% ove tale valutazione non sia stata effettuata); Cons. St., sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6606: è illegittimo un bando di concorso che prescrive un *visus* pari a 10/10 per entrambi gli occhi senza mezzi di correzione per l'assunzione a posti di vigile urbano, poiché non correlato a mansioni di tipo impiegatizio; Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1176, per l'esclusione dell'idoneità fisica di un candidato a posto di vigile del fuoco per accertamento di stato d'ansia; Cons. St., sez. VI, 7 dicembre 2009, n. 7682: per «obesità con adiposità distrettuale e ginocchio valgo bilaterale» non compatibile con i compiti di infermiere della Polizia di Stato; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2006, n. 3512, per l'esclusione di un candidato a posti di allievo di polizia di Stato per strabismo; Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2006, n. 5887, per «personalità disforica con notevole labilità umorale»; Cons. St., sez. V, 13 febbraio 1996, n. 197; Tar Lazio, sez. I, 6 novembre 2007, n. 10944, per obesità. Sui requisiti di genere, talora correlati a quelli fisici (es. statura minima), cfr. *supra*, cap. IV, nt. 71.

<sup>587</sup> In tema di titoli di studio: Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2494; Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6041; sui requisiti attinenti alla pregressa esperienza professionale: Tar Sicilia, sez. III, 14 giugno 2004.

<sup>588</sup> Il diritto dell'Unione ammette espressamente la previsione di requisiti linguistici per l'accesso all'impiego: cfr. Reg. UE n. 492/2011, cit., art. 3, § 2; Dir. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, *relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali*, art. 53: «I beneficiari del riconoscimento delle qualifiche professionali devono avere le conoscenze linguistiche necessarie all'esercizio della professione nello Stato membro ospitante». Cfr. Corte giust. Ce, 4 luglio 2000, C-424/97, *Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*: la fissazione di requisiti linguistici per

spesso si vede confuso il piano della ragionevolezza dei requisiti con l'accertamento degli stessi nel caso concreto<sup>589</sup>.

Non stupisce che l'unica eccezione degna di nota sia probabilmente quella fornita dalla giurisprudenza costituzionale su stabilizzazioni e concorsi interni<sup>590</sup>.

### 3. (segue): il mutuo riconoscimento di diplomi e titoli professionali.

Il possesso di un titolo di studio definisce tra i requisiti di accesso ai concorsi la correlazione tra diplomi e "livelli" della carriera amministrativa. Negli ordinamenti nazionali ciò avviene con norme di legge o regolamento, talora con rinvio alla contrattazione collettiva<sup>591</sup>.

---

l'accesso alla professione di dentista è giustificata in ragione della necessità di comunicare con i pazienti, le autorità amministrative e gli organismi professionali, che è «motivo imperativo di pubblico interesse» idoneo a limitare la libertà di circolazione; i requisiti linguistici debbono tuttavia essere commisurati alle caratteristiche dell'impiego, sicché non può richiedersi un livello di conoscenza particolarmente elevato per mansioni manuali o che non comportino contatti con il pubblico. La richiesta di un livello madrelingua o equivalente può essere discriminatoria: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi*, cit., § 2.2; Commission Staff Working Document, *Free movement of workers in the public sector*, Brussels, 14.12.2010 SEC(2010) 1609 final, 18.; J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Part I, cit., 79-80 e Part II, *Country files*, 53, 80, 107, 95, ove si segnala come la Commissione abbia chiesto alla Grecia di modificare la disciplina che richiede agli insegnanti europei qualificati un «*excellent knowledge*» of the Greek language»; barriere linguistiche possono rilevarsi anche a Cipro e Malta: il primo richiede «*a very good to excellent command of the Greek and or Turkish language and a good to very good command of English or any other language of Eu Member States*», nel secondo i candidati devono essere «*conversant in both official languages, namely Maltese and English*» (*Public Service Management Code*, § 1.2.3.4 ii); in Lussemburgo dal 2009 la conoscenza delle tre lingue del paese deve essere «*adapted to the career level*» (*General Status of State civil servants*, art. 2, co. 1°). Nello stesso senso e con particolare attenzione alle professioni sanitarie: Commissione, Libro Verde, *Modernizzare la direttiva sulle qualifiche professionali*, Bruxelles, 22.6.2011, COM(2011) 367 definitivo, 15.

<sup>589</sup> Ove il difetto di uno dei requisiti di ammissione sia verificato con un "accertamento semplice" (o acclaramento tecnico, o accertazione tecnica), il provvedimento di esclusione è vincolato e non necessita di particolare motivazione: Cons. St., sez. VI, 23 febbraio 2007, 994; Cons. St., sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3616; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5868; Tar Lazio, sez. III, 13 settembre 2007, n. 8912; purché non presenti profili di discrezionalità amministrativa l'operazione è ripetibile dal giudice, che si deve rivolgere in via esclusiva a organi della pubblica amministrazione: C.G.A. Sic., 4 novembre 2003, n. 35; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2006, n. 3512. Per l'affermazione dell'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti che limitino l'accesso dei cittadini europei agli impieghi: C. giust. CE, 15 ottobre 1987, C-222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) e Heylens e a.*, § 15-16.

<sup>590</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 6.

<sup>591</sup> Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit. art. 35, co. 7°. In Italia la definizione di qualifiche e profili è data dai contratti collettivi e specialmente dalle c.d. "declaratorie" che per ciascuna area descrivono contenuti professionali, specifiche professionali e requisiti di accesso, compresi i titoli di studio. Il testo unico sugli impiegati civili dello Stato (d.P.R. n. 3 del 1957, cit., art. 2, co. 4°) stabiliva espressamente i titoli di studio «per l'accesso a ciascuna carriera»: ad es. occorre il diploma di laurea per la nomina in prova a consigliere di 3a classe o consigliere di 2a classe. Il regolamento sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche

Come requisito minimo per l'accesso ad una procedura concorsuale il titolo di studio è talvolta indicato come la causa del suo "valore legale"<sup>592</sup>, di cui viene qui in rilievo quello specificamente disciplinato dall'ordinamento dell'amministrazione per l'accesso ai pubblici impieghi<sup>593</sup>.

Al valore giuridico dei titoli di studio è correlato il principio talora indicato come riserva allo Stato del «*monopole de la collation des grades et des titres universitaires*»<sup>594</sup> che è tradizionalmente spiegato con la considerazione per cui «*les diplômes nationaux ne sont*

---

amministrazioni (d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 2, co. 6°) richiede il diploma di laurea per l'accesso «a profili professionali di ottava qualifica funzionale», ma la norma è da intendersi superata. Sul ruolo assunto in Italia dalla contrattazione collettiva nella definizione di requisiti fisici e professionali: V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, cit., 146 ss. In Spagna cfr. Ley 7/2007, cit., art. 76, ove si pone il «*título universitario de Grado*» per l'accesso a «*cueros o escalas*» del Gruppo A, il «*título de Técnico Superior*» per l'accesso al Gruppo B, il «*título de bachiller o técnico*» per l'accesso al Gruppo C1 e il «*título de graduado en educación secundaria obligatoria*» per l'accesso al Gruppo C2; in Francia i funzionari sono raggruppati in «*corps*» e «*cadres d'emplois*» classificati a loro volta in «*catégories*» (loi n° 84-16, cit., art. 29, per la *fonction publique* statale; loi n° 84-53, art. 5, per la *fonction publique locale*, loi n° 86-33, cit., art. 4, per la *fonction publique* ospedaliera): per l'accesso alla categoria A si richiede un "diploma di insegnamento superiore" (laurea), per la categoria B occorre il diploma di scuola superiore e per la categoria C il diploma di scuola media inferiore. Cfr. J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici*, cit., 49. In Belgio cfr. Arrêté royal du 2 octobre 1937 cit., art. 16, n° 6 e *annexe*.

<sup>592</sup> Cfr. S. CASSESE, *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 6, 2002, 2 ss.; L. EINAUDI, *Vanità dei titoli di studio*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Torino, 1947, 57 e ss.; ID., *Per l'abolizione del valore legale del titolo di studio*, in *Scuola e libertà*, Torino, 1955, ripubblicato in *La libertà della scuola. Scritti di Luigi Einaudi e Salvatore Valitutti*, a cura di G. Desiderio, Macerata, 2009, XXX ss.; M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale*, cit., cap. I; Andrea ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, cit., 2 ss.; Per il recente dibattito sul valore legale dei titoli di studio: E. CARLONI, F. MERLONI, A. PIOGGIA, *Sul valore legale del titolo di studio*, in *www.astrid-online*, 2012; B.G. MATTARELLA, *L'equivoco del valore legale dei titoli di studio*, in *NelMerito.com*, 2012; F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, 2009, 755; M. LIBERTINI, *Competizione fra università e valore legale del titolo*, in *Federalismi.it* – 11 febbraio 2009; F. SAITTA, *Autonomia universitaria ed equipollenza (sostanziale) dei titoli di studio: una "disuguaglianza sostenibile" o è meglio abolirne il valore legale?*, in *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, cit., 193 ss.; ID., *Dalla filippica di Einaudi alla riforma Gelmini: il punto dopo mezzo secolo di discussioni sul valore legale dei titoli di studio*, in *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive, proposte*, a cura di G. della Cananea e C. Franchini, Torino, 2009, 11 ss.; A. BARTOLINI, *Appunti sul valore legale del titolo di studio*, *ivi*, 47 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. GARDINI, *Valore legale dei titoli, Statuto speciale dei docenti e altri "idola" dell'Università italiana*, *ivi*, 29 ss.; A. SANDULLI, *Per l'università della concorrenza e del merito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 224 ss.; F. MERLONI, *Istruzione superiore, autonomia delle università e ruolo dello Stato*, in *www.astrid-online.it*, 2008.

<sup>593</sup> Per un esempio recente di "valore legale" del titolo per l'accesso a posti di pubblico impiego cfr. d.l. n. 95 del 2012, art. 14, co. 9°: «ferme le vigenti disposizioni in materia di limitazione delle assunzioni, le facoltà assunzionali degli enti di cui al presente articolo sono prioritariamente utilizzate per il reclutamento, dall'esterno, di personale di livello non dirigenziale munito di diploma di laurea».

<sup>594</sup> In Francia cfr. art. L613-1, *Code de l'éducation*; in Italia: l. 13 marzo 1958, n. 262, *Conferimento ed uso di titoli accademici, professionali e simili*, artt. 1-2. Cfr. da ultimo R. KELLER, *Le contrôle de l'accord entre la France et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et des diplômes*, *Conclusions sur Conseil d'État*, 9 juillet 2010, n° 327663, *Fédération nationale de la libre pensée*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2010, 980 ss., ove si evidenzia come il principio risalga alla *loi du 16 fructidor an V*, con cui si intese porre fine ai privilegi accordati alle Università nel Medioevo. Precedenti in tal senso si ritrovano già nell'Ancien Régime e specialmente in un editto di Enrico IV che subordinava il rilascio dei titoli di studio «à un serment d'obéissance au roi et au lois du royaume» (1598).

*pas seulement honorifiques»*, ma attribuiscono ai titolari particolari posizioni giuridiche soggettive che fondano il potere esclusivo dello Stato di accreditare le istituzioni autorizzate al rilascio<sup>595</sup>.

Posizioni soggettive tra cui rientra il diritto di *candidarsi* a determinate procedure di accesso a pubblici impieghi, con fondamento sul valore riconosciuto alla formazione dispensata negli istituti a tal fine abilitati, che si presume rispettare uno standard minimo anche in ragione del controllo pubblico in occasione dell'accREDITAMENTO e della soggezione a requisiti di qualità definiti centralmente<sup>596</sup>.

Il riconoscimento di tale valore non determina tuttavia *ex se* l'accesso ai pubblici impieghi, ma è solo requisito minimo o talora titolo valutabile, che non esonera i candidati dal superamento delle selezioni in cui occorre dare effettivamente prova del sapere acquisito.

Entro i limiti definiti dall'ordinamento generale, che correla titoli di studio e livelli della carriera, si dispiega l'autonomia delle amministrazioni pubbliche con l'emanazione dei regolamenti di organizzazione<sup>597</sup> e dei singoli bandi di concorso, ove sono specificati per ciascun grado i "tipi" di diplomi che danno accesso a profili e qualifiche professionali in ragione delle mansioni ad essi associate, salve le "equipollenze" definite dalla legge<sup>598</sup>.

---

<sup>595</sup> Sull'istituto dell'accREDITAMENTO fra molti: M.M. CONSITO, *AccREDITAMENTO e Terzo settore*, Napoli, 2009, 1 ss.

<sup>596</sup> Cfr. M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale*, cit., cap. I: «la licenza dottorale diviene standard di un sapere certificato da un'istituzione abilitata al suo rilascio e solo in tale misura è intesa come titolo necessario, ma non sufficiente, per l'ammissione a una corporazione, per l'accesso alle magistrature o alle principali funzioni pubbliche»; R. KELLER, *Le contrôle de l'accord entre la France et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et des diplômes*, cit., 991: «*L'intérêt général commande donc que l'État contrôle l'attribution de ces diplômes, en réglementant les programmes, les épreuves et la composition des jurys. À cet égard, on considère que les professeurs des universités offrent les meilleures garanties de compétence et d'indépendance pour apprécier les mérites des candidats*». Sulla valutazione delle università da ultimo: R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica, I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, 2012, 99 ss.; F. FRACCHIA, *La valutazione dell'attività didattica, in Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, cit., 63 ss.; L. FIORENTINO, *Valutazione e controllo del sistema universitario italiano*, *ivi*, 131 ss.

<sup>597</sup> Cfr. *supra*, nt. 25. In Francia il tipo di diploma richiesto è indicato dallo "statut" proprio a ciascun "corps".

<sup>598</sup> Cfr. da ultimo: Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2494; Cons. St., sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4994; cfr. M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale*, cit., cap. I, par. 2.

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea ha di fatto limitato nel tempo la sovranità degli Stati membri sui sistemi nazionali di istruzione<sup>599</sup> con l'esercizio di una competenza ormai svincolata dall'originario limite della formazione professionale<sup>600</sup>. La politica comune dell'Unione si è posta l'obiettivo della progressiva creazione di un'«area europea di istruzione superiore», intesa quale essenziale strumento «to promote citizens' mobility and employability and the Continent's overall development»<sup>601</sup>.

Parallelamente il diritto secondario ha disciplinato articolate procedure di riconoscimento di «diplomi, certificati ed altri titoli» (art. 53 TFUE) che - seppur inizialmente rivolte a favorire la libera circolazione di professionisti e lavoratori autonomi - sono apparse sin da subito idonee a dispiegare i loro effetti nei confronti dei lavoratori subordinati e specialmente di chi lavori o aspiri a lavorare in una pubblica amministrazione<sup>602</sup>.

---

<sup>599</sup> Cfr. art. 165 TFUE ove si afferma il «pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche».

<sup>600</sup> C. giust. UE, 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol e a. c. Gouvernement de la Communauté française*: nella formazione professionale rientrano sia l'insegnamento superiore sia quello universitario; C. giust. CE, 26 febbraio 1992, C-357/89, *Raulin c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*; C. giust. CE, 13 febbraio 1985, C-293/83, *Gravier c. Città di Liegi*: si intende per formazione professionale qualsiasi forma d'insegnamento che prepari alla qualificazione per una determinata professione o che conferisca una particolare idoneità; C. giust. CE, 11 aprile 1973, C-76/72, *Michel S. c. Fonds national de reclassement social des handicapés*. Cfr. da ultimo M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale*, cit., cap. III; M. PASSALACQUA, *La ricerca e l'istruzione nel prisma delle politiche di coesione*, in *Politiche di coesione e integrazione europea*, cit., 401 ss.; M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, 2006, 71 ss.; S. PAOLI, *Il sogno di Erasmo. La questione educativa nel processo di integrazione europea*, Milano, 2010, 27 ss.; F. VARI, *La politica dell'istruzione e della formazione professionale*, in *L'ordinamento europeo*, vol. III, cit., 889 ss.; M. MURPHY, *Covert action? Education, social policy and law in the European Union*, in *Journal of Education Policy*, Vol. 18, Issue 5, 2003, 551 ss.; G. GORI, *Towards an EU Right to Education*, The Hague, 2001, 162 ss.; M.P. BELLONI, *La libera circolazione dei lavoratori e il diritto all'istruzione superiore nella Comunità europea*, cit., 76 ss.

<sup>601</sup> Cfr. Dichiarazione di Bologna del 19 giugno 1999.

<sup>602</sup> Cfr. Dir. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, cit., Considerando n. 1, ove si afferma come «la libera circolazione di persone e servizi tra Stati membri [...] comporta, tra l'altro, la facoltà di esercitare, come lavoratore autonomo o subordinato, una professione in uno Stato membro diverso» da quello in cui si è acquisita la relativa qualifica professionale e art. 2, ove l'ambito di applicazione della direttiva è definito con riferimento a «tutti i cittadini di uno Stato membro che vogliono esercitare, come lavoratori subordinati o autonomi [...] una professione regolamentata». Nello stesso senso si veda già la Direttiva del Consiglio 89/48/CEE del 21 dicembre 1988, *relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni*, Considerando n. 1. Evidenza come nonostante la pacifica applicabilità ai lavori subordinati la direttiva «s'obstine à employer une terminologie réductrice, qui est propre à la pratique à titre indépendant», poiché a più riprese menziona l'esercizio del diritto di «stabilimento» dei lavoratori e lo Stato «di stabilimento»: J. PERTEK, *La reconnaissance des diplômes, un acquis original rationalisé et développé par la directive n° 2005/36 du 7 octobre 2005*, in *Europe*, 3, 2006, Étude 3, 4; ID., *Reconnaissance des diplômes et ouverture des emplois publics aux ressortissants communautaires*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 1991, 680 ss.

L'ordinamento dell'Unione non mette in discussione il "monopolio" delle autorità nazionali nel rilascio dei titoli di studio, poiché espressamente qualifica "diploma" «qualsiasi diploma, certificato o altro titolo o qualsiasi insieme di diplomi, certificati o altri titoli, *che sia stato rilasciato da un'autorità competente in uno Stato membro, designata in conformità delle sue disposizioni legislative, regolamentari o amministrative*»<sup>603</sup>.

Tuttavia il diritto di circolazione dei cittadini europei verso le pubbliche amministrazioni nazionali limita l'esercizio di tale "monopolio" e condiziona l'autonomia delle amministrazioni nell'individuazione del tipo di diploma richiesto per l'accesso a un impiego determinato<sup>604</sup>.

L'ordinamento giuridico dell'Unione impone di comparare e riconoscere nelle procedure di selezione i titoli di studio rilasciati negli altri paesi membri<sup>605</sup> con un procedimento che si ritrova da ultimo facilitato dalla comune articolazione sui tre livelli

---

<sup>603</sup> Cfr. Dir. del Consiglio 89/48/CEE del 21 dicembre 1988, cit., art. 1, lett. a; nello stesso senso Dir. 92/51/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, *relativa ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale, che integra la direttiva 89/48/CEE*.

<sup>604</sup> Cfr. G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, cit., 30: il sistema di riconoscimento di diplomi e qualificazioni professionali intende giungere alla «composizione del conflitto tra i sistemi scolastici nazionali, espressione, a loro volta, delle diverse identità nazionali, ed il diritto di ogni cittadino europeo di esercitare la propria professione in tutti gli Stati dell'Unione».

<sup>605</sup> Sul principio del mutuo riconoscimento cfr. *ex multis*: M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale*, cit, cap. III; ID., *L'ordinamento della professione di assistente sociale e la libera circolazione negli Stati dell'Unione europea*, in *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Vol. VI, Milano, 2012, 763 ss.; G. VESPERINI, *op. ult. cit.*, 35 ss.; V. HATZOPOULOS, *Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, in *European Legal Studies/Etudes Européennes Juridiques, Research Papers in Law/Cahiers juridiques*, No 2/2009, in [www.coleurope.eu](http://www.coleurope.eu); L. TORCHIA, *Il governo delle differenze, Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, cit., 53 ss.; N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi dei terzi*, Milano, 2008, XXX ss.; M. CEVOLI E G. CORONAS, *I sistemi di riconoscimento delle qualifiche in Europa*, in *Riv. pol. soc.*, 2006, 355 ss.; P. GRASSI, *Il principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali nel diritto comunitario*, in *L'ordinamento europeo*, vol. II, *L'esercizio delle competenze*, cit., 391 ss.; E. CHIARETTO, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 689 ss.; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005, 43 ss.; A. MARI, *La nuova direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 398 ss.; M. GNES, *La scelta del diritto*, Milano, 2004, 322 ss.; A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Bari-Roma, 2004, 5 ss.; G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, XXX ss.; L. LEZZI, *Principio di equivalenza, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione delle professioni nell'Unione europea*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2003, 383 ss.; L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., 37 ss.; V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruxelles, 1999, XXX ss.; D. FISICHELLA, *Il principio di mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 53.

di laurea triennale, laurea magistrale e dottorato favorita dal c.d. “processo di Bologna”<sup>606</sup>.

Non sempre agevole è tuttavia la comparazione del tipo di diploma richiesto attesa la non perfetta corrispondenza dei contenuti formativi e corrispondenti *curricula* scolastici e universitari nei paesi membri dell’Unione.

Il sistema di riconoscimento di diplomi e qualifiche professionali si fonda su due modelli contrapposti che sono entrambi di assoluta importanza per l’accesso a posti di pubblico impiego.

Se è vero che la disciplina europea sul punto è stata emanata nell’intento di facilitare la libera circolazione dei “professionisti”<sup>607</sup>, si è chiarito da tempo che s’intende per professione qualsiasi attività disciplinata da «disposizioni legislative, regolamentari o amministrative» che richiedono il possesso di un particolare titolo o diploma per l’esercizio *in qualità di lavoratore autonomo o subordinato*. Sicché l’obbligo di mutuo riconoscimento dei diplomi risulta applicabile come principio o disposizione di

---

<sup>606</sup> Cfr. Dichiarazione di Bologna del 19 giugno 1999. Più di recente cfr. Raccomandazione del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, *sulla costituzione del Quadro europeo delle qualifiche per l’apprendimento permanente*, con cui si raccomanda agli Stati membri l’utilizzazione del “Quadro europeo delle qualifiche” al fine di «confrontare i livelli delle qualifiche» rilasciate dai sistemi nazionali, ove si intende per “qualifica” il «risultato formale di un processo di valutazione e convalida, acquisito quando l’autorità competente stabilisce che i risultati dell’apprendimento di una persona corrispondono a standard definiti» e per “sistema nazionale di qualifiche” il «complesso delle attività di uno Stato membro connesse con il riconoscimento dell’apprendimento»; cfr. Commissione europea, *Quadro europeo delle qualifiche per l’apprendimento permanente (EQF)*, Lussemburgo, 2008. Sulla circolazione delle persone a fini di formazione cfr. da ultimo M. CONSITO, *L’immigrazione intellettuale*, cit., cap. III, ove si ricordano in particolare i vari strumenti attuativi del processo di Bologna per la realizzazione dell’*European qualification framework* per il *lifelong learning*; T. CÔME, G. ROUE (sous la direction de), *Processus de Bologne, construction européenne, politique européenne de voisinage - Bologna Process, European Construction, European Neighbourhood Policy*, Bruxelles, 2011; S. GARBEN, *The Bologna Process from a European Law Perspective*, in *European Law Journal*, Vol. 16, Issue 2, 2010, 186 ss.; S. PAOLI, *Il sogno di Erasmo. La questione educativa nel processo di integrazione europea*, cit., 279 ss.; M. STICCHI DAMIANI, *Il processo di Bologna*, in *Qualità, ricerca, didattica. Quale sistema europeo per l’istruzione superiore*, a cura di A. Nuzzaci e T. Grange, Milano, 2009, 27 ss.; J.E. OH, *Le lien du processus de Bologne avec la politique de la recherche de l’Union européenne*, Louvain, 2007, 13 ss.

<sup>607</sup> Sulla libera circolazione dei professionisti cfr. da ultimo: M. CONSITO, *L’immigrazione intellettuale*, cit.; G. DELLA CANANEA, *Libera concorrenza nelle professioni liberali (dell’Europa Unita)*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, cit., 2111 ss.; ID., *L’ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, t. II, cit., 1139 ss.; ID., *Regolazione e concorrenza dal vecchio al nuovo ordinamento delle professioni*, in *Professioni e concorrenza*, a cura di G. della Cananea, Milano, 2003, 3 ss.; M. D’ALBERTI, *Il ruolo delle professioni in un’economia di mercato*, in *Per una riforma delle professioni*, a cura di G. della Cananea e C. Tenella Sillani, Napoli, 2002, 27 ss.; C. GOLINO, *Gli ordini e i collegi professionali del mercato. Riflessione sul modello dell’ente pubblico professionale*, Padova, 2011, 89 ss.; R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, dir. da F. Galgano, Padova, 2010, 34 ss.; G. VICICONTE, *Il sistema generale del riconoscimento dei titoli professionali*, in *Le attività autonome*, a cura di L. Nogler, in *Trattato di diritto privato dell’Unione europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, vol. VI, Torino, 2006, XXX ss.; C. MORVIDUCCI, *Professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pt. speciale, t. III, cit., 1453 ss.

dettaglio anche al pubblico impiego, ove un concorso richieda un particolare titolo di studio o un'abilitazione professionale per l'assunzione in una specifica qualifica<sup>608</sup>.

Il primo modello è quello dei "sistemi settoriali di riconoscimento" relativi ad alcune professioni per l'accesso alle quali occorre un diploma che conclude un processo di formazione disciplinato nei suoi requisiti minimi direttamente a livello europeo<sup>609</sup>. In tal caso l'ordinamento dell'Unione coordina i percorsi di studio fruibili nei paesi membri con riguardo a contenuti minimi, condizioni di accesso agli studi, durata degli stessi e così via<sup>610</sup>, ponendo l'obbligo per gli Stati membri di adeguare il proprio sistema nazionale di istruzione in modo tale che i diplomi rilasciati sul territorio dell'Unione siano effettivamente «interscambiabili»<sup>611</sup>.

Il coordinamento dei diplomi ha consentito di fissare in capo alle amministrazioni nazionali un obbligo di riconoscimento automatico cui corrisponde un diritto soggettivo dei cittadini europei all'accoglimento della relativa istanza<sup>612</sup>. In tal modo ogni Stato membro è tenuto a riconoscere ai diplomi rilasciati dagli altri sistemi europei di

---

<sup>608</sup> Cfr. C. giust. CE, 17 dicembre 2009, C-586/08, *Rubino c. Ministero dell'Università e della Ricerca*; C. giust. CE, 23 ottobre 2008, C-274/05, *Commissione c. Repubblica Ellenica*, § 50 ss.; C. giust. CE, 7 ottobre 2004, C-402/02, *Commissione c. Repubblica francese*; C. giust. CE, 9 settembre 2003, C-285/01, *Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la solidarité*; C. giust. CE, 29 aprile 2004, C-102/02, *Beutenmüller e Land Baden-Württemberg*, per l'applicazione del sistema di riconoscimento dei diplomi a un insegnante. L'obbligo di comparazione dei diplomi richiesti si impone anche ove il posto di pubblico impiego non sia qualificabile come "professione regolamentata": C. giust. CE, 8 luglio 1999, C-234/97, *Fernandez de Bobadilla c. Museo nacional del Prado*. Da ultimo si veda: G. ALBERTON, *La reconnaissance des diplômes européens pour l'accès à la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2005, 1066 ss.

<sup>609</sup> Cfr. P. ANDREOZZI, *La libertà di stabilimento nelle libere professioni: il riconoscimento di titoli, diplomi qualifiche professionali nel settore delle professioni sanitarie in Europa*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2005, 107 ss.; L. DUBOIS, *L'Europe des diplômes médicaux, une Europe sans frontières extérieures?*, in *Revue de droit sanitaire et social (RDSS)*, 2004, 92 ss.; M. LUI, *Le professioni sanitarie*, in *Le attività autonome*, cit., 430 ss.

<sup>610</sup> Dir. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, cit., artt. 24, 25, 31, 34, 35, 38, 44 e 46.

<sup>611</sup> Cfr. J. PERTEK, *La reconnaissance des diplômes, un acquis original rationalisé et développé par la directive n° 2005/36 du 7 octobre 2005*, cit., 3.

<sup>612</sup> Cfr. G. VESPERINI, *op. ult. cit.*, 40: è in tal modo imposta una « limitazione di tipo "verticale" al diritto di regolare degli Stati, in virtù della determinazione, con disciplina europea, delle condizioni minime di formazione e la connessa contrazione della discrezionalità degli organi amministrativi competenti al riconoscimento medesimo». Altri qualificano quello in esame come "modello di riconoscimento passivo", in contrapposizione al sistema generale, invece qualificato "attivo": K.A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, in *The Law of Single European Market: Unpacking the Premises*, edited by C. Barnard, J. O'Sullivan and G. Virgo, Oxford, 2002, 240 ss.

istruzione «gli stessi effetti sul suo territorio che hanno i titoli di formazione che esso rilascia», cioè il medesimo “valore legale”<sup>613</sup>.

Il sistema è di sicuro interesse per il reclutamento nel pubblico impiego ed in special modo nell’ambito dei servizi pubblici, poiché riguarda medici, ostetriche, infermieri, dentisti, veterinari, farmacisti e architetti che si vedono in tal modo garantito un sicuro accesso alle procedure di selezione concorsuale indette per i corrispondenti profili professionali dal servizio sanitario nazionale, dagli enti locali, e così via.

Ai sistemi settoriali si giustappone quello generale di riconoscimento che è valido per qualsiasi “professione regolamentata” il cui esercizio sia subordinato al possesso di un determinato diploma<sup>614</sup>. In tali ipotesi il riconoscimento non è automatico, ma subordinato ad una valutazione di equivalenza rimessa alle autorità nazionali, le quali sono tenute a dare accesso alla professione - alle stesse condizioni dei propri cittadini - ai richiedenti in possesso del titolo prescritto per quella medesima professione in un altro Stato membro<sup>615</sup>, fatto salvo il ricorso a provvedimenti di compensazione in caso

---

<sup>613</sup> Dir. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, cit., art. 21.

<sup>614</sup> Cfr. C. giust. CE, 8 maggio 2008, C-39/07, *Commissione c. Regno di Spagna*.

<sup>615</sup> Dir. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, cit., art. 13 e art. XX, ove si impone di considerare specificamente anche l’esperienza professionale maturata dall’interessato. Da ultimo sollecita la semplificazione dell’intero sistema di disciplina delle professioni regolamentate e del relativo riconoscimento - a livello europeo e negli ordinamenti nazionali - per favorire la libera circolazione dei cittadini dell’Unione: Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 *sull’attuazione della direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali* (2005/36/CE) (2011/2024(INI)). Per l’applicazione della direttiva alle professioni cfr. da ultimo: C. giust. UE, 5 aprile 2011, C-424/09, *Toki c. Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton* (ingegnere ambientale); C. giust. UE, 2 dicembre 2010, C-422/09, C-425/09 e C-426/09, *Vandrou e a. c. Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton* (revisore contabile, ingegnere meccanico, ingegnere delle telecomunicazioni); C. giust. CE, 29 gennaio 2009, C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia e Cavallera* (ingegnere); C. giust. CE, 4 dicembre 2008, C-151/07, *Chatzithanasis contro Ypourgos Ygeias kai Koinonikis Allilengyis e Organismos Epangelmatikis Ekpaidefsis kai Katartisis (OEEK)* (ottico); C. giust. CE, 23 ottobre 2008, C-286/06, *Commissione c. Regno di Spagna* (ingegnere); C. giust. CE, 16 ottobre 2008, C-136/07, *Commissione c. Regno di Spagna* (controllore aereo); C. giust. CE, 17 aprile 2008, C-197/06, *Confederatie van Immobiliën-Beroepen van België VZW e Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars c. Van Leuken* (agente immobiliare); C. giust. CE, 7 settembre 2006, C-149/05, *Price c. Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques* (attività di aste pubbliche volontarie di beni mobili); C. giust. CE, 14 luglio 2005, C-141/04, *Peros c. Techniko Epimelitirio Ellados* (ingegnere meccanico); C. giust. CE, 14 luglio 2005, C-142/04, *Aslanidou c. Ypourgos Ygeias & Pronoias* (ergoterapeuta); C. giust. CE, 14 ottobre 2004, C-55/03, *Commissione c. Regno di Spagna* (controllore aereo); C. giust. CE, 29 aprile 2004, C-171/02, *Commissione c. Repubblica portoghese* (attività di vigilanza privata); C. giust. CE, 11 luglio 2002, C-294/00, *Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH c. Gräbner* (“heilpraktiker”); C. giust. CE, 22 gennaio 2002, C-31/00, *Dreessen c. Conseil national de l’ordre des architectes* (architetto); C. giust. CE, 16 maggio 2002, C-142/01, *Commissione c. Repubblica italiana* (maestro di sci); C. giust. CE, 14 settembre 2000, C-238/98, *Hocsman c. Ministre de l’Emploi et de la Solidarité* (medico), ove si afferma l’applicabilità della disciplina anche ove il diploma sia stato acquisito fuori dall’Unione.

di un'eccessiva differenza di durata o contenuti tra le formazioni considerate ( tirocinio di adattamento o prova attitudinale)<sup>616</sup>.

Il diritto di circolazione dei cittadini dell'Unione conferma così direttamente la discrezionalità delle amministrazioni nazionali in sede di reclutamento, determinando l'obbligo di non precludere aprioristicamente l'accesso ai cittadini europei in possesso di titoli di studio rilasciati nei paesi di origine e conformandone altresì la stessa organizzazione amministrativa, poiché si impone l'emanazione di discipline apposite sulle procedure di riconoscimento, anche mediante la costituzione di organi *ad hoc*<sup>617</sup>.

Per l'accesso al pubblico impiego si è chiarito che ove le selezioni concorsuali richiedano un titolo di studio a riprova del possesso di alcune conoscenze generali, di nozioni metodologiche e di una certa capacità di ragionamento (es. laurea in scienze politiche, scienze sociali, economia, ecc.)<sup>618</sup> la valutazione di equivalenza deve avvenire alla luce degli impieghi che tali titoli consentono di esercitare nel paese di origine. Non

---

<sup>616</sup> Dir. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, cit., art. 14: la scelta del provvedimento di compensazione è lasciata all'interessato, salvo per le professioni «il cui esercizio richiede una conoscenza precisa del diritto nazionale e per le quali la prestazione di consulenza e/o assistenza in materia di diritto nazionale costituisca un elemento essenziale e costante dell'attività professionale», ove è lo Stato membro ospitante a poter prescrivere un tirocinio di adattamento o una prova attitudinale. Cfr. C. giust. CE, 3 febbraio 2011, C-359/09, *Ebert c. Budapesti Ugyvédi Kamara*; C. giust. UE, 22 dicembre 2010, C-118/09, *Koller*; C. giust. CE, 13 novembre 2003, C-313/01, *Morgenbesser c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*; C. giust. CE, 7 maggio 1991, C-340/89, *Vlassopoulou c. Ministerium fuer Justiz*. Cfr. G. CORSO, *Dalla disciplina comunitaria delle professioni alla libertà di circolazione del professionista. Il caso degli avvocati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 75 ss.; G. VICONTE, *La libera circolazione degli avvocati*, in *Le attività autonome*, cit., 353 ss.; M.P. BELLONI, *La libera circolazione degli avvocati nella comunità europea*, Padova, 1999, XXX ss.

<sup>617</sup> Per l'Italia cfr. d.lgs. 165 del 2001, cit., art. 38, co. 3°, come mod. con d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, art. 8 conv. in l. con mod. dalla l. 4 aprile 2012, n. 35: «Nei casi in cui non sia intervenuta una disciplina adottata al livello dell'Unione europea, all'equiparazione dei titoli di studio e professionali provvede la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, sentito il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Secondo le disposizioni del primo periodo è altresì stabilita l'equivalenza tra i titoli accademici e di servizio rilevanti ai fini dell'ammissione al concorso e della nomina»; per l'attuazione cfr. d.P.R. 30 luglio 2009, n. 189, *Regolamento concernente il riconoscimento dei titoli di studio accademici, a norma dell'articolo 5 della legge 11 luglio 2002, n. 148*, art. 3; D.P.C.M. 29 settembre 2004 n. 295, *Regolamento recante modalità di riconoscimento dei titoli post-universitari considerati utili ai fini dell'accesso al corso-concorso selettivo di formazione dirigenziale ai sensi dell'articolo 28, comma 3, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, art. 5. In Francia cfr. Décret n°2007-196 du 13 février 2007, *relatif aux équivalences de diplômes requises pour se présenter aux concours d'accès aux corps et cadres d'emplois de la fonction publique*, art. 1 e art. 12 ss. che attribuiscono il compito di valutare l'equivalenza dei diplomi alle «commissions d'équivalence de titres et diplômes» istituite presso ogni ministero o ente pubblico dello Stato «disposant de corps propres de fonctionnaires dont il assure le recrutement», oltre che presso La Poste e presso i prefetti delle Regioni o i «recteurs d'académie» per i concorsi decentrati; ulteriori commissioni sono istituite presso il «ministre chargé des collectivités territoriales», il «Centre national de la fonction publique territoriale» e altre autorità dislocate sul territorio per i concorsi della *fonction publique territoriale*. In Spagna: XXX

<sup>618</sup> Cfr. Conseil d'État, *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*, Paris, 2003, 281, ove si sottolinea come, salvo in alcuni specifici casi (es. *fonction publique hospitalière*), «il ne s'agit aucunement [...] de diplômes spécifiques indispensables à l'exercice de la profession en cause».

si richiede cioè all'amministrazione di comparare i *curricula* scolastici o universitari, ma di considerare direttamente il tipo di pubblici uffici cui un titolo di studio dà accesso nell'amministrazione nazionale di un altro paese membro, fatto salvo il ricorso a misure di compensazione ove lo scarto sia eccessivo<sup>619</sup>.

L'effetto di sistema è interessante perché le amministrazioni nazionali risultano in una certa misura tenute a "conoscersi" reciprocamente: poiché debbono considerare equivalenti i diplomi che diano accesso a impieghi corrispondenti, risulta necessaria la conoscenza degli uni e degli altri. Esse debbono perciò acquisire idonee informazioni sugli ordinamenti amministrativi degli altri paesi membri ponendo in essere strumenti di collaborazione e scambio che paiono idonei a determinare un "avvicinamento" delle istituzioni nazionali favorendo la convergenza verso un modello di "funzionario pubblico europeo"<sup>620</sup>, coerentemente con quel delinearsi di un' "amministrazione europea integrata" in *continuum* istituzionale sorretto dal principio di leale cooperazione tra paesi membri e Unione, su cui ci si è altrove soffermati (art. 6, § 3, TUE)<sup>621</sup>.

#### 4. *Libera circolazione dei cittadini europei, concorsi pubblici, corsi-concorsi e "scuole amministrative".*

---

<sup>619</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni, *Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi*, cit., § 2.2.: «La direttiva 2005/36/CE non si applica tuttavia quando il diploma non attesta la formazione professionale specifica, ovvero la formazione per una determinata professione [...] Le autorità dello Stato membro ospitante hanno il diritto di verificare il livello del diploma, ma non il suo contenuto, quando l'unico fattore significativo è il livello di studio per il quale un diploma viene rilasciato. Quando è necessario che il diploma sia conforme a determinati requisiti di contenuto oltre che ad un livello specifico, è opportuno che la sua equivalenza sia riconosciuta nel luogo in cui è stato rilasciato al completamento del percorso di istruzione o formazione nella materia richiesta»; Commission Staff Working Document, *Free movement of workers in the public sector*, Brussels, 14.12.2010 SEC(2010) 1609 final, 17; Comunicazione della Commissione "*Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*", cit., § XX. L'indicazione è coerente con la *ratio* giuridica sottostante il sistema di riconoscimento, che non afferma l'obbligo di riconoscere i diplomi «in considerazione del valore intrinseco della formazione» sancita, ma in quanto diano accesso nello Stato membro in cui sono stati rilasciati ad una professione regolamentata e ciò in forza di una "fiducia reciproca" tra ordinamenti nazionali: C. giust. CE, 23 ottobre 2008, C-274/05, cit., § 29-30.

<sup>620</sup> Cfr. da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa*, prefazione a J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici*, cit., XII ss. Segnala una necessità di conoscenza reciproca delle amministrazioni nazionali anche al fine di una più efficace attuazione del diritto dell'Unione europea, cui si correlano per l'effetto «fenomeni di circolarità e convergenza» di alcuni istituti disciplinati negli ordinamenti nazionali: S. SASSI, *op. cit.*, 388 ss.

<sup>621</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

Il principio del mutuo riconoscimento di diplomi e qualifiche professionali ha avuto un significativo impatto sul modello di reclutamento proprio della *fonction publique* francese<sup>622</sup>.

Nell'ordinamento giuridico francese l'accesso a molti dei più prestigiosi "corps" della *fonction publique* avviene mediante il superamento di un concorso con cui i candidati accedono alle *écoles administratives* in cui ricevono una formazione teorico-pratica in vista del futuro impiego nell'amministrazione pubblica<sup>623</sup>.

Le *écoles* sono da secoli un elemento caratterizzante del modello francese di pubblica amministrazione, cui nel tempo è stato dimostrato un pervicace attaccamento quali simboli della "*fonction publique à la française*"<sup>624</sup>, attaccamento che ha talora assunto i tratti della rivendicazione di una specificità culturale che si teme possa essere irrimediabilmente compromessa da alcune recenti tendenze di influenza neo-liberale<sup>625</sup>.

Il sistema delle scuole risale all'*Ancien Régime* e all'istituzione dell'*École* per il reclutamento degli *ingénieurs des ponts et chaussées* (<sup>1747</sup>), poi divenuta *École centrale des Travaux Publics* (1794) e infine *École Polytechnique* (<sup>1795</sup>), cui era attribuito specialmente il compito di formare gli *ingénieurs militaires*<sup>626</sup>.

---

<sup>622</sup> Sulle più recenti evoluzioni dello *status* della *fonction publique* si veda da ultimo: J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici*, cit., 16 ss.

<sup>623</sup> Da ultimo, per un'analisi delle prospettive di riforma delle *écoles*: AA. VV., *Rapport sur la formation initiale des fonctionnaires de l'État dans les écoles du service public*, Paris, novembre 2011.

<sup>624</sup> Cfr. P. LEGENDRE, *Miroir d'une Nation. L'École Nationale d'Administration*, Paris, 1999, 15 : «L'ENA est le mémorial de la France. Les Énarques chapeautent les montages de la vieille Bureaucratie patriote. Ils ont en charge d'adapter aux temps ultramodernes la bâtisse historique».

<sup>625</sup> Cfr. J.M. LEMOYNE DE FORGES, *Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique?*, in *Revue française d'Administration publique (RFAP)*, 2010, 702, secondo cui il diritto comunitario sarebbe un vettore di penetrazione dei « valori » del *new public management*. Si vedano inoltre i contributi citati *infra*, in nt. 106.

<sup>626</sup> Cfr. J.L. MESTRE, *France*, in *Le système du mérite – The merit system*, cit., 92 ss., ove si segnala come per l'accesso alla scuola i candidati dovessero «faire la preuve de leur intelligence, en subissant un examen sur l'arithmétique et les éléments de la géométrie»; il percorso di formazione si completava con la frequenza di ulteriori "scuole di applicazione" ("d'artillerie", "du génie militaire", "des mines", "des ponts et chaussées", ecc.) . Fondatore dell'*École des Ponts et Chaussées* fu Daniel-Charles Trudaine, già consigliere di Stato e intendente del Re. Cfr. P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, cit., 446: «La prestigieuse École Polytechnique, créée en 1794, l'École de Ponts et Chaussées, qui remonte à la fondation de Trudaine en 1747, l'École des Mines (même date), le Conservatoire des Arts et Métiers (1794) ont fourni aux ministères responsables les nombreuses équipes qui rendirent possible le "décollage" économique au XIX<sup>e</sup> siècle »; J. PETOT, *Histoire de l'Administration des Ponts et Chaussées*, Paris, 1958, XXX ss. Da ultimo sul reclutamento degli "ingénieurs d'État": F. BLAZY, *Rapport à M. le Premier Ministre: Mission d'étude sur l'avenir des corps d'ingénieurs de l'État*, Paris, janvier 2009, 16: «le recrutement par concours et, parmi les différentes filières, le recrutement effectué sur la base du classement

I diversi tentativi di trasporre il modello dall'amministrazione "tecnica" e militare<sup>627</sup> a quella generale<sup>628</sup> determinano all'epoca della "Deuxième République" l'istituzione di una prima *École d'Administration* che ha vita brevissima (1848-1849)<sup>629</sup>, per poi essere solo parzialmente realizzati con la privata *École libre de Sciences Politiques* (1871) e infine con l'*École Nationale d'Administration* (E.N.A.) fondata dopo la seconda guerra mondiale per volere del *Général De Gaulle* per l'accesso al *Conseil d'État*, alla *Cour des Comptes*, alle carriere diplomatica e prefettizia, all'*Inspection générale des Finances* e a pochi altri *corps*<sup>630</sup>.

---

*de sortie de l'Ecole polytechnique, garantissent un recrutement de qualité, au plus haut niveau académique».*

<sup>627</sup> Cfr. in particolare l'*École Spéciale Militaire de Saint-Cyr* fondata da Napoleone nel 1802: cfr. M. CAMUS, *Histoire des Saint-Cyriens: 1802-1980*, Paris, 1980, 23 ss. Esperienze simili si ritrovano anche al di qua delle Alpi: sulle "scuole d'artiglieria" create nel XVIII sec. nel Piemonte Sabauda cfr. V. FERRONE, *I meccanismi di formazione delle élites sabaude. Reclutamento e formazione nelle scuole militari del Piemonte del Settecento*, cit., 166 ss. In Francia occorre inoltre ricordare l'*École Normale Supérieure* (ENS) fondata durante la Rivoluzione perché vi fossero chiamati «*de toutes les parties de la République, des citoyens déjà instruits dans les sciences utiles, pour apprendre, sous les professeurs les plus habiles dans tous les genres, l'art d'enseigner*»: Décret de création de l'école normale, 9 brumaire an III (30 octobre 1794), in [www.bib.ens.fr](http://www.bib.ens.fr).

<sup>628</sup> Per una ricostruzione dei progetti di istituzione di un' "écoles politique" discussi a partire dalla rivoluzione francese e particolarmente all'epoca della "Monarchie de Juillet" e della "Seconde République": J.L. MESTRE, *France*, cit., 93 ss.; F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit. 179 ss.; P. LEGENDRE, *op. ult. cit.*, cit., 441. Di particolare interesse è il tentativo voluto da Napoleone di istituire un auditorato presso il *Conseil d'État* (décret du 28 décembre 1809).

<sup>629</sup> A determinarne l'insuccesso furono l'opposizione delle *Facultés de droit* che si vedevano sottratto il monopolio nella formazione dei funzionari, ma anche e soprattutto quella degli stessi funzionari, preoccupati dall'arrivo di nuove leve preparate e ambiziose, e della classe politica, ostile a un sistema di reclutamento meritocratico che avrebbe circoscritto l'utilizzazione delle assunzioni nella *fonction publique* come strumento di consenso: F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit. 182-183; H. MACHIN et V. WRIGHT, *Les élèves de l'École nationale d'administration de 1848-1849*, in *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, 1989, 605 ss.

<sup>630</sup> Cfr. Ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires, et instituant une direction de la fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile, art. 5. La creazione dell'ENA sarebbe stata ispirata anche dal *Civil Service* britannico per la selezione secondo un sistema centralizzato ispirato a principi di indipendenza e neutralità: A. CLAISSE – M.C. MEININGER, *Fonctions publiques en Europe*, cit., 77. Sull'ENA si vedano fra molti: AA.VV., *L'Ena*, in *Pouvoirs*, n. 80, 1997, con contributi di J. RIGAUD, *Mythes et réalités de l'ENA*, 5 ss.; J. RICHARD, *A quoi sert l'ENA pour l'administration?*, 13 ss.; J.F. KESLER, *L'énarchie n'existe pas*, 23 ss.; I. BELLIER, *Les élèves entre eux: une tribu, un corps, un esprit?*, 43 ss.; C. VIGOUROUX, *Ce que l'on apprend, ce que l'on n'apprend pas à l'école*, 57 ss.; Y. CANNAC, *Faut-il maintenir le monopole de l'ENA?*, 67 ss.; D. MAUS, *L'ENA est-elle « exportable »?: entretien*, 73 ss.; D. CHAGNOLLAUD, *Du pantouflage ou la « descente du ciel*», 77 ss.; J. CHEVALLIER, *L'élite politico-administrative: une interpénétration discutée*, 89 ss.; V. WRIGHT, *Démocratiser l'élite administrative française: regard d'un Britannique*, 101 ss.; P.H. D'ARGENSON, *Réformer l'Ena, réformer l'élite*, Paris, 2008; B. THOMAS-TUAL, *Recrutement*, in *JurisClasseur Administratif*, fasc. 181, 2005, 46 ss.; B. STIRN – E. CREPEY, *Le statut de l'École Nationale d'Administration, Rapport établi à la demande du Ministre de la fonction publique*, Paris, 22 novembre 2004; Y.T. DE SILGUY, *Moderniser l'Etat: le cas de l'ENA*, Paris, 2003; F.G. RIZZI, *Le grandi scuole francesi: l'Ena*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2002, 5 ss.; P. LEGENDRE, *Miroir d'une Nation, L'École nationale d'Administration*, cit.; E. PISIER – P. BOURETZ, *Le paradoxe du fonctionnaire*, Paris, 1988, 170 ss.; J.F. KESLER, *L'E.N.A., la société, l'Etat*, Paris, 1985, 17 ss.

Il modello è stato quindi adottato per la maggior parte della pubblica amministrazione con l'istituzione dell'*École Nationale de Santé Publique* (ENSP) oggi *École des Hautes Études en Santé Publique* (EHESP), degli *Instituts Régionaux d'Administration* (IRA), dell'*École Nationale Supérieure de la Police* (ENSP), dell'*École Nationale d'Administration Pénitentiaire* (ÉNAP) e così via, e sinanco per la magistratura con l'*École Nationale de la Magistrature* (ENM)<sup>631</sup>.

Il successo delle *écoles* è stato tale da determinare tentativi di emulazione in tutto il continente europeo: dal *Civil Service College* britannico<sup>632</sup>, alla Scuola Nazionale d'amministrazione pubblica greca<sup>633</sup>, all'italiana Scuola superiore della pubblica amministrazione<sup>634</sup>, sino alla Scuola Europea di amministrazione<sup>635</sup>.

In Francia l'accesso alle *écoles* determina di per sé il reclutamento nella *fonction publique* in qualità di *fonctionnaire stagiaire*: l'esame con cui si conclude il percorso

---

<sup>631</sup> Le *écoles administratives* sarebbero circa una sessantina, di cui la metà è utilizzata per il reclutamento di ingegneri e altri tecnici: A. CLAISSE – M.C. MEININGER, *Fonctions publiques en Europe*, cit., 77. Per la *fonction publique d'État* circa la metà dei concorsi comportano una formazione in una *école d'application* per una durata compresa tra alcune settimane fino a 30 mesi: C. DESFORGES-J.G. DE CHALVRON, *Rapport de la mission préparatoire au réexamen général des concours d'accès à la fonction publique d'État*, Paris, janvier 2008, 8.

<sup>632</sup> Il Fulton Report (1968) individuò nella formazione dei funzionari un'essenziale leva per la modernizzazione del *Civil Service*: le indicazioni contenute nel rapporto furono tradotte nell'istituzione del *Civil Service College* (CSC), il cui fallimento fu determinato, tra gli altri fattori, anche dalla confusione dei modelli di riferimento. L'intento del governo di differenziarsi dal "modello Ena" nel senso di una maggiore apertura a quadri e funzionari di livello medio-alto, si scontrò con la diversa concezione del suo primo direttore, Eugene Grebenik, che al contrario intese il CSC come «*an essentially elitist organisation giving all "high flyers" a rigorous training in their first six months*»: R. LOWE, *The Official History of the British Civil Service*, cit., 313 ss.

<sup>633</sup> Cfr. J.L. BODIGUEL, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, cit., 107-108, ove si segnala l'insuccesso della scuola in ragione soprattutto dell'opposizione dei funzionari in servizio.

<sup>634</sup> Cfr. da ultimo: d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 178, *Riorganizzazione della Scuola superiore della pubblica amministrazione (SSPA), a norma dell'articolo 24 della legge 18 giugno 2009, n. 69*. Cfr. fra molti: C. MEOLI, *La formazione del lavoratore statale ieri e oggi*, in *Le fatiche di Monsù Travet*, cit., 193 ss.; E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, cit., 36; A. MARI, S. LAPORTA, *La formazione della burocrazia - Scuola superiore della pubblica amministrazione ed école nationale d'administration: due modelli a confronto*, in *Dir. econ.*, 2000, 125 ss. Per ulteriori riferimenti cfr. *supra*, cap. IV, nt. 100.

<sup>635</sup> Creata con Decisione 2005/118/CE del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, della Corte di giustizia, della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale europeo, del Comitato delle regioni e del Mediatore, del 26 gennaio 2005, *che istituisce la Scuola europea di amministrazione* e disciplinata dalla Decisione 2005/119/CE dei segretari generali del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, del cancelliere della Corte di giustizia, dei segretari generali della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale europeo e del Comitato delle regioni e del rappresentante del Mediatore, del 26 gennaio 2005, *relativa all'organizzazione e al funzionamento della Scuola europea di amministrazione*, ove le sono in particolare attribuite la formazione di funzionari e agenti «che sono chiamati, o che potrebbero essere chiamati, ad esercitare funzioni dirigenziali», «i corsi di entrata in servizio per i nuovi membri del personale» e la formazione obbligatoria prevista «nel quadro del passaggio tra gruppi di funzioni» (art. 1, § 1).

formativo è utile al mero fine di definire una graduatoria per la scelta dell'amministrazione di destinazione, o talora soltanto per dichiarare la positiva conclusione dei corsi<sup>636</sup>.

Il vero "concorso" è quello di entrata nell'*école*, cui i candidati si preparano con ingenti investimenti economici e umani, con lo studio individuale e - soprattutto - la frequenza di apposite scuole di preparazione (le c.d. "Prépas"). Sicché il superamento del concorso di accesso sanziona un successo personale che ha nel contempo valore identitario poiché fonda un senso di appartenenza e un reciproco riconoscimento tra i membri del "corps"<sup>637</sup>, quasi come una cerimonia di accettazione in un gruppo separato e in qualche misura elitario<sup>638</sup>, che la frequenza dell'*école* consolida in coloro che fanno parte di una medesima "promotion"<sup>639</sup>.

---

<sup>636</sup> All'ENA è stata eliminata di recente la stretta correlazione tra graduatoria finale e assunzione dei funzionari nei "corps" cui la scuola dà accesso: l'individuazione dell'amministrazione di destinazione avviene mediante un complesso sistema che tiene conto della graduatoria, delle preferenze espresse da ciascuno e, soprattutto, della volontà manifestata dalle amministrazioni all'esito di una serie di colloqui con i candidati, cfr. Décret n°2002-50 du 10 janvier 2002 *relatif aux conditions d'accès et aux régimes de formation à l'Ecole nationale d'administration*, artt. 48 ss. come mod. dal Décret n°2012-667 du 4 mai 2012. Cfr. J.P. DIDIER, *La suppression du classement de sortie de l'ENA n'est ni une simplification ni une amélioration de la qualité du droit*, in *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 26, 2011, 38 ss.; *La fin du classement de sortie de l'Ecole nationale d'administration*, non firmato, in *Revue Française d'Administration Publique*, 2008, 825 ss.; B. BOUCAULT, *Professionaliser encore la formation des futurs cadres supérieurs*, in *Service public*, 139, 2008, 20 ss.; J. PETITCLERC, *L'ENA, c'est fini*, in *Revue administrative*, 2009, 163; A. TEYSSIER, *La fin du classement à l'ENA, un grand retour en arrière*, in *Les cahiers de la fonction publique*, 2009, 3.

<sup>637</sup> Anche per le *écoles administratives* si verifica il fenomeno osservato in termini generali e per l'accesso alla funzione pubblica europea: «sur le plan anthropologique, le concours fait office de rite initiatique – un rite de passage et un processus de filtrage. Ces rites marquent la transition vers un nouveau statut comme membre de plein droit d'une organisation, souvent en obligeant le candidat à subir une sorte d'épreuve rituelle marquant le passage vers une nouvelle situation ou une adhésion à une organisation élitiste. [...] Cette épreuve par le feu crée un puissant esprit de corps [...]», in C. BAN, *La réforme du processus de dotation en personnel dans les institutions de l'Union européenne: comment se débarrasser de la vache sacrée*, in *Revue Internationale de Sciences Administrative*, 2010/1, Vol. 76, 18, ove si richiama W. HAVILAND, H. PRINS, D. WALRATH and B. MCBRIDE, *Anthropology: the Human Challenge*, 12th ed., Belmont, CA, 2008.

<sup>638</sup> *La fonction publique «continue à apparaître comme source de promotion et d'honneurs qui confèrent un statut social éminent»*: F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française du 18<sup>e</sup> au 20<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1994, 319-320; da ultimo evidenzia come il "concorso" permetta di coniugare «la passion de l'égalité et/mais le goût des privilèges», conferendo a pochi «heureux élus une sorte de noblesse à titre viager»: J.M. EYMERI-DOUZANS, *Les concours à l'épreuve*, cit., 310. Cfr. V. AZIMI, *Considérations inactuelles et actuelles sur l'élitisme républicain et l'administration française*, in *Les élites administratives en France et en Italie*, sous la direction de V. Azimi, Paris, 2006, 19 ss.; P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, cit., 465-466: «le fonctionnaire fait partie d'un monde à part, une sorte de clergé, qui, à tous ses rangs, distingue ses membres du commun». Per una critica: P. BIRNBAUM, *Les sommets de l'État*, Paris, 1977, 92 ss.; P. BOURDIEU, *La Noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, 1989, XXX ss.; P. BOURDIEU – J.C. PASSERON, *Les Héritiers*, Paris, 1964, XXX ss.

<sup>639</sup> Le *écoles* assolvono ad una vocazione di educazione "intellettuale, pratica e morale": M.C. KESSLER, *L'esprit de corps dans les grands corps de l'Etat en France*, in *Esprit de corps, démocratie et espace public*, sous la direction de G.J. Guglielmi – C. Haroche, Paris, 2005, spec. 277 e 290.

Le *écoles administratives* - e tra queste l'Ena - sono in principio aperte ai cittadini di altri paesi membri dell'Unione: al superamento del concorso di accesso essi divengono automaticamente "*fonctionnaires publics*", e al termine della formazione possono - almeno teoricamente - entrare a far parte di alcuni dei più prestigiosi "*corps*" della *fonction publique française*<sup>640</sup>. La concreta possibilità di reclutamento deve tuttavia fare i conti con il limite che esclude in via generale per non francesi gli impieghi «le cui attribuzioni non siano separabili dall'esercizio della sovranità o comportino una partecipazione diretta o indiretta all'esercizio di prerogative di autorità dello Stato o di altri enti locali»<sup>641</sup>, conformemente all'interpretazione dell'Unione europea sui "pubblici poteri": una volta che il funzionario abbia espresso la propria preferenza, la decisione è presa, caso per caso, con un provvedimento del Ministro della *fonction publique*, previo parere del ministro competente<sup>642</sup>.

Se l'accesso degli europei alle *écoles* non pone problemi, la storia e le caratteristiche del sistema francese spiegano la reazione di disappunto determinata dalla dichiarazione dell'obbligo di apertura della *fonction publique* francese ai candidati europei *in possesso di una formazione equivalente*<sup>643</sup>.

L'ordinamento giuridico dell'Unione considera il titolo che sanziona la conclusione di un'*école* alla stregua di un "diploma", fondando l'obbligo delle amministrazioni nazionali di riconoscere quelli rilasciati da analoghe istituzioni di altri paesi membri,

---

<sup>640</sup> L'apertura dell'Ena è stata stabilita dal décret n. 2004-313 du 29 mars 2004 *modifiant le décret n. 2002-50 du 10 janvier 2002 relatif aux conditions d'accès et aux régimes de formation à l'Ecole nationale d'administration*. Segnala come nell'autunno 2004 tre cittadini europei si siano per la prima volta iscritti al concorso di accesso: F. MELLERAY, *Vers une extension de l'ouverture de la fonction publique française aux Européens?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2004, 2203.

<sup>641</sup> Cfr. loi du 13 juillet 1983, art. 5 *bis*, cit. *supra*, in cap. III, nt. 34. Devono considerarsi precluse ai cittadini europei «a) *d'une part, l'exercice de fonctions traditionnellement qualifiées de régaliennes*; b) *d'autre part, la participation, à titre principal, au sein d'une personne publique, à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, enfin à l'exercice de la tutelle*». Sono pertanto "presuntivamente" riservate ai francesi «*les missions confiées aux ministères chargés de la défense, du budget, de l'économie et des finances, de la justice, de l'intérieur, de la police et des affaires étrangères*», salvo diversa valutazione per particolari impieghi effettuata dai singoli ministeri: Conseil d'État, Assemblée générale, Avis, 31 janvier 2002, n. 366.313. Per l'esclusione di un cittadino greco dal concorso per "*vétérinaires inspecteurs*" in ragione dell'esercizio di funzioni di controllo e sanzione: Cour Administrative d'Appel de Paris, 16 mai 2006, req. n. 04PA00604, *M. Zouttou c. Min. de l'Agriculture*.

<sup>642</sup> Cfr. Décret n°2002-50 cit., art. 50 *quinquies*: «*l'appréciation de l'ouverture ou de la fermeture d'un emploi, conformément à l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983 susvisée, aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France est déterminée par une décision du ministre chargé de la fonction publique, après avis du ministre compétent*».

<sup>643</sup> C. giust. CE, 9 settembre 2003, C-285/01, cit.

poiché non si può imporre a chi abbia già seguito una formazione equivalente di superare il *concours* per l'accesso alle *écoles administratives* e di ripetere un percorso formativo già noto.

Si è tuttavia chiarito che il diritto al mutuo riconoscimento dei diplomi non ha come conseguenza il superamento del pubblico concorso per l'accesso alle amministrazioni pubbliche<sup>644</sup>, e ciò neanche ove questo si realizzi per il tramite delle scuole di amministrazione. Esso infatti «non può essere fatto valere per fondare un diritto ad essere effettivamente assunti», né intende porre un diritto dei funzionari alla mobilità da un'amministrazione all'altra<sup>645</sup>, ma semplicemente «impone il riconoscimento delle qualifiche ottenute in uno Stato membro al fine di consentire a chi le possiede di candidarsi ad un posto di lavoro in un altro Stato membro, secondo le procedure di selezione e di reclutamento che ivi disciplinano l'accesso ad una professione regolamentata»<sup>646</sup>.

Il diritto di libera circolazione dei cittadini europei non impone dunque il superamento delle specificità giuridiche e culturali proprie ai sistemi nazionali di reclutamento<sup>647</sup>, ma al più richiede l'adozione di alcuni accorgimenti concreti che consentano ai lavoratori

---

<sup>644</sup> La compatibilità tra diritto al mutuo riconoscimento di diplomi e qualifiche professionali e concorsi pubblici è stata da ultimo ribadita per l'accesso alla professione notarile da C. giust. UE (grande sezione), 24 maggio 2011, C-47/08, cit., e C-53/08, cit., ove si afferma che l'applicazione delle direttive CE 89/48 e 2005/36 «avrebbe l'effetto non di impedire la selezione dei notai mediante concorso, ma *solo di permettere l'accesso a tale concorso di cittadini di altri Stati membri*» (il corsivo è nostro).

<sup>645</sup> Per quanto la Commissione europea incoraggi la mobilità dei funzionari da un'amministrazione nazionale all'altra: Comunicazione della Commissione, *Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*, cit., § XX. Per alcune norme italiane che valorizzano e incentivano le esperienze nell'ambito delle amministrazioni di altri paesi membri: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 28 bis, co. 1°, 3° e 4°, introd. dal d.lgs. n. 150 del 2009, cit., art. 47.

<sup>646</sup> C. giust. CE, 17 dicembre 2009, C-586/08, cit.

<sup>647</sup> Diversamente cfr. J.M. LEMOYNE DE FORGES, *Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique?*, cit., 701 ss.; F. KAUFF-GAZIN, *L'influence des concepts de droit communautaire sur le droit de la fonction publique ou comment le droit communautaire opère la réduction du champ du droit public...*, in *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, sous la direction de G. Eckert – Y. Gautier – R. Kovar – D. Ritleng, Strasbourg, 2007, 203 ss.; H. OBERDOFF, *L'influence du droit communautaire sur la fonction publique*, in *Droit administratif européen*, sous la direction de J.B. Auby et J. Duheil de la Rochère, cit., 1041 ss.; C. FERRARI-BREEUR, *La loi du 26 juillet 2005 ou le droit communautaire cause réelle et prétexte à une modification du droit français de la fonction publique*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, n. 35, 29 Août 2005, 1305 ss.; J. BOURDON, *Vers une banalisation du droit de la fonction publique ?*, in *Actualités Juridiques Fonction Publique (AJFP)*, 2005, 284 ss.; M. POCHARD, *Les implications de la libre circulation: plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2003, 1906 ss.; J.M. LEMOYNE DE FORGES, *Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles?*, *ivi*, 2003, 1917 ss.; G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2003, 1194 ss.

europei di concorrere su un piano di effettiva eguaglianza con i cittadini nazionali grazie al puntuale riconoscimento di qualifiche ed esperienze professionali<sup>648</sup>.

Ciò che viola il diritto di circolazione non è l'obbligo di superare una procedura concorsuale per il reclutamento<sup>649</sup>, ma quella di frequentare una formazione – talora biennale - volta all'acquisizione di una professionalità che si è già acquisita in un altro paese<sup>650</sup>, specie ove si richieda a chi sia già funzionario di superare un concorso di accesso riservato per natura a studenti neo laureati. La preparazione professionale acquisita ne risulta svilita in contrasto con la reciproca “fiducia” nei sistemi nazionali di istruzione che fonda il sistema di mutuo riconoscimento dei diplomi<sup>651</sup>, e scoraggiato l'individuo nella ricerca dell'occupazione che in tutto il mercato unico corrisponde maggiormente alle sue personali capacità e aspirazioni.

Nell'ordinamento italiano il problema non si è posto per il corso-concorso bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione per l'accesso alla qualifica di dirigente di seconda fascia delle amministrazioni statali<sup>652</sup> perché – con una previsione che

---

<sup>648</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi*, cit., § 2.3: «Per quanto riguarda i concorsi di assunzione per formazioni specifiche al fine di coprire posti di lavoro in un determinato campo della pubblica amministrazione, la CG ha dichiarato che i lavoratori migranti pienamente qualificati nel settore in questione devono essere esentati dal completamento della formazione specifica, vista la formazione seguita e l'esperienza maturata nel proprio paese di origine. La CG ha deciso che uno Stato membro non può obbligare detti lavoratori migranti a superare un concorso di questo tipo, ma deve invece prevedere metodi diversi di assunzione». Sull'obbligo di riconoscere nei concorsi le esperienze professionali maturate dai cittadini europei negli altri paesi membri: C. giust. CE, 12 maggio 2005, C-278/03, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust. CE, 23 febbraio 1994, C-419/92, *Scholz c. Opera universitaria di Cagliari*; C. giust. CE, 17 marzo 2005, C-109/04, *Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen*. Può trattarsi anche di esperienze maturate presso organizzazioni private, purché sostanzialmente comparabili: Comunicazione della Commissione, *Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*, cit., § XX. Cfr. Conseil d'État, 11 mars 2011, req. n. 338405, *Auble*, sulla valutazione delle esperienze pregresse maturate da un cittadino francese all'estero nell'ambito di un procedimento concorsuale; Conseil d'État, 15 novembre 2010, req. n. 332218, *Dudzinski*, a fini di ricostruzione della carriera. Da ultimo si veda: G. ALBERTON, *De la prise en compte des activités professionnelles antérieures lors d'un recrutement dans la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2011, 1091 ss.

<sup>649</sup> Cfr. diversamente Conseil d'État, *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*, cit., 285.

<sup>650</sup> Purché la formazione seguita nel paese di provenienza e quella prevista in quello di destinazione siano effettivamente comparabili; non lo sono ove il contenuto di corsi e tirocini siano strettamente correlati con il diritto nazionale, come ad es. nel caso dell'*École des impôts*: cfr. J. ZILLER, *Free Movement of European Citizens and Employment in the Public Sector, Current Issues and State of Play, Part I – General Report*, cit., 83.

<sup>651</sup> Cfr. C. giust. CE, 23 ottobre 2008, C-274/05, cit., § 29-30.

<sup>652</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 28, co. 1°. Un corso-concorso è bandito altresì per il conferimento dei posti di dirigente scolastico: d.l. 31 gennaio 2005 n. 7, *Disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, e per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione, nonché altre misure urgenti*, conv. con mod. in l. 31 marzo 2005, n. 43, art. 1 *sexies*.

senz'altro può apparire eccessivamente restrittiva – per *tutta* la dirigenza statale è tuttora richiesto il requisito della cittadinanza italiana<sup>653</sup>, sicché il principio europeo del mutuo riconoscimento può al più essere invocato da un cittadino nazionale che abbia seguito una formazione equivalente o maturato un'esperienza professionale presso l'amministrazione di un altro paese membro.

A differenza di quanto avviene nelle *écoles administratives* francesi l'accesso al corso non determina l'attribuzione dello *status* di funzionario<sup>654</sup>: al contrario sono ammessi un numero di candidati superiore rispetto agli impieghi disponibili<sup>655</sup>, sicché gli eventuali esami intermedi e quello finale svolgono un essenziale ruolo selettivo.

L'istituzione di un unico concorso finale cui i cittadini europei possano accedere in condizioni di parità con gli allievi delle scuole vale di per sé a superare ogni discriminazione in ragione di una graduatoria conclusiva unitaria preordinata alla distribuzione dei posti vacanti<sup>656</sup>, oppure può disporsi lo sdoppiamento dell'accesso ai pubblici impieghi con la previsione di un secondo concorso riservato ai cittadini europei – ivi compresi i nazionali<sup>657</sup> - in possesso di una formazione equivalente o che abbiano maturato una significativa esperienza professionale in un'amministrazione pubblica di uno dei paesi membri<sup>658</sup>. Il sistema non deve in ogni caso essere discriminatorio ed in

---

<sup>653</sup> Cfr. d.P.C.M. n. 174 del 1994, cit., art. lett. a.

<sup>654</sup> Agli allievi può essere erogata una borsa di studio: cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 28, co. 4° e d.P.R. 24 settembre 2004, n. 272, *Regolamento di disciplina in materia di accesso alla qualifica di dirigente, ai sensi dell'articolo 28, comma 5, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, art. 16, ove si prevede l'assegnazione di una borsa di studio «nella misura del settanta per cento dello stipendio tabellare previsto per i dirigenti di seconda fascia delle amministrazioni statali, da corrispondersi [...] in relazione alla frequenza del corso».

<sup>655</sup> Nel caso del corso concorso della Scuola superiore per la pubblica amministrazione il numero di posti messi a bando è pari a quelli disponibili maggiorati del 30%: d.P.R. n. 272 del 2004, cit., art. 10, co. 1°.

<sup>656</sup> Conclusioni dell'avvocato generale C. Stix-Hackl presentate il 12 settembre 2002, C-285/01, cit., § 60.

<sup>657</sup> L'esclusione dei cittadini nazionali determinerebbe un'odiosa “discriminazione a rovescio”: F. MELLERAY, *L'arrêt Burbaud implique-t-il une discrimination à rebours?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2003, 1915 ss. Sulle discriminazioni a rovescio, oltre ai contributi citati *supra*, in cap. I, nt. 55, si vedano da ultimo: K. LENAERTS, “*Civis europaeus sum*”: *from the cross-border link to the status of citizen of the Union*, in *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, 3, 2011, 8 ss.; A. ILIOPOULOU – A. JAURÉGUIBERRY, *La première condamnation d'une discrimination à rebours*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2009, 132; C. DAUTRICOURT.- S. THOMAS, *Reverse discrimination and free movement of persons under Community law: All for Ulysses, nothing for Penelope?*, in *European Law Review*, 2009, 433 ss.; N. AL NAJJARI – E. MUSSATO, *L'impatto del diritto comunitario nell'ordinamento interno: in particolare, il problema della discriminazione «a rovescio» nell'accesso alle professioni tra giurisprudenza e interventi normativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 961 ss.

<sup>658</sup> Cfr. J.M. LEMOYNE DE FORGES, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, Rapport au ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de l'Aménagement du territoire,

tal senso si pone la soluzione prescelta nell'ordinamento francese con la recente apertura ai funzionari degli altri paesi membri dei "concorsi interni" riservati al personale in servizio e la conseguente affermazione dell'obbligo delle amministrazioni di riconoscerne debitamente titoli ed esperienze professionali<sup>659</sup>.

La compatibilità con l'ordinamento dell'Unione del principio del pubblico concorso nelle sue varianti nazionali è dunque confermata ed anzi esso ne risulta a maggior ragione rafforzato, in quanto unico sistema idoneo a garantire ai cittadini europei un accesso effettivamente non discriminatorio agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni nazionali.

##### 5. *Incarichi di lavoro autonomo, appalti di servizi e concorsi pubblici tra tutela della concorrenza e diritto di circolazione dei cittadini europei.*

Le norme sul diritto di circolazione e soggiorno dei lavoratori europei di cui all'art. 45 TFUE disciplinano – come si è visto – i rapporti di lavoro subordinato<sup>660</sup>.

A professionisti e imprenditori europei che vogliano fissare la sede della loro attività in un paese membro diverso da quello di provenienza si applicano le norme dell'Unione sul diritto di stabilimento che consentono di accedere «alle attività *autonome* e al loro

---

avril 2003, Paris, 53 ss.; G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, cit., 1194 ss.

<sup>659</sup> Cfr. loi n° 2009-972 cit., art. 26, ove si prevede l'apertura dei concorsi interni ai cittadini europei «*qui justifient d'une durée de services accomplis dans une administration, un organisme ou un établissement d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France dont les missions sont comparables à celles des administrations et des établissements publics dans lesquels les fonctionnaires civils (...) exercent leurs fonctions, et qui ont, le cas échéant, reçu dans l'un de ces États une formation équivalente à celle requise par les statuts particuliers pour l'accès aux corps considérés*»; la previsione è stata attuata con décret n. 2010-311 du 22 mars 2010 *relatif aux modalités de recrutements et d'accueil des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans un corps, un cadre d'emploi ou un emploi de la fonction publique française*; décret n. 2010-629 du 9 juin 2010 *relatif au fonctionnement de la commission d'accueil des ressortissants de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans la fonction publique*. Cfr.: G. ALBERTON, *Recrutement des Européens dans la fonction publique française. Le décret du 22 mars 2010 est-il vraiment "accueillant"?*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2010, 1984 ss.; C. FERRARI-BREEUR, *Recrutement et accueil des ressortissants de l'Union européenne dans la fonction publique française: des modalités améliorées mais encore perfectibles*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, n. 19, 10 mai 2010, 2166 ss.

<sup>660</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 3. La rinuncia ad una disciplina congiunta di lavoratori autonomi e subordinati è stata talora ricondotta ad un'originaria volontà di consentire per questi ultimi una più rapida realizzazione della libertà di circolazione, a fronte dell'iniziale e più acuta diffidenza nei confronti dell'immigrazione di imprenditori e professionisti in genere, oltre che della maggiore complessità sottesa a tale circolazione: A. MATTARELLA, *La libera circolazione dei lavoratori nella Comunità economica europea*, cit., 27-28.

esercizio», anche costituendo e gestendo imprese e società «alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini» (art. 49 TFUE).

Nell'ipotesi in cui essi intendano prestare un'attività in un altro paese membro *a titolo temporaneo* trova applicazione la disciplina sulla libera circolazione dei servizi che ha carattere generale – secondo altri residuale<sup>661</sup> - poiché si applica a tutte «le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione» purché non disciplinate dalle norme speciali su libera circolazione di merci, capitali e persone. Solo a titolo esemplificativo il Trattato richiama le attività artigiane, quelle di carattere industriale o commerciale e le libere professioni (artt. 56-57 TFUE)<sup>662</sup>. A definire il discrimine tra diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi è l'«infrastruttura stabile» di cui è dotato l'imprenditore o il professionista nel primo caso<sup>663</sup>.

La libera prestazione dei servizi consente a imprenditori, artigiani e professionisti<sup>664</sup> di esercitare la loro attività in un paese membro diverso da quello di stabilimento «alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini» (art. 57, § 3, TFUE), costituendo al pari delle disposizioni del Trattato su capitali, merci e servizi attuazione dell'obiettivo unificante di instaurazione e funzionamento del mercato unico, inteso non

---

<sup>661</sup> Cfr. fra molti: D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto: art. 1655-1677*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, vol. XXVII, IV ed., Bologna - Roma, 2007, XXX ss.; D. RUBINO, *L'appalto*, IV ed., Torino, 1980, XXX ss.; P. RESCIGNO, *Appalto (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, XXX ss.; M. STOLFI, *Appalto, trasporto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, vol. X, Milano, 1961, XXX ss; ID., *Appalto*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, XXX ss.

<sup>662</sup> La ritiene una «*définition empirique, élaborée à une époque où l'on comprenait mal ce que recouvrait la notion de commerce international des services, dans le but de soumettre à l'application du Traité toute activité économique qui ne tombe dans une des catégories d'échanges plus connues*»: V. HATZOPOULOS, *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, in *European Legal Studies/Etudes Européennes Juridiques, Research Papers in Law*, 5/2007, XXX, in [www.coleurop.be](http://www.coleurop.be).

<sup>663</sup> Cfr. Dir. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, cit., art. 4, n. 5, ove si definisce per “stabilimento” «l'esercizio effettivo di un'attività economica di cui all'articolo 43 del trattato a tempo indeterminato da parte del prestatore, con un'infrastruttura stabile a partire dalla quale viene effettivamente svolta l'attività di prestazione di servizi». Cfr. C. giust. CE, 11 dicembre 2003, C- 215/01, *Schnitzer*, § 32: «il solo fatto che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisca servizi identici o simili in modo più o meno frequente o regolare in un altro Stato membro *senza che disponga ivi di un'infrastruttura che gli consenta di esercitarvi in maniera stabile e continuativa un'attività professionale* e di offrire *a partire dalla detta infrastruttura* i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'altro Stato membro, non è sufficiente a considerarlo stabilito in tale Stato membro». Per altri criteri incentrati sulla durata, regolarità, continuità della prestazione: cfr. C. giust. CE, 30 novembre 1995, C-55/94, cit.: «il carattere temporaneo delle attività considerate dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa. Il carattere temporaneo della prestazione non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura».

<sup>664</sup> Sulla libera circolazione dei professionisti nell'Unione europea cfr. *supra*, nt. 66.

a caso come uno «spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 26 TFUE).

Si è ricordato come le norme europee su professionisti e imprenditori trovino attuazione nei confronti della pubblica amministrazione nella disciplina sugli appalti pubblici<sup>665</sup> che, come noto, investe qualsiasi contratto stipulato per iscritto e a titolo oneroso da un'amministrazione aggiudicatrice per l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi<sup>666</sup>.

I “servizi” di cui alla disciplina sugli appalti sono ricompresi in quelli cui il Trattato garantisce la libera circolazione escludendo perciò le prestazioni fornite come oggetto di un rapporto di lavoro subordinato<sup>667</sup>, ove è recuperata gran parte della tradizione degli ordinamenti continentali che distinguono il contratto di appalto dal rapporto di lavoro subordinato secondo la contrapposizione di diritto romano tra “*locatio operarum*” e “*locatio operis*”<sup>668</sup>. La differenziazione è esplicita nella normativa di attuazione ove il riferimento è a «qualsiasi attività economica *non salariata* di cui all'articolo 50 [oggi 57] del Trattato fornita normalmente dietro retribuzione»<sup>669</sup>,

---

<sup>665</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.

<sup>666</sup> Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, art. 1, § 2. Il contratto di appalto di cui alle norme europee non coincide con la nozione di appalto fornita dall'ordinamento italiano, ove si intende per tale «il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro» (art. 1655 c.c.). Ne restano sicuramente esclusi gli appalti di forniture, al contrario riferibili alla vendita (art. 1470 c.c.) o al contratto di somministrazione (art. 1559). La fattispecie europea e quella dell'ordinamento italiano differiscono sicuramente per il tipo di prestazione dedotta, posto che quest'ultimo è caratterizzato dal «conseguimento di un *opus* che deve essere appositamente prodotto», avendo come presupposto che «il bene, al momento del contratto, non esista e postuli l'esigenza giuridica che debba essere prodotto per opera dell'appaltatore», sicché della prestazione fa parte non soltanto il risultato (opera o servizio) ma anche il “*facere*” dell'appaltatore volto al conseguimento di questo: cfr. da ultimo A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 4 ss.; L.V. MOSCARINI, *L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. De Nictolis, R. Garofoli, M.A. Sandulli, vol. I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Milano, 2008, 42 ss.

<sup>667</sup> Cfr. Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., art. 16, lett. e, che espressamente esclude i «contratti di lavoro» dall'applicabilità delle norme sugli appalti, ove il riferimento è da intendersi al lavoro subordinato conformemente all'interpretazione europea della parola “lavoratori” ex art. 45 TFUE.

<sup>668</sup> Oltre ai riferimenti citati *supra*, in nt. 120, cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Rist. anast. dell'ed. del 1901, a cura di M. Napoli, Milano, 2003, 153 ss.; da ultimo: M. MARTONE, *La subordinazione. Una categoria del novecento*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Martone, M. Marazza, Padova, 2012, 15 ss.

<sup>669</sup> Cfr. Dir. 2006/123/Ce cit. art. 4, n. 1: la parola “*salariata*” è un'evidente traduzione del francese “*salarié*”, con cui sono indicati i lavoratori subordinati: *Code du travail*, Art. L1111-1. È esplicita in tal

Se la disciplina sugli appalti di forniture di prodotti<sup>670</sup> è attuativa della libera circolazione delle merci (artt. 28 e ss. TFUE)<sup>671</sup>, manca invece una coincidenza tra i “servizi” del Trattato e quelli delle direttive sugli appalti, poiché i primi hanno un’estensione maggiore essendo idonei – come si è visto - a ricomprendere *qualsiasi* prestazione fornita dietro corrispettivo, con la sola esclusione di quelle disciplinate dalle norme su persone, merci e capitali, sicché la norma principio del Trattato tutela anche le prestazioni di servizi rese nell’ambito di un appalto di lavori<sup>672</sup>.

Certo la nozione europea di appalto di servizi appare idonea a ricomprendere sia quelli che nell’ordinamento italiano sono definiti come contratti di appalto (art. 1655 c.c.), sia i contratti d’opera (art. 2222 c.c.) e le prestazioni d’opera intellettuale (art. 2230 c.c.), atteso che la definizione europea di appalto come «qualsiasi contratto stipulato per iscritto e a titolo oneroso da un’amministrazione aggiudicatrice per [...] la prestazione

---

senso la disciplina di recepimento nell’ordinamento italiano, che definisce i servizi come «qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale» (d.lgs. 23 marzo 2010, n. 59, art. 1). Cfr. A.L. SIBONY, *Liberté d’établissement et libre prestation de services*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, 511 ss.

<sup>670</sup> Cfr. Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., art. 1, § 2, lett. c: «Gli "appalti pubblici di forniture" sono appalti pubblici diversi da quelli di cui alla lettera b) aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti».

<sup>671</sup> Cfr. Dir. 2004/18/CE, cit., Considerando n. 2: «L’aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi». Da ultimo Conclusioni dell’Avvocato generale J. Kokott presentate il 19 gennaio 2012, Causa C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, § 36: «L’applicazione delle disposizioni di diritto dell’Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici mira a rafforzare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi all’interno dell’Unione e contribuisce alla creazione del mercato interno»; C. giust. CE, 14 giugno 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS)*.

<sup>672</sup> Sono “appalti di lavori” quelli «aventi per oggetto l’esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l’esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell’allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall’ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara», ove a propria volta «i lavori di cui all’allegato I comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere» e per “opera” si intende «il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica», che si tratti del «risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile» o di opere «di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica» (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, art. 3, co. 7° e 8°). Cfr. A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *op. ult. cit.*, 357 ss.; R. De NICTOLIS, *La tipologia e l’oggetto dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. III, *Le procedure di affidamento e l’aggiudicazione*, 1648 ss.

di servizi» non offre rilevanza alla differenziazione che è propria dell'ordinamento italiano<sup>673</sup>.

La stessa disciplina europea peraltro assoggetta espressamente alle norme sugli appalti, almeno di principio, le prestazioni intellettuali fornite nell'ambito di servizi «attinenti all'architettura e all'ingegneria» e relative a «incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e collaudo»<sup>674</sup>.

Le prestazioni d'opera intellettuale sono in ogni caso soggette alla disciplina di principio sull'aggiudicazione dei contratti d'appalto al pari di qualsiasi contratto o rapporto giuridico diverso al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria (211.000 euro)<sup>675</sup>.

---

<sup>673</sup> Nella tradizione civilista si tratta del prevalente impiego di lavoro personale che caratterizza il contratto d'opera a fronte dell'organizzazione di mezzi propria dell'appalto: cfr. da ultimo A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., Milano, 1996, 85 ss. La giurisprudenza amministrativa e contabile pare invece riferirsi all'appalto come a un contratto «caratterizzato da un *quid pluris*, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità», contrapponendolo alla prestazione d'opera intellettuale intesa come un «singolo incarico episodico legato alla necessità contingente», che perciò «esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica»: Cons. St., sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730, relativa al conferimento degli incarichi di patrocinio legale; Corte Conti, Sez. reg. contr. Basilicata, Potenza, 3 aprile 2009, Del. n. 19/2009/PAR, Par. n. 8/2009. Ritiene che il patrocinio legale non sia un «servizio legale» ai sensi della Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., all. II B, anche: Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, *Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136*, § 4.3. L'incarico di patrocinio legale non sarebbe soggetto nemmeno al d.lgs. n. 165 del 2001, cit., in quanto non costitutivo di un «incarico di studio, ricerca o consulenza»: Corte conti, Sez. riun. contr., 16 febbraio 2005, n. 6, con nt. di S. BATTINI, *Controllo di legittimità, controllo «collaborativo» e azione inquirente delle procure*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 522 ss. e di A. BALDANZA, *Gli atti di affidamento di incarichi di studio, ricerca o consulenza devono essere trasmessi alle sezioni del controllo della corte dei conti! E poi?*, in *Foro amm.-CDS*, 2005, 575 ss. Per una procedura di gara per l'affidamento di un incarico di patrocinio legale e attività di consulenza professionale con applicazione dei principi europei a tutela della concorrenza: Tar Puglia, Lecce, sez. II, 25 ottobre 2006, n. 5053. Esplicita nell'affermare l'«*eadem natura*» di prestazioni d'opera intellettuale e appalti è la disciplina di recepimento della c.d. direttiva *Bolkestein* ove si richiama espressamente «qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, [...] diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale» (d.lgs. n. 59 del 2010, cit., art. 1).

<sup>674</sup> D.lgs. n. 163 del 2006, cit., artt. 90 ss. Si applicano i soli principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, con invito ad almeno cinque soggetti a partecipare ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ove l'importo dell'incarico sia inferiore a 100.000 euro (art. 91, co. 2°). Di recente sull'applicazione dei principi europei di evidenza pubblica agli incarichi di progettazione: Cons. St., Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3469; Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1008; Cons. St., sez. V, 1 marzo 2003, n. 1134. Da ultimo si vedano: C. LINDA e A. LINGUITI, *La progettazione. Nozione, livelli, incarichi di progettazione, corrispettivi e incentivi*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008, 2360 ss.; G. FESTA, *Progettazione e concorsi di progettazione*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 771 ss.; M.R. SPASIANO e M. CALABRÒ, *Dall'individuazione delle esigenze del committente alla progettazione degli interventi*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno – E. Gabrielli, Padova, 2010, 270 ss.

<sup>675</sup> Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici"*, 2006/C 179/02, in *GUUE*, 1.8.2006. Gli importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria sono

Letteralmente esse sono sottoposte alla disciplina parziale o generale di dettaglio della direttiva a seconda degli oggetti o materie indicate rispettivamente all'allegato II A della direttiva<sup>676</sup>, o all'allegato II B<sup>677</sup>.

È noto che per principi in materia si intendono quelli di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità<sup>678</sup>, di cui si è affermata la validità per tutti i "contratti esclusi"<sup>679</sup>.

La natura della prestazione autorizza certo l'amministrazione a tener conto «in modo personalizzato e specifico, dell'offerta presentata dai candidati a titolo individuale», ma ciò non fa venir meno l'obbligo di rispettare i principi, specie ove le prestazioni

---

definite dalla Dir. 2004/18/CE, cit., art. 7, come mod. dal Reg. (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011, *che modifica le direttive 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti*. Sull'applicazione dei principi agli appalti sottosoglia: C. giust. CE, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, *SECAP SpA c. Comune di Torino e Santorso Soc. coop. arl c. Comune di Torino*; Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554, con nt. di D. CASALINI, *Giurisdizione sugli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, obbligo di osservanza dei principi comunitari a tutela della concorrenza e nozione di «amministrazione aggiudicatrice»*, in *Foro amm.- CdS*, 2005, 128 ss. e di S. VALAGUZZA, *L'evidenza pubblica come criterio di interpretazione restrittiva della giurisdizione amministrativa negli appalti sotto soglia: alcune perplessità*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 501. Cfr. da ultimo: F. MANGANARO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 939 ss.; A. POLICE, *Le soglie*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. I, cit., 169 ss.; D. CASALINI, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di "tutela dell'unità giuridica ed economica" dell'ordinamento*, in *Foro amm.- CdS*, 2009, 1215 ss.; M. SANINO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. III, cit., 2427 ss. Sull'obbligo di applicare i principi fondamentali del Trattato - tra cui in particolare il divieto di discriminazione in base alla nazionalità - a un provvedimento non specificamente disciplinato dalla direttiva (revoca di un bando di gara): C. giust. CE, 18 giugno 2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI) e Stadt Wien*.

<sup>676</sup> Servizi di ricerca e sviluppo, di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili, servizi di consulenza gestionale, attinenti ad architettura, ingegneria, urbanistica e paesaggistica, ecc. I servizi di ricerca e sviluppo sono esclusi dall'applicabilità della direttiva purché i risultati appartengano «esclusivamente all'amministrazione perché li usi nell'esercizio della propria attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione»: d.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 27. Per l'illiceità dell'aggiudicazione senza gara di un incarico di studio e valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere: Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak, presentate il 23 maggio 2012, in C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*.

<sup>677</sup> Ai servizi di cui all'allegato II B sono applicabili le norme su specifiche tecniche, avviso sui risultati della procedura di affidamento e avvisi relativi agli appalti aggiudicati (d.lgs. n. 163 del 2006, cit. art. 20). Vi rientrano i servizi legali, «relativi all'istruzione, anche professionale», i servizi di collocamento e reperimento di personale, di investigazione e sicurezza, ecc.

<sup>678</sup> Cfr. da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss., nonché in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 961 ss.; S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., 322 ss.; M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. I, cit., 150 ss.

<sup>679</sup> D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 27; la norma ricomprende nell'elencazione anche i principi di economicità ed efficacia. Cfr. A.D. MAZZILLI, G. MARI E R. CHIEPPA, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. I, cit., 396 ss.; X. SANTIAPICHI, *I contratti esclusi*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2010, XXX ss.

«presentino un interesse transfrontaliero certo»<sup>680</sup>, la cui mancanza è stata intesa in senso restrittivo<sup>681</sup>.

In taluni ordinamenti come quello italiano le prestazioni d'opera intellettuale per la pubblica amministrazione sono disciplinate dalle norme speciali sugli «incarichi», che assoggettano ad una «procedura comparativa» tanto le prestazioni occasionali<sup>682</sup>, quanto le collaborazioni coordinate e continuative<sup>683</sup>.

Gli incarichi possono essere attribuiti solo a «esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria»<sup>684</sup> e per l'esecuzione di una prestazione che

---

<sup>680</sup> Cfr. C. giust. UE, 17 marzo 2011, C-95/10, *Strong Segurança SA c. Município de Sintra*: la classificazione di cui all'allegato II B si sarebbe originariamente basata sulla presunzione che i servizi ivi ricompresi non presentino, «a priori, data la loro natura specifica, un interesse transfrontaliero tale da giustificare che la loro aggiudicazione avvenga all'esito di una procedura di gara d'appalto intesa a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto»; C. giust. CE, 13 novembre 2007, C-507/03, *Commissione c. Irlanda*: l'aggiudicazione in mancanza di qualsiasi trasparenza di un appalto di servizi di cui all'allegato I B (servizi di pagamento di prestazioni sociali) costituisce una disparità di trattamento a danno delle imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero esservi interessate, realizzando una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49, purché si dimostri che l'appalto presenta un interesse transfrontaliero.

<sup>681</sup> Cfr. C. giust. CE, 17 luglio 2008, C-347/06, *ASM Brescia SpA e Comune di Rodengo Saiano*; C. giust. CE, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, *SECAP SpA c. Comune di Torino e Santorso Soc. coop. arl c. Comune di Torino*, l'interesse transfrontaliero di una prestazione può essere valutato «in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnicità o all'ubicazione [...] in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri».

<sup>682</sup> Da intendersi come i «rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare ovvero, nell'ambito dei servizi di cura e assistenza alla persona, non superiore a 240 ore, con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro» (d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 61, co. 2°).

<sup>683</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 7, co. 6°. La previsione supera la differenziazione tra collaborazioni coordinate e continuative e «incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze» già fondata sulla l. 30 dicembre 2004, n. 311, «legge finanziaria 2005», art. 1, co. 11°. *Ex art. 409 c.p.c.* si intendono per tali i «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato». Ai sensi del d.lgs. n. 276 del 2003, cit., art. 1, co. 2° non sono applicabili alla pubblica amministrazione i contratti di «lavoro a progetto» di cui agli artt. 61 ss. Cfr. da ultimo: C. ZOLI, *L'accesso al lavoro pubblico tra procedure di reclutamento e contratto di lavoro*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., 278-279; G. RICCI, *Gli incarichi professionali e i rapporti di collaborazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. p. a.*, 2008, 249 ss.

<sup>684</sup> Il requisito della «comprovata specializzazione universitaria» non è necessario «in caso di stipulazione di contratti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore»: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 7, co. 6°. La verifica di professionalità s'impone anche per incarichi fiduciari, quali quelli conferiti al personale delle segreterie particolari di giunte e gruppi consiliari: Corte cost., 30 luglio 2009, n. 252. Ulteriori requisiti soggettivi limitano la possibilità di conferire incarichi «di studio e consulenza» al personale in quiescenza: ad es. d.l. 6 luglio 2012, n. 95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese*

corrisponda alle competenze istituzionali dell'amministrazione cui la stessa non possa far fronte con i propri dipendenti<sup>685</sup>. Si richiede inoltre che l'incarico sia correlato ad obiettivi e progetti specifici e determinati» e sia «coerente con le esigenze di funzionalità» dell'amministrazione, oltre ad avere natura temporanea, essere «altamente qualificato»<sup>686</sup> e predeterminato nei suoi elementi essenziali (durata, luogo, oggetto e compenso)<sup>687</sup>. Si afferma la responsabilità amministrativa del dirigente che ha provveduto alla stipulazione di un contratto per prestazioni ordinarie<sup>688</sup> o per l'instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato<sup>689</sup>.

Le «procedure comparative» sono rese «pubbliche» e disciplinate dai regolamenti di organizzazione degli enti<sup>690</sup> che debbono conformarsi ai principi europei di imparzialità,

---

*del settore bancario* (c.d. “*spending review 2*”), conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135, art. 6, co. 9°. Cfr. da ultimo: Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 20 ottobre 2009, n. 642; Corte conti, sez. contr. reg. Piemonte, 14 ottobre 2008, n. 27; Corte conti, sez. contr. reg. Veneto, 4 aprile 2008, n. 9.

<sup>685</sup> Si richiede in particolare che l'amministrazione abbia «preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno» (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 7, co. 6°, lett. b). Cfr. da ultimo Corte conti, sez. centr. contr. Stato legittimità, 13 dicembre 2010, n. 27 e altri riferimenti in nt. 147.

<sup>686</sup> Evidenzia come l'intento della norma sia di evitare l'uso distorto degli incarichi che si è registrato in passato «per esigenze connesse con compiti di basso profilo, favorendo [...] il formarsi di precariato: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, 19 marzo 2008, Circolare n. 3/2008, 3. Nello stesso senso: Corte conti, sez. contr. reg. Lombardia, 7 luglio 2008, n. 47.

<sup>687</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 7, co. 6°, lett. a, c, d. Cfr. Corte cost, 19 maggio 2011, n. 170: viola la competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di ordinamento civile (art. 117, co. 2°, lett. l) una legge regionale che disponga la possibilità di proroga indefinita dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa; Corte cost., 17 marzo 2010, n. 100: la disciplina regionale può ben essere più severa di quella statale. In passato sono stati introdotti limiti relativi agli importi dei compensi: cfr. l. 27 dicembre 2006, n. 296, “*legge finanziaria 2007*”, art. 1, co. 593°, abrog. dalla l. 24 dicembre 2007, “*legge finanziaria 2008*”, n. 244, art. 3, co. 43°. Per l'attuazione cfr. Dir. P.C.M. 16 marzo 2007, *Applicazione dell'articolo 1, comma 593, della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007), in tema di retribuzione di incarichi conferiti da amministrazioni dello Stato, enti pubblici e società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa*, su cui si veda il commento di M. DE ROSA, *Gli incarichi a consulenti esterni alla pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 390 ss.

<sup>688</sup> Per l'affermazione di responsabilità amministrativa per il mancato accertamento delle professionalità disponibili all'interno dell'ente cfr. da ultimo: Cass., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10069; Corte conti, sez. giur. reg. Lazio, 6 ottobre 2009, n. 1868; Corte conti, sez. giur. reg. Basilicata, 16 ottobre 2008, n. 252; Corte conti, sez. I giur. centr. app., 19 maggio 2008, n. 220/A; Corte conti, sez. II giur. centr. app., 26 agosto 2008, n. 263/A; Corte conti, sez. giur. reg. Toscana, 18 aprile 2008, n. 282; Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 10 marzo 2006, n. 172.

<sup>689</sup> La predeterminazione degli elementi essenziali dell'incarico è utile a distinguerlo da un rapporto di pubblico impiego costituito illegittimamente: Cons. St., sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2837, con nota di A. M. MATTEUCCI, *Gli incarichi di consulenza nella pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 164 ss.

<sup>690</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 7, co. 6° bis. I regolamenti degli enti locali sono soggetti al controllo della Corte dei conti, cfr. da ultimo: Corte conti, sez. contr. reg. Lombardia, 13 gennaio 2010, n. 4; Corte conti, sez. contr. reg. Lombardia, 9 ottobre 2009, n. 786; Corte conti, sez. contr. reg. Veneto, 13 marzo 2009, n. 21; Corte conti, sez. autonomie, 24 aprile 2008, n. 6. Il controllo preventivo di legittimità si estende ai singoli incarichi per le amministrazioni statali: l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 3, co. 1°, lett. f bis, introd. dal d.l. 1 luglio 2009, n. 78, *Provvedimenti anticrisi*, art. 17, co. 30° e 30° bis, conv. con mod. in l. 3 agosto

parità di trattamento e trasparenza per i contratti sottosoglia e alle norme di dettaglio previste per i contratti rientranti nell'allegato II B della direttiva. La direttiva va integralmente osservata per quelli di cui all'allegato II A<sup>691</sup>.

Ne risulta un sistema fondato su una *ratio* giuridica unitaria in cui l'amministrazione ogni volta che intenda procurarsi una prestazione da terzi<sup>692</sup> è soggetta all'obbligo di esperire apposite procedure, non importa se pubbliche gare aventi ad oggetto appalti e prestazioni professionali, o incarichi, oppure concorsi pubblici per i contratti di lavoro subordinato.

Le discipline nazionali costituiscono attuazione di principi europei di tutela della concorrenza e in particolare dei principi di libero stabilimento (art. 49 TFUE) e libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), oppure di libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE), con l'unica differenza che i primi sono in parte oggetto di una direttiva soprattutto ove i contratti ricadano tra gli oggetti di cui all'allegato II A e siano per valori sopra le soglie di rilevanza comunitaria. Oltre alle concessioni di servizi<sup>693</sup>

---

2009, n. 102 e l. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, co. 11°; cfr. Corte conti, sez. centr. contr. Stato legittimità, 25 novembre 2009, n. 20/P; Corte conti, sez. centr. contr. Stato legittimità, 5 febbraio 2010, n. 1/P; Corte conti, sez. centr. contr. Stato legittimità, 5 febbraio 2010, n. 2/P. Il controllo sui singoli atti di incarico non si applica a Regioni ed enti locali: Corte cost., 13 maggio 2010, n. 172, con nt. di G. SCIULLO, *La Corte costituzionale e il controllo sugli incarichi esterni delle amministrazioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 929 ss.

<sup>691</sup> Sull'obbligo di affidamento mediante «procedure selettive di tipo pubblicistico» cfr. da ultimo: Corte conti, sez. centr. contr. Stato legittimità, 17 agosto 2011, n. 15; Corte conti, sez. centr. contr. Stato legittimità, 1 agosto 2011, n. 12; Corte conti, sez. contr. reg. Piemonte, 15 giugno 2009, n. 23; Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 20 ottobre 2009, n. 642.

<sup>692</sup> Un'amministrazione pubblica «può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad enti esterni non appartenenti ai propri servizi» atteso che essa è «libera di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi»: Corte giust. UE, 22 dicembre 2010, C-215/09, cit.

<sup>693</sup> Cfr. C. giust. CE, 17 luglio 2008, C-347/06, *ASM Brescia SpA e Comune di Rodengo Saiano*; Commissione, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30.4.2004, COM(2004) 327 def, § 2.1; Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, Bruxelles, 12.4.2000, § 3. Cfr. da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *Art. 113*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 655 ss.; ID., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, XXX ss.; G. GRECO, *Le concessioni di pubblico servizio tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 2000, 381 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. I, cit., 277 ss.; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1201 ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, XXX ss.; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, 49 ss.; S. MAZZA, *La concessione di servizi*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 181 ss.; M. RAMAJOLI, *Concessioni di servizio pubblico e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1993, 563 ss.; R. VILLATA – L. BERTONAZZI, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., pt. speciale, t. IV, 1791 ss.

assumono rilievo tutti i rapporti giuridici sottosoglia, tutti soggetti ai “soli principi” al pari delle discipline nazionali sulla libera circolazione dei lavoratori.

Il parallelismo è evidente ove si rifletta che la disciplina sull’instaurazione di rapporti di lavoro subordinato deve uniformarsi al principio di non discriminazione, la cui attuazione è favorita da quelli di trasparenza, pubblicità e imparzialità delle procedure di reclutamento.

Nei confronti delle pubbliche amministrazioni gli ordinamenti nazionali disciplinano l’instaurazione di rapporti di lavoro subordinato essenzialmente mediante le norme sui pubblici concorsi che offrono attuazione agli indicati principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, secondo un’affermazione che si ritrova esplicita negli ordinamenti nazionali, sinanco ove il sistema adottato per l’assunzione dei dipendenti pubblici sia ritenuto di tipo “libero” o non venga comunque ricondotto *stricto sensu* al genere delle procedure concorsuali (es. Paesi Bassi, Danimarca, Germania)<sup>694</sup>.

Entrambe le discipline su gare e pubblici concorsi sono caratterizzate da una rigida articolazione in fasi<sup>695</sup>, da obblighi di pubblicità per l’avvio delle procedure<sup>696</sup> e per la

---

<sup>694</sup> Cfr. ad es. i «*Recruitment principles*» pubblicati nell’aprile 2012 dalla *Civil Service Commission* (UK): il reclutamento dei *civil servants* deve avvenire secondo i principi dell’ «*open and fair competition*», ove per “open” si intende «*that job opportunities must be advertised publicly and potential candidates given reasonable access to information about the job and its requirements, and about the selection process*». In Spagna si veda la Ley 7/2007, cit., art. 55, co. 2°, lett. a, ove è posto il principio di «*publicidad de las convocatorias y de sus bases*».

<sup>695</sup> Sulla ritualità dei procedimenti comparativi (concorsi, gare, ecc.) come “superprincipio” che si specifica in altri essenziali corollari volti a garantire la bontà delle scelte effettuate: S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa e concorrenziale*, cit., 124 ss.

<sup>696</sup> Bandi di gara e di concorso sono pubblicati su gazzette o bollettini ufficiali, sulla stampa nazionale e da ultimo sul *web*, specificando le caratteristiche di contratti/impieghi banditi, i requisiti di ammissione, il calendario della procedura, i criteri per il conferimento, e così via. In Spagna le “convocatorias” sono pubblicate sul “*Boletín Oficial del Estado*”: Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, *por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado*, art. 15. La pubblicazione scorretta o incompleta determina la “*nulidad de pleno derecho*” della procedura concorsuale perché in violazione del diritto di accesso all’impiego pubblico in condizioni di eguaglianza che rientra tra i «*derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*»: Ley 30/1992, de 26 de noviembre de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, art. 62, co. 1°, lett. A, Cfr. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ – S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, cit., 48. Riferisce dell’obbligo di pubblicare gli annunci sulla stampa nei Paesi Bassi: J.L. BODIGUEL, *Les fonctions publiques dans l’Europe des douze*, cit., 143. Per i siti *web* si veda ad es. in Francia la «*bourse interministérielle de l’emploi public*» per i “*fonctionnaires*”, ma anche per i “*contractuels*” e gli “*agents stagiaires*”, completata dalle «*bourses régionales interministérielles de l’emploi public*»: [www.bi.ep.fonction-publique.gouv.fr](http://www.bi.ep.fonction-publique.gouv.fr); in Belgio “Selor”, il sito del «*Secrétariat permanent de recrutement*»: [www.selor.be](http://www.selor.be); nel Regno Unito «*The media chosen to advertise job opportunities must be suitable for attracting a diverse field of strong potential candidates. Jobs can be advertised in newspapers or job centres, or on the Civil Service or on departmental and other internet sites*»: Recruitment Principles, april 2012; cfr. [jobsstatic.civilservice.gov.uk](http://jobsstatic.civilservice.gov.uk). Per gli appalti cfr. Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., artt. 36-37. Cfr. da ultimo: R.

conclusione<sup>697</sup>, da limiti rigorosi alle deroghe<sup>698</sup>, da una dettagliata definizione dei requisiti di ammissione<sup>699</sup>, dalla predefinizione dei criteri di valutazione<sup>700</sup>, dall'imparzialità delle commissioni<sup>701</sup>, e così via.

---

DE NICTOLIS, *Gli atti di gara e la relativa pubblicità*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. III, cit., 1979 ss.

<sup>697</sup> Sulla pubblicazione delle graduatorie finali: cfr. in Spagna Real Decreto 364/1995, cit., art. 22: «1. Una vez terminada la calificación de los aspirantes, los Tribunales o las Comisiones Permanentes de Selección harán pública la relación de aprobados por orden de puntuación en los locales en donde se haya celebrado la última prueba [...]. Dicha relación se elevará a la autoridad competente, que la publicará en el Boletín Oficial del Estado»; in Italia d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 15. Sulla verbalizzazione: Cons. St., sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2335; Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4989. Sulle comunicazioni negli appalti: Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., art. 41.

<sup>698</sup> Per i pubblici concorsi cfr. *supra*, cap. IV, par. 5. Per gli appalti: *supra*, nt. 138. Sulla trattativa privata o procedura negoziata: Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., artt. 30-31. Cfr. da ultimo: R. DE NICTOLIS E C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., vol. III, cit., 1761 ss.; T. SICILIANO, *La procedura negoziata*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 485 ss.; R. DIPACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., 616 ss.

<sup>699</sup> Per i concorsi cfr. *supra*, par. 1-2. Per gli appalti pubblici cfr. Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., art. 34 ss. Cfr. da ultimo: S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., 423 ss.; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., vol. II, *L'organizzazione. La programmazione. I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, Milano, 2008, 1267 ss.; M.R. SPASIANO e M. CALABRÒ, *I requisiti di idoneità professionale*, *ivi*, 1319 ss.; L. PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 231 ss.; M. E. COMBA, *Selection and Award Criteria in Italian Public Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 122 ss.

<sup>700</sup> Per i concorsi i criteri di valutazione sono definiti da regolamenti e bandi e dalla commissione nella sua prima seduta: cfr. d.P.R. n. 487 del 1994, cit., art. 3, co. 2°. Da ultimo cfr. Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1398; Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009, n. 1506; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1643; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1390; Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4989; Cons. St., sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6391. Sull'obbligo del "jury de concours" di rispettare il sistema di valutazione previsto dal bando e dai regolamenti di organizzazione: Conseil d'État, 30 mars 1981, *Aubert*, in *Recueil du Conseil d'État*, 1981, 173 ss.; Conseil d'État, 27 avril 1970, *Min. affaires sociales c. Boniface*, req. n. 77454, in *Recueil Lebon*, 1970, 259; Conseil d'État, 18 mars 1949, *Chalvon-Demersay*, in *La semaine juridique, ed. générale (JCP G)*, 1949, II, 4825 ss. Sui criteri di valutazione negli appalti: cfr. Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., artt. 53 ss. In tema da ultimo: P. DE NICTOLIS e R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit., vol. III, cit., 2100 ss.; H. SIMONE, *I criteri di selezione delle offerte*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 637 ss.; R. DIPACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, cit., 639 ss.

<sup>701</sup> Il reclutamento dei dipendenti pubblici è affidato ad un organo indipendente dall'amministrazione, che si tratti di una commissione o "jury" di concorso, o di un ente *ad hoc* incaricato della gestione centralizzata di tutte o buona parte delle assunzioni secondo il modello inaugurato a metà '800 nel Regno Unito con l'istituzione della *Civil Service Commission* (1855). Cfr. F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., 177 ss. In Belgio il legislatore si è ispirato al Regno Unito per l'istituzione del *Secrétariat permanent de recrutement*; in Irlanda è la "*Commission for Public Service Appointments*". Sull'imparzialità delle commissioni di concorso nell'ordinamento italiano e sui criteri che ne disciplinano la composizione: cfr. la giurisprudenza citata nel cap. IV, nt. 96. Sui "jury de concours" in Francia si vedano da ultimo: C. VEROT, *Les jurys de concours, I. L'impartialité*, Conclusions sur C.E., 10 janvier 2007, *M. Grass et autres*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2007, 1071 ss.; T. OLSON, *Les jurys de concours, I. La parité*, Conclusions sur C.E., 22 juin 2007, *M. Lesourd*, *ivi*, 2007, 1077 ss.. In Spagna cfr. Ley 7/2007, cit., art. 55, co. 2°, lett. c e d, per i principi di «imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección» e di «independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección», art. 60: «1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y

Nell'ordinamento dell'Unione europea i principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità appaiono strettamente correlati l'uno all'altro. Si è chiarito come il principio di pubblicità sia strumentale alla trasparenza, poiché impone l'adeguata pubblicazione degli atti di apertura e chiusura delle procedure di gara mediante strumenti facilmente conoscibili al pubblico, quali siti *web*, pubblicazioni ufficiali, quotidiani a diffusione regionale o nazionale o stampa di settore<sup>702</sup>.

Le pubblicazioni sono adeguate e rispettano il principio di trasparenza non solo per la scelta di appropriati strumenti di comunicazione, ma anche ove forniscano informazioni complete e «formulate in maniera chiara, precisa e univoca», consentendo a «tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo»<sup>703</sup>.

Esse debbono indicare tutti gli elementi utili a determinare la decisione di partecipare alle procedure, elementi che nelle gare coincidono con oggetto e corrispettivo delle prestazioni e criteri di selezione e d'aggiudicazione, nei concorsi con criteri di

---

*hombre. 2. El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección. 3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie ».* Per gli appalti cfr. d.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 84. Cfr. da ultimo: P. DE NICTOLIS e R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, cit., 2149 ss.; C. SILVESTRO, *Funzionari interni componenti delle commissioni giudicatrici e requisiti di professionalità*, in *Urb. app.*, 2009, 1376 ss.; Per una comparazione della giurisprudenza sulle commissioni di gara e di concorso: R. CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell'amministrazione*, cit., 1023 ss.

<sup>702</sup> Cfr. da ultimo: C. giust. UE, 3 giugno 2010, C-203/08, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie*; Comunicazione interpretativa della Commissione *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici"*, cit., § 2.1.2. Cfr. F. POLITI, *Il principio di trasparenza*, in *L'ordinamento europeo*, vol. II, *L'esercizio delle competenze*, cit., 275 ss. Sugli obblighi di pubblicità nelle procedure di gara, oltre ai riferimenti citati *supra*, in nt. 155, cfr. da ultimo S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in *I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, t. I, *Trattato dei Contratti*, cit., ed. 2007, 268 ss.

<sup>703</sup> Cfr. da ultimo: C. giust. UE, 29 marzo 2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. e a. c. Úrad pre verejné obstarávanie*; C. giust. UE, 16 febbraio 2012, C-72/10 e C-77/10, *Costa e Cifone*. Sulla trasparenza come possibilità di comprensione degli atti dell'amministrazione si veda: G. ARENA, *Trasparenza, evasori, democrazia*, in *Labsus*, 2008, [www.labsus.org](http://www.labsus.org); ID., *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, Milano, 2008, 29 ss.; ID., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI agg., Roma, 1995, 1 ss.; ID., *Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 5945 ss. In generale sulla trasparenza cfr. da ultimo: F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, cit., 7 ss.; C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, *ivi*, 45 ss.; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2009, 2 ss.; E. CARLONI, *La trasparenza «totale» delle amministrazioni pubbliche*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2011; ID., *La «casa di vetro» e le riforme - Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss.; ID., *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, *ivi*, 2005, 573 ss.; F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2010; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 99 ss.

ammissione e merito e caratteristiche dell'impiego (livello di inquadramento, retribuzione, mansioni).

La predeterminazione di requisiti, modalità di attribuzione e caratteristiche delle prestazioni favorisce la massima apertura delle procedure, consentendo a chi potrebbe presentare una candidatura di valutare compiutamente il proprio interesse e le possibilità di essere prescelto.

Il principio di imparzialità si specifica a sua volta nell'osservanza dei criteri predeterminati che consentono di limitare la discrezionalità dell'amministrazione eliminando i «rischi di favoritismi e arbitri», cui è coesistente il rispetto della *lex specialis* della procedura in tutte le sue fasi, non potendo l'amministrazione cambiarne gli elementi dopo averne reso noto l'avvio<sup>704</sup>.

Il rispetto di criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo consente ai concorrenti di avere uguali possibilità di successo e favorisce il controllo *ex post* dell'aggiudicazione, dando effettività alle posizioni giuridiche soggettive di cui essi sono titolari<sup>705</sup>.

L'effettività dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità è garantita, in pressoché tutti gli ordinamenti nazionali<sup>706</sup>, dall'esperibilità di rimedi giurisdizionali avanti agli organi della giustizia ordinaria o amministrativa per il sindacato sulle procedure di concorso, con una tutela di annullamento o risarcitoria<sup>707</sup>, così come le

---

<sup>704</sup> Cfr. da ultimo: C. giust. UE, 19 luglio 2012, C-470/11, *SIA Garkalns c. Rīgas dome*; C. giust. CE, 24 gennaio 2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE e a. c. Dimos Alexandroupolis e a.*; C. giust. CE, 18 dicembre 2007, C-532/03, *Commissione c. Repubblica d'Irlanda*; C. giust. CE, 13 dicembre 2007, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA e a. c. Regno del Belgio*; C. giust. CE, 13 settembre 2007, C-260/04, *Commissione c. Repubblica italiana*; C. giust. CE, 29 aprile 2004, C-496/99 P, *Commissione c. CAS Succhi di Frutta SpA*; C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S e a. c. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*; C. giust. CE, 25 aprile 1996, C-87/94, *Commissione c. Regno del Belgio*. Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, cit., § 17.

<sup>705</sup> Cfr. fra molte: C. giust. CE, 18 giugno 2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien*; C. giust. CE, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale - Bau e a. c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*: l'obbligo di trasparenza consente di accertare il rispetto del principio di parità di trattamento.

<sup>706</sup> I concorsi pubblici sono sottratti al controllo giurisdizionale ad es. in Bulgaria; nei Paesi Bassi i rimedi giurisdizionali sono stati introdotti solo nel 1980 cfr. J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Part I – General Report*, cit., 63 e *Part II – Country files*, cit., 18.

<sup>707</sup> «Poiché il libero accesso all'impiego costituisce un diritto fondamentale conferito dal trattato individualmente a qualsiasi lavoratore della Comunità, l'esistenza di un rimedio di natura giurisdizionale contro qualsiasi decisione di un'autorità nazionale con cui viene rifiutato il beneficio di questo diritto è essenziale per assicurare al singolo la tutela effettiva del suo diritto»: C. giust. CE, 15 ottobre 1987, C-

norme dell'Unione europea impongono la disciplina di idonei strumenti di riparazione degli illeciti commessi nelle procedure di gara<sup>708</sup>.

Nell'ordinamento italiano il sistema si ritrova infine sul versante dei soggetti obbligati ad esperire le procedure concorsuali e di evidenza pubblica, in ragione delle recenti riforme che hanno esteso l'obbligo del concorso pubblico ad organizzazioni formalmente private ma sostanzialmente pubbliche<sup>709</sup>.

Procedure di gara e concorsi pubblici paiono così trovare un fondamento unitario nel principio europeo di concorrenza nel mercato unico, ove le une ne garantiscono l'effettività con riguardo a servizi e forniture e gli altri nei confronti dei lavoratori, seppur per questi ultimi la conclusione non è forse necessitata, o come si è già precisato, "a rime obbligate"<sup>710</sup>, poiché manca una disciplina europea sul modello delle direttive in materia di appalti. È pur vero tuttavia che l'esperienza degli ordinamenti nazionali ha da tempo dimostrato come il concorso sia lo strumento che si è imposto di preferenza per arginare le discriminazioni irragionevoli, e dunque per dare effettività alla libera circolazione dei lavoratori<sup>711</sup>.

Le norme sugli appalti pubblici hanno riguardo a imprenditori e prestatori di servizi nella loro esclusiva qualità di "operatori economici"<sup>712</sup>, rimanendo ancorate

---

222/86, cit., § 14. In molti ordinamenti è prevista anche la possibilità di ricorrere all'*Ombudsman* (es. Paesi Bassi, Ungheria, Malta, Austria ecc.). Per una rassegna degli strumenti di tutela negli ordinamenti nazionali d'Europa: J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Part II – Country files*, cit.; con particolare riguardo alla Francia da ultimo: F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité aux emplois publics*, cit., 360 ss. Sul risarcimento del danno nelle procedure concorsuali cfr. da ultimo: Cons. St., sez. V, 14 giugno 2010, n. 3736 (candidato illegittimamente escluso). In Francia cfr. Conseil d'État, 6 novembre 2000, n° 289398, *Gregory*, per la condanna al risarcimento del danno da perdita di *chances* per violazione dell'imparzialità della commissione.

<sup>708</sup> Dir. 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, cit. Sulla tutela in materia di appalti e le "direttive ricorsi" oltre ai riferimenti citati *supra*, in cap. III, nt. 64, cfr. da ultimo: M. RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Napoli, 2011, 1479 ss.; F. ASTONE, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo)*, cit., 1809 ss.; S. OGGIANU, *Profili della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., 981 ss.

<sup>709</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 5.

<sup>710</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.

<sup>711</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 1 e 3.

<sup>712</sup> Cfr. Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, cit., art. 1, § 8, ove si chiarisce come il termine "operatore economico" comprenda l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi.

all'originaria condizione di “*marketbürger*” che un tempo esauriva lo *status* giuridicamente rilevante dei cittadini dell'Unione<sup>713</sup>.

Il principio del pubblico concorso al contrario dà effettività non solo al lavoratore europeo (art. 45 TFUE), ma anzitutto alla *cittadinanza* europea (artt. 20 e 21 TFUE) poiché il pubblico impiego non è solo un “lavoro” - e quindi una risorsa pubblica alla cui assegnazione occorre provvedere con procedure ritenute idonee - ma è al contempo esercizio dello “*jus activae civitatis*”.

Non diversamente dalla partecipazione alla funzione legislativa consentita dal suffragio universale (artt. 48, 56 Cost.), o dalla «partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia» nei casi e nelle forme previste dalla legge (art. 102, co. 3°, Cost.), il pubblico concorso - come attuazione del diritto di accesso ai pubblici uffici in condizioni di eguaglianza (art. 51 Cost.) - consente la partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa.

Trattasi di posizioni soggettive che le tradizioni costituzionali comuni agli ordinamenti nazionali configurano come libertà o “*diritti di cittadinanza*”, tra i quali l'accesso ai pubblici uffici assume specifico rilievo per la particolare posizione istituzionale accordata dal moderno costituzionalismo a quelle organizzazioni chiamate pubbliche amministrazioni, che – com'è noto – oltre che “organizzazioni-datori di lavoro” sono anche centri di competenza per l'esercizio di funzioni di cura degli amministrati.

Come diritto della cittadinanza europea la libertà di circolazione e soggiorno verso la gran parte dei pubblici uffici (secondo la versione risultante dall'art. 45, § 4, TFUE) è non soltanto strumento di realizzazione personale degli individui, ma soprattutto diritto di cittadinanza che consente di dare effettività al bisogno di integrazione poiché permette ai cittadini “che circolano” di identificarsi con le istituzioni del paese in cui abbiano scelto di soggiornare, secondo il ruolo svolto dalla riserva di accesso agli impieghi ai cittadini nazionali nel processo di formazione degli stati moderni<sup>714</sup>.

La correlazione tra lo *status* di cittadinanza europea e il reclutamento negli impieghi trova fondamento nei caratteri di quella che ormai è un'amministrazione europea “integrata”, secondo un *continuum* inscindibile tra amministrazioni nazionali e

---

<sup>713</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 1 e 3.

<sup>714</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.

istituzioni europee<sup>715</sup>, ove il diritto di accedere in condizioni di eguaglianza agli impieghi degli uni e delle altre assume quella stessa valenza identitaria e di elemento costitutivo di un'“appartenenza” che ha caratterizzato l'evoluzione degli ordinamenti nazionali<sup>716</sup>.

Il diritto fondamentale di circolazione dei cittadini europei, si è visto, è costitutivo dell'ordinamento dell'Unione europea<sup>717</sup> in quanto storicamente è stato origine dell'affermazione di ulteriori posizioni soggettive ad esso correlate, come il diritto all'identità, all'integrità della vita familiare, alle prestazioni sociali<sup>718</sup>, o di posizioni soggettive strumentali alla libera circolazione dei lavoratori considerati perciò come cittadini, ove il fondamento dell'accesso agli impieghi delle pubbliche amministrazioni nazionali sul diritto *fondamentale* di circolazione consente di richiamare quei caratteri di indisponibilità, inderogabilità, indivisibilità e inclusività<sup>719</sup> che la tradizione del costituzionalismo contemporaneo ha ritenuto propri dei diritti fondamentali, nell'«ineguale bilanciamento» con «le ragioni del calcolo economico»<sup>720</sup>.

L'apertura dei pubblici uffici garantita dal sistema concorsuale consente di far sì che i cittadini europei non si sentano estranei alle istituzioni dei paesi in cui vivono, perché grazie alle selezioni pubbliche e meritocratiche è loro garantita un'effettiva possibilità di accesso agli impieghi delle amministrazioni nazionali, e dunque alla partecipazione dell'esercizio delle funzioni amministrative. Quest'ultime possono per l'effetto divenire rappresentative di tutti i popoli dell'Unione europea secondo il modello individuato dalle teorie della “*representative bureaucracy*”<sup>721</sup>, che ricordano come una pubblica

---

<sup>715</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

<sup>716</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.

<sup>717</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.

<sup>718</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.

<sup>719</sup> Cfr. da ultimo, oltre ai riferimenti citati *supra* in cap. I, nt. 10: L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., 759 ss.; P. MORO, *I diritti indisponibili. presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004, XXX ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 84; L. BACCELLI, *Assiomatizzare i diritti?*, in *More geometrico, La teoria assiomatica del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino, 2012, 56 ss.; G. GILIBERTI, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, 2012, 22 ss.; L. OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, 17 ss.

<sup>720</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 378; ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 134.

<sup>721</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 3.

amministrazione che rispecchi tutte le componenti della popolazione consenta a tutti un'identificazione che si traduce in una più forte legittimazione dei suoi apparati.

L'esercizio delle funzioni e dei servizi di competenza delle pubbliche amministrazioni da parte di cittadini europei – e nei confronti di cittadini europei – favorisce al contempo la “fraternità”<sup>722</sup> fra i popoli dell'Unione, ove il rilievo è particolarmente evidente avuto riguardo alle prestazioni di assistenza sanitaria o di istruzione, poiché l'erogazione di una prestazione utile alla soddisfazione di un bisogno essenziale dell'individuo non solo fa sì che il destinatario di essa si senta “vicino” a chi vi ha provveduto, superando un sentimento di “estraneità” nei suoi confronti, ma alimenta più precisamente una solidarietà reciproca che può condurre ad una maggiore integrazione dei popoli d'Europa.

Sicché si può dire che il concorso pubblico – nella sua essenziale caratteristica di principio preordinato a garantire un accesso agli impieghi al riparo da discriminazioni irragionevoli – costituisce un essenziale strumento per la coesione dei popoli d'Europa.

#### 6. *Il concorso tra merito ed equa distribuzione delle risorse pubbliche.*

Il fondamento del pubblico concorso sul diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini europei non intende oscurare quella che può essere considerata una *ratio* giuridica concorrente, ove il ricorso alle procedure concorsuali si giustifica con finalità di controllo della spesa pubblica e oculata utilizzazione delle risorse della collettività.

In tempi di crisi economica s'impongono politiche di contenimento e stabilizzazione della “finanza pubblica” che determinano misure di “razionalizzazione” della spesa all'insegna di imperativi di efficienza ed economicità<sup>723</sup>, con l'intento di raggiungere nel più breve tempo possibile l'«equilibrio tra le entrate e le spese del bilancio statale» (art. 81, co. 1° Cost.)<sup>724</sup>, anche e soprattutto in ragione dei vincoli derivanti

---

<sup>722</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, nt. 168.

<sup>723</sup> Cfr. da ultimo d.l. n. 95 del 2012, cit., e d.l. 7 maggio 2012, n. 52, *Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica* (c.d. “*spending review*”), conv. in l. 6 luglio 2012, n. 94.

<sup>724</sup> Come modificato con l. cost. 20 aprile 2012, n. 1. Si noti peraltro che l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge costituzionale è rinviata all'esercizio finanziario relativo all'anno 2014 (l. cost. n. 1 del 2012, cit., art. 6). Cfr. A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2012, 108 ss.; D. CABRAS, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*,

dall'appartenenza all'Unione europea<sup>725</sup> o da ulteriori e recenti accordi intergovernativi<sup>726</sup>.

I tagli alle spese pubbliche investono ineluttabilmente l'organizzazione amministrativa e i suoi dipendenti, determinando quello che è stato definito un «approccio finanziario al pubblico impiego», anche per la considerevole incidenza delle spese di personale sul prodotto interno lordo (circa il 10%)<sup>727</sup>.

---

ivi, 111 ss.; M. PASSALACQUA, «Pareggio» di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione, in *Amministrazione in cammino*, [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2012; G. D'AURIA, *Sull'ingresso in costituzione del principio del «pareggio di bilancio» (a proposito di un recente parere delle sezioni riunite della corte dei conti)*, nt. a Corte conti, sez. riun. consultive, 13 dicembre 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, III, 55 ss.; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012; M. NARDINI, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica - Note critiche*, in *Amministrazione in cammino*, [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2012; P. SANTORO, *La costituzionalizzazione eteronoma del pareggio di bilancio*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012.

<sup>725</sup> Da ultimo si vedano il c.d. “Six Pack”: Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, *relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro*; Regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, *sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro*; Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, *che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche*; Regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, *sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici*; Regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio dell'8 novembre 2011, *che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi*; Dir. 2011/85/UE del Consiglio dell'8 novembre 2011, *relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri*; Comunicazione della Commissione *Principi comuni per i meccanismi nazionali di correzione di bilancio*, Bruxelles, 20.6.2012 COM(2012) 342 fin. Cfr. da ultimo: J. PISANI-FERRY, *The Euro Crisis and the New Impossible Trinity*, in *Bruegel Policy Contribution*, 2012/01, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); P. MCARDLE, *The Euro Crisis - Economic Governance and Budgetary Surveillance*, Institute of International and European Affairs, Dublin, 2011; V. CERULLI IRELLI, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento della finanza pubblica*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, cit., vol. III, 27 ss.; R. PEREZ, *Patto di stabilità e crescita e ordinamento locale*, in *Riv. cortei conti*, 2010, fasc. 5, 167 ss.

<sup>726</sup> Il riferimento è al Trattato sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla Governance nell'Unione Economica e Monetaria (TSCG), c.d. *Fiscal Compact*, firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012. Cfr. AA. VV., *Completing the Euro: A road map towards fiscal union in Europe, Report of the “Tommaso Padoa-Schioppa Group”*, under the patronage of J. Delors and H. Schmidt, 2012, in [www.notre-europe.eu](http://www.notre-europe.eu); P. MCARDLE, *The Euro Crisis: The “Fiscal Compact” and Fiscal Policy*, Institute of International and European Affairs, Dublin, 2012; S. BARNES, D. DAVIDSSON and Ł. RAWDANOWICZ, *Europe's New Fiscal Rules*, OECD Economics Department Working Papers, 2012, No. 972, in <http://dx.doi.org/10.1787/5k9777md976b-en>.

<sup>727</sup> Corte dei conti, Sezioni riunite di controllo, *Relazione 2012 sul costo del lavoro pubblico*, cit., 3 e 50.

Approccio finanziario che si specifica in misure di limitazione delle assunzioni (c.d. blocchi del *turn over*)<sup>728</sup>, riduzione degli organici<sup>729</sup>, abbassamento delle retribuzioni dei livelli superiori<sup>730</sup>, sospensione degli aumenti salariali (c.d. blocco degli scatti stipendiali)<sup>731</sup>, blocchi dei rinnovi contrattuali<sup>732</sup>, ma che determina anche provvedimenti di riorganizzazione<sup>733</sup>, “mobilità guidata”<sup>734</sup> e addirittura esuberi<sup>735</sup>, secondo una tendenza comune a molti degli ordinamenti d’Europa, ove la severità delle misure adottate è direttamente proporzionale alla profondità della crisi economica<sup>736</sup>.

La razionalizzazione della spesa può essere agevolata con procedure comparative volte ad un’adeguata individuazione delle professionalità necessarie alle organizzazioni, ove

---

<sup>728</sup> Cfr. l. 24 dicembre 2007 n. 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*, art. 3, co. 102°, come sost. dal d.l. n. 112 del 2008, cit., art. 66, co. 7°, e mod. dalla l. 23 dicembre 2009, n. 191, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)*, art. 2, co. 206°, dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, art. 9, co. 5°, conv. in l. 30 luglio 2010, n.122, e dal d.l. n. 95 del 2012, cit., art. 14, co. 1°, lett. a: «Per il quinquennio 2010-2014, le amministrazioni di cui all' articolo 1, comma 523 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ad eccezione dei Corpi di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, possono procedere, per ciascun anno, previo effettivo svolgimento delle procedure di mobilità, ad assunzioni di personale a tempo indeterminato *nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 20 per cento di quella relativa al personale cessato nell'anno precedente*. In ogni caso il numero delle unità di personale da assumere non può eccedere, per ciascun anno, il 20 per cento delle unità cessate nell'anno precedente». Cfr. anche d.l. n. 112 del 2008, cit., art. 66, co. 5°, 6°, 9° e 9° bis, 13°, 13° bis e 14.

<sup>729</sup> D.l. n. 95 del 2012, cit., art. 2.

<sup>730</sup> D.l. 31 maggio 2010, n. 78, *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, conv. con mod. in l. 30 luglio 2010, n.122, art. 9, co. 2° e 2° bis.

<sup>731</sup> Es. d.l. n. 78 del 2010, cit., art. 9, co. 21°, 22° e 23°.

<sup>732</sup> D.l. n. 78 del 2010, cit., art. 9, co. 17°.

<sup>733</sup> Es. d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25, art. 2, co. 8° bis; d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici (c.d. decreto "salva Italia")*, art. 21, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214; d.l. n. 95 del 2012, cit., art. 7 ss.

<sup>734</sup> D.l. n. 78 del 2010, cit., art. 9, co. 26°; d.l. n. 95 del 2012, cit., art. 2, co. 11°.

<sup>735</sup> D.l. n. 95 del 2012, cit., art. 2, co. 12°.

<sup>736</sup> Per una rassegna delle misure di riduzione degli organici delle pubbliche amministrazioni e delle retribuzioni dei dipendenti nei principali paesi d’Europa: Corte dei Conti, Sezioni riunite di controllo, *Relazione 2011 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, 2011, 121 ss. In Francia nel periodo compreso tra 2007 e 2011 si è prevista la soppressione di 97.000 posti: M. POCHARD, *L'emploi dans la gestion des ressources humaines de la fonction publique*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2009, 689 ss.; segnala la riduzione delle assunzioni nella *fonction publique d'État* del 50% nel periodo 2001-2009: C. DESFORGES, *L'évolution des recrutements dans la fonction publique d'État*, cit., 419 ss. Per altre recenti misure di riorganizzazione e mobilità del personale nell’ordinamento francese si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La fonction publique française dal libro bianco a oggi*, prefazione a J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici*, cit., XXIX ss.

una comparazione secondo criteri predeterminati può essere di supporto specialmente in ragione degli obblighi di contenimento delle assunzioni.

Del pari la comparazione di titoli ed esperienze professionali può essere utile per individuare i dipendenti cui rivolgere prioritariamente procedure di mobilità o di esubero.

Procedure comparative possono essere utilizzate per individuare le migliori soluzioni organizzative ove siano messi a confronto i costi connessi allo svolgimento diretto delle attività da parte dell'amministrazione, anche con assunzione di nuovo personale, e l'affidamento a terzi, con una messa in concorrenza che investa direttamente l'opzione di "autoproduzione" e le offerte provenienti da terzi, secondo il modello utilizzato da tempo nel Regno Unito per sciogliere l'alternativa tra "in-house" e "contracting-out"<sup>737</sup>.

Si è ricordato come nel XIX secolo l'introduzione dei sistemi di "open and fair competition" per il reclutamento dei funzionari del Regno Unito sia stata sorretta da intenti di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica, per il necessario completamento di politiche di risparmio fondate sulla mera riduzione del personale<sup>738</sup>.

L'adozione di procedure obiettive e meritocratiche intendeva specialmente porre l'amministrazione al riparo da pressioni esterne, di carattere politico o d'altro tipo ("lobbies")<sup>739</sup>, frenando l'uso degli uffici pubblici come strumenti di consenso elettorale o per la soddisfazione delle "clientele".

---

<sup>737</sup> Si tratta del sistema del "Best Value" che ha sostituito nel 1999 quello del "Compulsory Competitive Tendering", che del pari prevedeva la comparazione tra diverse soluzioni organizzative. Cfr. da ultimo: D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 103 ss.; T. PROSSER, *L'offerta concorrenziale e il best value nel governo locale*, in *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, a cura di E. Ferrari, Torino, 2003, XXX ss.; P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 1999, XXX ss.

<sup>738</sup> Oltre ai riferimenti citati supra, in cap. IV, par. 2, cfr. da ultimo F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, cit., 329: «En Grande Bretagne, sous l'influence des benthamistes, l'administration, son organisation, son rôle et l'aptitude de ses agents font aussi débat. Mais surtout, pour certains, les "fonctionnaires" sont trop coûteux. Si la réduction des effectifs paraît être une solution économique, les règles et/ou les pratiques en usage pour le recrutement des personnels sont également mises en cause dans la mesure où elles s'appuient sur diverses considérations étrangères à l'intérêt du service».

<sup>739</sup> Cfr. fra molti: S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, cit., 71 s.s.; da ultimo sulle lobbies cfr.: G. SGUEO, *Lobbying e lobbismi - Le regole del gioco in una democrazia reale*, Milano, 2012, XXX; G. HOUILLON, *Le lobbying en droit public*, Bruxelles, 2012, XXX; P. L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione - Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011, XXX; E. CARLONI, *Interessi organizzati, lobbying e decisione pubblica*, in *Al servizio della Nazione*, cit., 108 ss.; L.

La necessità di utilizzare procedure obiettive e predeterminate per l'erogazione delle risorse pubbliche trova notoriamente presupposto nella considerazione dell'amministrazione pubblica come "contraente anomalo" di cui non si può presumere un comportamento razionale<sup>740</sup>, poiché la sua natura è «istituzionalmente contrapposta a quella di un operatore economico»<sup>741</sup>, in quanto incaricata della gestione di risorse non proprie, ma della collettività, e in tale gestione esposta all'influenza di obiettivi e pressioni di molte parti sociali.

Da tempo si è rilevato come l'impresa esprima il potere economico, che «affondando le sue radici nell'egoistico interesse alla conquista del mercato per aumentare il profitto, in un contesto di libertà economica, ha una forza *di fatto* illimitata» mentre la dirigenza pubblica è portatrice un potere legato all'interesse generale e perciò necessariamente vincolato a limiti sostanziali e procedurali, a tutela dei dipendenti ma anche e soprattutto della collettività<sup>742</sup>.

Il "carattere anomalo" dell'amministrazione impone un'artificiale correzione di comportamenti e scelte volte all'attribuzione di «vantaggi economici di qualunque genere» innanzi tutto «con la predeterminazione e la pubblicazione dei criteri e delle modalità» cui l'amministrazione stessa deve attenersi (l. n. 241 del 1990, cit., art. 12)<sup>743</sup>,

---

FIORENTINO, K. *Il lobbista - Introduzione al principio di democrazia partecipativa*, Napoli, 2008, XXX; G. GRAZIANO, *Le lobbies*, Bari-Roma, 2002, 3 ss. e 27 ss.

<sup>740</sup> Cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore, Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 11 ss.

<sup>741</sup> Cfr. G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., XXX.

<sup>742</sup> Cfr. per tutti: A. SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (1776), trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, a cura di A. e T. Bagiotti, Torino, 2006, XXX ss. e da ultimo S. FIORI, *Ordine, mano invisibile, mercato. Una rilettura di Adam Smith*, Torino, 2001, XXX ss.; A. ZANINI, *Adam Smith: economia, morale, diritto*, Milano, 1997, XXX ss. Da ultimo rileva come l'attribuzione ai dirigenti pubblici delle "capacità e poteri del privato datore di lavoro" prevista con la contrattualizzazione del pubblico impiego per organizzazione degli uffici e gestione dei rapporti di lavoro non può essere altro che una «finzione giuridica, che non sta in piedi, per mancanza dei presupposti di fatto» in ragione della sostanziale differenza tra imprenditore e dirigente pubblico, che ne rende i rispettivi poteri «nella loro essenza, non paragonabili»: M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 65-66.

<sup>743</sup> Per la qualificazione della disposizione come principio generale cfr. Cons. St., Ad. gen., 28 settembre 1995, n. 95/95. Cfr. da ultimo: A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, XXX ss.; ID. *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 697 ss.; S. LARICCIA, *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, cit., 2133 ss., ove se ne evidenzia il carattere di principio generale per «ogni tipo di intervento economico» per il quale non sia previsto un corrispettivo, in attuazione dei principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità dell'amministrazione.

talora con più articolate procedure standardizzate che consentono il controllo interno alla struttura burocratica e facilitano quello esterno e giurisdizionale<sup>744</sup>.

Procedure standardizzate che allo stesso tempo “rassicurano” i funzionari incaricati dell’adozione delle decisioni secondo una correlazione biunivoca tra correttezza formale e ineccepibilità del singolo capace di rasserenare chi debba decidere dell’allocazione di risorse scarse.

La predeterminazione delle procedure è stata ritenuta idonea ad arginare i tentativi di corruzione dell’amministrazione, ritenendosi che una limitazione della discrezionalità mediante la prefissazione di criteri obiettivi possa contrastare abusi e deviazioni<sup>745</sup>. Del pari essa scoraggia i potenziali “corruttori” perché rende difficilmente esperibili i tentativi di indurre deviazioni dalle finalità prefissate<sup>746</sup>.

---

<sup>744</sup> Nello stesso senso cfr. d.lgs. n. 59 del 2010, cit., art. 16, ove si stabilisce che nel caso in cui un’attività di servizi sia soggetta ad un’autorizzazione contingentata «per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili», le autorità competenti «applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi». Cfr. da ultimo S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., 11 ss. e 26 ss.: gli elementi comuni alle varie tipologie di procedure comparative sono un’attività di scelta predeterminata nel suo svolgersi, nel numero massimo di soggetti selezionabili - contro a quello potenzialmente illimitato dei partecipanti che ne induce il carattere necessariamente concorrenziale - e l’applicazione di regole tecniche.

<sup>745</sup> Commissione europea, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27.1.2011 COM(2011) 15 def., § 5.2: «limitare la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici per alcuni aspetti potrebbe complicare l’attuazione di decisioni che non siano giustificate su basi obiettive e quindi prevenire i favoritismi (ad esempio, limitando la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici per l’annullamento delle procedure). Tali misure tuttavia non devono limitare il necessario margine di manovra di cui le amministrazioni aggiudicatrici hanno bisogno per acquistare beni e servizi adatti alle loro specifiche esigenze»; Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *su una politica dell’Unione contro la corruzione*, Bruxelles, 21.05.1997, COM(97) 192 def., 8: « procedure di aggiudicazione eque, trasparenti e non discriminatorie, insieme alla possibilità per i fornitori di ricorrere ai tribunali nazionali per tutelare i propri diritti, limitano i rischi di frode e di corruzione». Cfr. da ultimo A. SADDY, *Front-Line Public Servants, Bureaucracy, Discretion and Corruption in Public Procurement*, paper presentato al Workshop “*Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Corruption, Conflict of Interest, Favoritism and Inclusion of Non Economic Criteria in Public Contracts*”, Torino, 8 giugno 2012; P. FAUSTINO, *Regulating Discretion in Public Procurement: an Anti-Corruption Tool?*, ivi; A. VANNUCCI, *L’evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, cit., 37 ss.; C. YUKINS, *Integrating Integrity and Procurement: the United Nations Convention against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law*, in *Public Contracts Law Journal*, 36, 2007, 307 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, ivi, 89 ss.; F. MERLONI, *Le regole generali sull’imparzialità soggettiva del funzionario pubblico. L’accesso alla funzione*, ivi, 185 ss.; S. BONFIGLI, *L’Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, ivi, 109 ss.; M.A. SANDULLI E A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, ivi, 437 ss.; P. TREPTE, *Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Public Procurement: Possibilities and Limitations*, 2005, paper to OECD Expert Group meeting on Integrity in Public Procurement, in [https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3500/1/transparency\\_and\\_accountability\\_tools.pdf](https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3500/1/transparency_and_accountability_tools.pdf).

<sup>746</sup> Cfr. M. CAFAGNO, *op. ult. cit.*, 170 ss.

L'osservazione è stata condotta specialmente in tema di gare pubbliche e per l'attribuzione dei contratti di servizi, lavori e forniture dell'amministrazione, ove le procedure possono altresì consentire di correggere asimmetrie informative e comportamenti anticoncorrenziali degli operatori economici<sup>747</sup>.

Essa trova tuttavia piena applicabilità anche nell'ambito dei pubblici concorsi e del reclutamento dei dipendenti pubblici, perché anche in tali occasioni l'amministrazione procede all'attribuzione di un beneficio economico utilizzando risorse della comunità<sup>748</sup>: il reclutamento normalmente determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro che è frequentemente a tempo indeterminato e nella maggior parte dei casi "a vita", sicché specialmente in periodi di crisi e disoccupazione crescente ne è evidente il valore di "bene" suscettibile di una valutazione economica e corrispondente a un interesse - in questo caso - anche patrimoniale della platea dei candidati (art. 1174 c.c.).

L'adozione di procedure di reclutamento aperte al pubblico e che impongono la valutazione comparativa del "merito" dei candidati diviene un essenziale correttivo per assicurare quello che la teoria economica indica come riallineamento tra «obiettivi di agenti e principali»<sup>749</sup>, ove com'è noto il "principale" dei funzionari pubblici è la collettività, cioè la "Nazione" al cui servizio essi sono posti (art. 98, co. 1° Cost.).

Il procedimento concorsuale nella sua scansione pubblicistica vuole garantire quanto meno la correttezza della scelta allocativa delle risorse pubbliche poiché la formalizzazione delle sue fasi agevola il controllo giurisdizionale e amministrativo e distoglie o argina le pressioni che possono essere esercitate dai politici per l'instaurazione di reti clientelari o da gruppi organizzati preposti istituzionalmente alla tutela di interessi di specifiche categorie di individui, come ad es. le organizzazioni sindacali.

---

<sup>747</sup> Cfr. da ultimo: A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Prevention and Deterrence of Bid Rigging: a Look from the 2011 Proposal for a New Eu Directive on Public Procurement*, paper presentato al Workshop "Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Corruption, Conflict of Interest, Favoritism and Inclusion of Non Economic Criteria in Public Contracts", cit., XXX; M. CAFAGNO, *op. ult. cit.*, 122 ss.; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, 650 ss.

<sup>748</sup> Cfr. L'accesso ai pubblici impieghi è ricordato come la più importante «funzione distributiva» dello Stato da ultimo da: S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, cit., 1156 ss.; S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., 29 ss.

<sup>749</sup> Cfr. M. CAFAGNO, *op. ult. cit.*, 170 ss.

Il principio di pubblicità delle selezioni costringe alla trasparenza favorendo un controllo dell'opinione pubblica che può essere capace di dissuadere da utilizzazioni volte al perseguimento di interessi esogeni o addirittura devianti.

Il valore del concorso pubblico come strumento di controllo delle decisioni di spesa delle risorse della collettività ne fonda autonomamente l'estensione ad organizzazioni che private sono soltanto formalmente, ma che al contrario si contraddistinguono per una pubblicità sostanziale per assetto proprietario o di controllo e finalità perseguite.

Organizzazioni "sostanzialmente pubbliche" che sino a poco tempo fa sono state tendenzialmente libere nel reclutamento del personale e in cui si sono talora osservati quei fenomeni di utilizzazione delle assunzioni come strumento di consenso o di supporto delle reti clientelari che i concorsi pubblici possono scongiurare<sup>750</sup>.

I concorsi sono stati criticati per gli ingenti costi e per il tempo eccessivo di svolgimento<sup>751</sup>, sicché di recente si è preferito disporre eccezionali proroghe di graduatorie preesistenti ben al di là del termine ordinario di tre anni<sup>752</sup>. Lo scorrimento delle graduatorie è divenuto la modalità di reclutamento prevalente rispetto alla "fatica" di esperire un nuovo pubblico concorso, ove la ragione giustificatrice si ritrova «in relazione alla finalità primaria di ridurre i costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive»<sup>753</sup>.

---

<sup>750</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 5.

<sup>751</sup> Per una sintesi delle critiche: P. BARRERA, *Riflessioni e qualche idea sul reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni*, in *www.astrid-online.it*, 2010. In Francia il costo dei concorsi è stato stimato a 100 milioni di euro per il solo anno 2008: C. DESFORGES, *L'évolution des recrutements dans la fonction publique d'État*, cit., 423; il costo è di circa 1800 euro per ogni candidato utilmente collocato in graduatoria: J.M. EYMERI-DOUZANS, *Les concours à l'épreuve*, cit., 314.

<sup>752</sup> Per il limite di tre anni di validità delle graduatorie cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 5° ter e per gli enti locali d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 91, co. 4°. Per l'ultima proroga della validità delle graduatorie di concorsi svolti dopo il 2003: d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, art. 1, al. 4°, conv. in l. 24 febbraio 2012, n. 14. Nel 2010 per le amministrazioni statali è stata autorizzata la pubblicazione di bandi di concorso per circa n. 1.200 impieghi, mentre sono stati assunti circa n. 43.000 dipendenti (di cui circa n. 34.000 tra insegnanti e altro personale dell'istruzione), con un divario che trova spiegazione nello scorrimento di graduatorie preesistenti e nella conclusione di concorsi banditi gli anni precedenti: Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, *Relazione al Parlamento sullo Stato della pubblica amministrazione*, 2010-2011, Roma, ottobre 2011, 170 ss. Nel 2009 è stato autorizzato un numero assai più significativo di procedure di reclutamento (per n. 11.372 unità di personale) e inferiori sono stati gli effettivi assunti (circa n. 27.000 unità): Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, *Relazione al Parlamento sullo Stato della pubblica amministrazione*, 2009, Roma, ottobre 2010, 136.

<sup>753</sup> Cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 14 del 2011, cit.: la decisione – eccezionale – di bandire un concorso pubblico deve sorretta da «un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico». Sullo scorrimento delle graduatorie

Lo scorrimento di per sé è coerente con il principio concorsuale, ma un'eccessiva proroga di validità delle graduatorie si potrebbe rivelare poco efficiente, se non addirittura antieconomica, ove disposta per professionalità "deperibili" perché portatrici di saperi in costante e rapido aggiornamento, con il rischio di basare le assunzioni su verifiche di conoscenze ormai obsolete.

Malfunzionamenti del genere tuttavia non minacciano la validità del principio generale<sup>754</sup>, né sono mancate negli anni proposte di soluzione che permetterebbero di contenere i costi e faciliterebbero la conclusione delle procedure in tempi ragionevoli.

Da tempo si sono previsti concorsi unici "circoscrizionali" per le amministrazioni statali volti all'elaborazione di graduatorie a disposizione dei singoli enti per ciascun profilo professionale<sup>755</sup>, pur essendone stata sporadica l'utilizzazione<sup>756</sup>.

L'apertura *ex lege* alle altre amministrazioni potrebbe consentire ulteriori risparmi, anche senza prevedere un obbligo giuridico di adesione, ma incentivandola con il superamento delle graduatorie per ordine di merito a vantaggio di liste di idonei ordinati alfabeticamente cui i singoli enti potrebbero attingere discrezionalmente. La soluzione non sembra tradire il necessario carattere meritocratico e comparativo delle selezioni concorsuali, poiché la comparazione dei candidati è mantenuta quanto meno verso l'esterno, cioè verso coloro che non sono stati prescelti, secondo un sistema di cui si

---

cfr. *supra*, nt. 29. Sul riparto di giurisdizione cfr. da ultimo: Cfr. F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, cit., 2285 ss.; E.N. FRAGALE, *Scorrimento di graduatorie: si preannuncia un nuovo revirement giurisprudenziale in ordine alla giurisdizione sulle controversie di pubblico impiego?*, in *Riv. amm.*, 2011, 101 ss. e in *Lav. p. a.*, 2010, 1189 ss.; C.E. GALLO, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa a proposito di procedimenti concorsuali: al giudice ordinario lo scorrimento della graduatoria, al giudice amministrativo i concorsi interni*, in *Foro amm.-CdS*, 2003, 3282.

<sup>754</sup> Cfr. fra molti S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, cit., 1156 ss.: «le critiche rivolte alle procedure di concorso in nome dell'efficienza e della flessibilità sono corrette, ma non riguardano il sistema in sé, bensì le sue applicazioni errate. In altre parole, le procedure concorsuali non comportano necessariamente grandi numeri, tempi lunghi e selezioni affrettate o casuali, come dimostrano le procedure concorsuali svolte dalla Banca d'Italia»; B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito, la tragedia della valutazione e la riforma del pubblico impiego*, cit., 253.

<sup>755</sup> D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 5°. Cfr. G. VETRITTO, *Il reclutamento dei pubblici dipendenti dopo il d.lgs. n. 29 del 1993*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, 430 ss. La proposta relativa ai concorsi unici era già formulata da Comitato presieduto nel 1929 da Alberto De Stefani, dalla Commissione Forti e negli anni '50 dall'Ufficio per la riforma burocratica: S. SEPE, *Per una storia della formazione dei funzionari statali in Italia*, in *Le fatiche di Monsù Travet*, cit., 185. A fine anni '70 fu ripresa dal c.d. "Rapporto Giannini": M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, 25 ss.

<sup>756</sup> I primi concorsi unici nazionali furono avviati con avviso pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 22 bis del 15 marzo 1996 per 40 posti di analista di sistema, 40 posti di analista di procedure, 20 posti di architetto, 220 posti di ingegnere, 40 posti di funzionario statistico e 30 posti di collaboratore statistico: cfr. E. GUSTAPANE, *Il sistema dei concorsi pubblici, le origini, l'evoluzione*, cit., 35.

ritrovano precedenti nel reclutamento dei funzionari dell'Unione europea<sup>757</sup> e in taluni ordinamenti nazionali<sup>758</sup>.

Il modello di riferimento è quello già in uso per la centralizzazione degli acquisti pubblici, che le più recenti riforme hanno particolarmente favorito<sup>759</sup> perché consente ingenti risparmi correlati anche alla maggior professionalizzazione degli operatori che consegue alla specializzazione delle organizzazioni incaricate degli acquisti per una pluralità di enti (centrali d'acquisto)<sup>760</sup>.

---

<sup>757</sup> I concorsi generali indetti dall'Unione si concludevano con una lista di idonei comprensiva di «un numero di candidati almeno doppio di quello dei posti da ricoprire»: Statuto, art. 30; la nuova procedura di selezione introdotta nel 2010 dall'EPSO prevede che il numero di idonei corrisponda a quello degli impieghi disponibili aumentato di circa il 10%: cfr. C. BAN, *La réforme du processus de dotation en personnel dans les institutions de l'Union européenne: comment se débarrasser de la vache sacrée*, cit., 10. L'amministrazione può prescindere dall'ordine di merito fornendo un'adeguata motivazione: C. giust. CE, 15 dicembre 1966, C-62/65, *Serio c. Commissione della CEEA*. Cfr. S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, cit., 253 ss., ove si ritiene che il concorso per l'accesso alla funzione pubblica europea abbia carattere "ibrido" collocandosi a metà tra i c.d. sistemi a reclutamento vincolato e quelli a reclutamento libero.

<sup>758</sup> Il riferimento è innanzi tutto alla *fonction publique territoriale* francese, ove tuttavia il modello non è andato esente da critiche, specialmente in ragione del fenomeno dei c.d. "reçu-collés", cioè di coloro che, pur dichiarati idonei, non riescono a trovare un impiego nei termini di validità della graduatoria, oltre che per le ingerenze esercitate dai politici locali, cfr. da ultimo: É. BILAND, *Les concours territoriaux: à l'ombre de l'état, entre les mains des élus ou aux avant-postes de lamodernisation?*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 431 ss.; L. DERBOULLES, *Fonction publique d'Etat et fonction publique territoriale: comparabilité et recrutements*, Paris, 2004, 84 ss.; M.H. DEBART, F. LANGLOIS, R. FOURNALES, *La situation des lauréats "reçus - collés" aux concours de la Fonction publique territoriale - Analyse et propositions*, Paris, mars 2012, 20 ss.; M. LANORD, *Le recrutement par concours dans la territoriale: chronique d'une mort annoncée?*, in *Actualités Juridiques Fonction Publique (AJFP)*, 2-2002, 4 ss.; D. LECAT, *Le recrutement des fonctionnaires territoriaux*, in *F.P. Benoît Collectivités locales*, Paris, vol. VIII, 10322-1 e ss.; Assemblée Nationale, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la mise en application de la loi n° 2007-209 du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale*, présenté par M. Piron - B. Derosier, 23 juin 2010. Coincide nelle sue linee essenziali il sistema di reclutamento usato in Belgio ai sensi dell'Arrêté royal du 22 décembre 2000, cit., art. 9, § 3: «Le recrutement et la sélection s'effectuent sur la base d'un système de recrutement objectif qui, quant à sa forme et son contenu, offre les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, d'interdiction de l'arbitraire, d'indépendance et d'impartialité». Osserva come la norma consenta all'amministrazione di nominare «le candidat qu'elle considère le plus apte parmi les meilleurs candidats sélectionnés» senza attenersi alla graduatoria e dunque con il rischio di effettuare una scelta non sufficientemente obiettiva: P.O. DE BROUX, *De Camu à Copernic: l'évolution de la fonction publique en Belgique*, cit., 174.

<sup>759</sup> D.l. n. 95 del 2012, cit., art. 1; d.l. n. 52 del 2012, cit., art. 7; d.l. n. 201 del 2011, cit., art. 29.

<sup>760</sup> Cfr. da ultimo: G.M. RACCA, *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, cit., 2259 ss.; R. CAVALLI PERIN – G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 349 ss.; G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119 ss.; R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., vo. I, cit., 607 ss.; R. TOMEI e V. SCIANCALEPPORE, *Centrali di committenza (diritto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2008, Torino, t. I, 177 ss.

Il reclutamento del personale dell'Unione europea è affidato centralmente all'Ufficio Europeo di Selezione del Personale (EPSO)<sup>761</sup>, che è un'organizzazione pubblica e indipendente incaricata dei concorsi per l'insieme delle istituzioni europee, secondo una soluzione comune a diversi ordinamenti nazionali<sup>762</sup>. Ad essa sembra ispirata la recente previsione italiana che stabilisce la razionalizzazione delle Scuole della dirigenza pubblica con «tendenziale concentrazione in una scuola centrale esistente» delle funzioni di reclutamento e formazione generica dei dirigenti e di formazione generica dei funzionari delle amministrazioni dello Stato, con possibilità per gli enti territoriali di stipulare convenzioni quadro per il reclutamento e la formazione dei propri dirigenti<sup>763</sup>.

Altri risparmi di spesa si sono ricercati mediante un'accresciuta diffusione di sistemi informatici o di «tele-amministrazione», eventualmente con l'esternalizzazione di parte

---

<sup>761</sup> Istituito con Decisione 2002/621/CE dei segretari generali del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, del cancelliere della Corte di giustizia, dei segretari generali della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e del rappresentante del Mediatore, del 25 luglio 2002, *relativa all'organizzazione e al funzionamento dell'Ufficio di selezione del personale delle Comunità europee* e disciplinato con Decisione 2002/621/CE dei segretari generali del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, del cancelliere della Corte di giustizia, dei segretari generali della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e del rappresentante del Mediatore, del 25 luglio 2002, *relativa all'organizzazione e al funzionamento dell'Ufficio di selezione del personale delle Comunità europee*: l'Ufficio è incaricato di organizzare concorsi generali al fine di garantire alle istituzioni delle Comunità europee i servizi di funzionari reclutati *nelle migliori condizioni finanziarie e di professionalità*» (art. 1, § 1). Si veda anche la Proposta di decisione 2002/C 151 E/15 del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, della Corte di giustizia, della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e del Mediatore *che istituisce l'Ufficio assunzioni delle Comunità europee*, COM(2002) 126 def., presentata dalla Commissione il 6 marzo 2002, ove l'istituzione dell'ufficio è correlata a «ragioni di efficacia e di economia nell'utilizzo delle risorse» (Considerando n. 1); Commissione della Comunità europea, *Un'amministrazione al servizio di mezzo miliardo di europei*, cit., 8: l'istituzione dell'ufficio interistituzionale per le assunzioni (l'Ufficio europeo per la selezione del personale) «consentirà non solo di evitare costose duplicazioni di attività, ma anche di provvedere all'applicazione di principi moderni e standardizzati di assunzione». Sulle competenze dell'EPSO: Trib. UE, 14 dicembre 2011, T-361/10 P, *Commissione c. Pachitis*. Cfr. C. BAN, *La réforme du processus de dotation en personnel dans les institutions de l'Union européenne: comment se débarrasser de la vache sacrée*, cit., 7; S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, cit., 244 ss. e ivi nt. 114.

<sup>762</sup> Es. Regno Unito, Irlanda e Belgio: cfr. i riferimenti citati supra, in nt. 160. In Francia la centralizzazione delle assunzioni caratterizza la *fonction publique territoriale* sin da gli anni '50, con l'istituzione del *Centre national de la fonction publique territoriale* (CNFPT) e dei *Centres de gestion*: da ultimo E. BILAND, *Les concours territoriaux: à l'ombre de l'État, entre les mains des élus ou aux avant-postes de la modernisation*, cit., 431 ss. e altri riferimenti in nt. 217. Di recente sono state avviate sperimentazioni anche a livello di *fonction publique d'État*, in particolar modo con l'istituzione di un unico centro servizi incaricato degli aspetti logistici e organizzativi dei concorsi organizzati a livello ministeriale: C. DESFORGES, *L'évolution des recrutements dans la fonction publique d'État*, cit., 424 ss., ove si evidenzia come i concorsi unici determinino una riduzione del tasso di assenteismo dei candidati, di per sé causa di ingenti sprechi di risorse.

<sup>763</sup> D.l. n. 95 del 2012, cit., art. 11. Per proposte di un maggior coordinamento delle formazioni dispensate dalle «*écoles administratives*» francesi cfr. da ultimo: C. DESFORGES – N. ANGEL – M.H. DEBART – B. RENAUD-BOULESTEIX, *Rapport sur la formation initiale des fonctionnaires de l'État dans les écoles du service public*, Paris, novembre 2011, 26 ss.

delle selezioni: per l'invio delle domande<sup>764</sup>, per l'adempimento degli obblighi di pubblicità, per lo svolgimento di almeno parte dei lavori delle commissioni, e così via<sup>765</sup>.

Le soluzioni indicate non alterano il principio del concorso pubblico, ma ne confermano il carattere di strumento per una selezione efficiente ed imparziale dei funzionari pubblici, con un'oculata utilizzazione delle risorse della collettività che è tanto più urgente a fronte della crisi economica, ove non è più concepibile, e nemmeno tollerabile, l'utilizzazione dei pubblici uffici come strumento clientelare o di politica occupazionale.

Efficienza che equivale a moralità della pubblica amministrazione<sup>766</sup>, secondo un'equazione di origine calvinista<sup>767</sup> che si generalizza in tempi di crisi economica, perché a fronte di una disoccupazione crescente è immorale attribuire un posto di pubblico impiego a chi non sia il "migliore-relativo" per virtù e talenti.

---

<sup>764</sup> D.l. 9 febbraio 2012, n. 5, *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*, art. 8, conv. in l. 4 aprile 2012, n. 35..

<sup>765</sup> Per un esempio di informatizzazione delle procedure di selezione (invio delle candidature, test preselettivi, esame dei titoli) si veda il reclutamento dei funzionari dell'Unione europea: C. BAN, *La réforme du processus de dotation en personnel dans les institutions de l'Union européenne: comment se débarrasser de la vache sacrée*, cit., 8.

<sup>766</sup> Cfr. G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 178 ss.

<sup>767</sup> «Il connotato salvifico è ciò che ha fatto degli americani non solo i primi e più ferventi cultori della moderna idea di efficienza, ma anche i più grandi campioni dell'efficienza nel ventesimo secolo»: J. RIFKIN, *Il sogno europeo*, cit., 115.