

L'ACCESSO AL PUBBLICO IMPIEGO

SOMMARIO: 1. Fonti e principi in materia concorsuale. - 2. Il procedimento concorsuale. - 3. Il bando. - 4. La commissione di concorso. - 5. Le prove. - 6. La graduatoria. - 7. L'accesso agli atti della procedura.

LUCA BUSICO

Fonti e principi in materia concorsuale

Nell'ordinamento italiano possiamo individuare le seguenti fonti in materia di accesso all'impiego pubblico:

- 1) la Costituzione Repubblicana;
- 2) le fonti legislative;
- 3) le fonti regolamentari;
- 4) la contrattazione collettiva.

1) la Costituzione Repubblicana

L'art.97 della Costituzione al comma 3 dispone che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi previsti dalla legge. L'enunciazione del principio del concorso nell'art.97, anziché nel successivo art.98 relativo ai pubblici impiegati, è significativa, poiché l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione, di cui al comma 1 dell'art.97 medesimo, sono assicurati anche con una congrua scelta del personale degli uffici.

L'importanza fondamentale del principio concorsuale è stato costantemente sottolineato dalla Corte Costituzionale, secondo la quale il concorso pubblico resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione (sentenza 4 gennaio 1999 n. 1).

2) Le fonti legislative

Una volta enunciato con norma costituzionale, il principio concorsuale non poteva che essere confermato dal legislatore ordinario (art.3, co. 1 del T.U. sugli impiegati civili dello Stato, approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), che non ha cambiato rotta neanche a seguito del processo di privatizzazione del rapporto di lavoro dei pubblici impiegati. La conservazione della materia relativa al reclutamento del personale nella sfera pubblicistica rappresenta una scelta di politica del diritto del legislatore finalizzata ad una rigida applicazione del principio costituzionale di riserva di legge di cui all'art.97 Cost., in base al quale la limitazione alla legge ed ai regolamenti della disciplina concernente le procedure di reclutamento garantisce il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Le linee guida in tema di reclutamento nelle amministrazioni pubbliche sono dettate negli artt.35 e 35-bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

3) Le fonti regolamentari

L'art.41 del d.lgs. n. 29 del 1993 (riprodotto dall'art.70, co. 13 del d.lgs. n. 165/01) demandava ad apposito regolamento governativo la disciplina di riferimento del procedimento concorsuale.

Con d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, successivamente modificato ed integrato dal d.P.R. 30 ottobre 1996, n. 693, è stato adottato il regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle

pubbliche amministrazioni, che costituisce per le amministrazioni il corpo normativo organico di riferimento in materia di reclutamento del personale.

4) La contrattazione collettiva

I contratti collettivi di lavoro per il quadriennio 1998-2001, dopo avere abolito il sistema delle qualifiche funzionali (artt.1, 3 e 10 della legge 11 luglio 1980, n. 312) ed introdotto il nuovo sistema delle "categorie" e delle "posizioni economiche", hanno previsto due tipi di progressione di carriera, quello orizzontale e quello verticale. Il primo si svolge all'interno di ogni area o categoria; il secondo avviene, invece, tra le aree o categorie e comporta il passaggio da un'area alla posizione iniziale dell'area immediatamente superiore.

La riforma del 2009 (c.d. "Riforma Brunetta") ha soppresso le progressioni verticali: l'art.24 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 dispone, infatti, che le amministrazioni pubbliche coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno.

2. Il procedimento concorsuale

Il concorso, secondo un'autorevole definizione (Virga), può qualificarsi come un procedimento amministrativo consistente in una successione di più atti, aventi natura e funzione diversa e compiuti da più soggetti o organi, ma tutti miranti al conseguimento dello stesso fine, ossia l'individuazione del candidato più idoneo al posto da ricoprire.

Nel procedimento concorsuale possono distinguersi tre fasi: 1) la fase preparatoria, nella quale vengono compiuti tutti gli atti intesi a rendere nota la volontà dell'amministrazione di coprire determinati posti mediante concorso, ad accertare il possesso dei requisiti dei candidati e a nominare la commissione giudicatrice; 2) la fase della valutazione, nella quale vengono compiuti da parte della commissione giudicatrice tutti gli atti necessari ad accertare le capacità dei candidati e a formare la graduatoria; 3) la fase conclusiva, che vede l'approvazione degli atti della commissione giudicatrice.

La procedura concorsuale prende avvio non con la pubblicazione del bando, come comunemente ritenuto, ma con la determinazione adottata dall'organo competente di ricorrere alla procedura stessa.

L'atto di indizione è, dunque, l'atto iniziale del procedimento concorsuale; l'approvazione della graduatoria è, invece, l'atto conclusivo.

3. Il bando di concorso

Il bando riveste un ruolo di primo piano nell'intera sequenza procedimentale, poiché rappresenta l'anello di congiunzione tra la fase meramente interna di indizione della procedura concorsuale e la fase selettiva nel suo concreto svolgimento.

La funzione del bando di concorso è, per un verso, quella di esternare la volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura di determinati posti vacanti e, per altro verso, di fissare le condizioni di ammissione al concorso e le modalità di svolgimento dello stesso.

In relazione al secondo profilo viene utilizzata la significativa definizione del bando quale *lex specialis* della procedura, per indicare la vincolatività *erga omnes* delle sue clausole, ossia nei confronti dei concorrenti, ma anche degli organi dell'amministrazione a vario titolo coinvolti nella procedura.

La giurisprudenza ha, in particolare, fissato due criteri di interpretazione dei bandi di concorso rispondenti a due differenti principi, la *par condicio* tra i concorrenti il primo ed il *favor participationis* il secondo:

- 1) le norme del bando devono interpretarsi, secondo il principio dell'affidamento, per ciò che espressamente dicono, rimanendo preclusa all'amministrazione (ed agli aspiranti) ogni indagine rivolta, attraverso procedimenti ermeneutici in funzione integrativa, all'individuazione di ulteriori ed inespressi significati;
- 2) nel caso di incertezza va scelta, comunque, l'interpretazione del bando più favorevole all'ammissione, piuttosto che all'esclusione del candidato, essendo le procedure concorsuali preordinate, nell'interesse stesso della pubblica amministrazione procedente, a reclutare i soggetti più idonei a ricoprire il posto vacante.

4. La commissione giudicatrice

La disciplina della composizione delle commissioni di concorso è dettata dagli artt.35 e 35-*bis* del d.lgs. n. 165/01 e dall'art.9 del d.P.R. n. 487/94.

Tali disposizioni individuano una serie di requisiti positivi e negativi per poter ricoprire il ruolo di membro di commissioni di concorso.

Per quanto concerne i requisiti negativi, la normativa ritiene incompatibile con l'appartenenza alle commissioni di concorso:

- 1) l'essere componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione;
- 2) il ricoprire cariche politiche;
- 3) l'essere rappresentanti sindacali;
- 4) l'essere designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali;
- 5) l'essere designati dalle associazioni professionali;

6) l'aver riportato condanne penali per i reati contro la pubblica amministrazione previsti dagli artt.314-335^{bis} del codice penale (peculato, concussione, corruzione, abuso di ufficio, etc.).

È evidente la *ratio* legislativa di escludere dalle commissioni di concorso quanti siano legati o collegati a strutture per loro natura non imparziali, in quanto perseguiti interessi di parte.

L'esclusione dei componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione costituisce, inoltre, esplicitazione del generale principio di separazione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione sancito dagli artt.4 e 14 del d.lgs. n. 165/01.

Un ulteriore requisito negativo è rappresentato dalla sussistenza delle cause di incompatibilità di cui agli artt.51 e 52 cod. proc. civ., richiamate dall'art.11 del d.P.R. n. 487/94.

Per quanto concerne i requisiti positivi, i membri delle commissioni devono essere esperti nelle materie oggetto di concorso. La qualificazione di esperto deve essere documentata con riferimento alla qualifica posseduta, ove questa sia idonea di per sé a verificare la perizia valutativa del commissario, ovvero al *curriculum* professionale dello stesso.

La commissione è un collegio perfetto, che deve operare al completo dei suoi componenti, ma non in tutte le fasi del procedimento. La giurisprudenza ha, infatti, precisato che la regola del collegio perfetto deve trovare osservanza in tutti i momenti in cui vengono adottate determinazioni rilevanti e ad ampio contenuto discrezionale, come la fissazione dei criteri di massima di valutazione delle prove concorsuali, la selezione degli argomenti e la redazione delle tracce delle prove scritte, la determinazione dei quesiti da sottoporre ai candidati nelle prove orali, la correzione degli elaborati e lo svolgimento delle prove orali (Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005 n. 815; Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2009 n. 4708). Non è, pertanto, necessaria la presenza di tutti i componenti della commissione per attività in cui non vengono in rilievo momenti di espressione della volontà procedimentale della commissione stessa, in quanto meramente strumentali e materiali, come la sorveglianza durante lo svolgimento delle prove scritte.

5. Le prove.

I principi di trasparenza, imparzialità e celerità del procedimento, previsti in generale per i procedimenti amministrativi dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, trovano specifica attuazione in alcune disposizioni del d.P.R. n. 487/94 concernenti gli adempimenti della commissione e dei candidati relativi allo svolgimento delle prove scritte.

In base al disposto dell'art.11, co. 2 del d.P.R. n. 487/94 la commissione prepara tre tracce per ciascuna prova scritta, se gli esami hanno luogo in una sede, ed una sola traccia quando gli esami hanno luogo in più sedi.

L'art.7, co. 1, lett. a) del d.P.R. n. 487/94 prevede che i candidati che abbiano riportato in ciascuna prova scritta una votazione di almeno 21/30 o equivalente conseguono l'ammissione al colloquio, che verte sulle materie oggetto delle prove scritte e sulle altre indicate nel bando di concorso e si intende superato con una votazione di almeno 21/30 o equivalente.

L'art.12, co. 1 del citato d.P.R. dispone che le commissioni esaminatrici prima dell'inizio di ciascuna prova orale determinano i quesiti da porre ai singoli candidati per ciascuna delle materie di esame e che tali quesiti sono proposti a ciascun candidato previa estrazione a sorte.

La previsione è chiaramente ispirata alle esigenze di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. L'onere di procedere alla fissazione dei quesiti immediatamente prima dell'inizio delle prove orali è finalizzato a scongiurare, o quanto meno a limitare, pericoli di anticipata diffusione di notizie a favore di uno o più candidati. Ulteriori garanzie sono offerte dal meccanismo di sorteggio delle domande, che riduce sensibilmente le possibilità di collusione tra commissari e candidati circa il contenuto delle domande stesse.

L'art.6, co. 4 del d.P.R. n. 487/94 dispone che le prove orali devono svolgersi in un'aula aperta al pubblico, di capienza idonea ad assicurare la massima partecipazione. La disposizione non è derogabile né da parte della commissione, che non può opporsi all'ingresso in aula di chicchessia, né da parte dei concorrenti, che non potrebbero chiedere di svolgere le proprie prove a porte chiuse per supposti motivi di timidezza o simili dovuti alla presenza di estranei.

Come ulteriore forma di trasparenza, l'art.6, co. 5 del d.P.R. n. 487/94 prevede che al termine di ogni seduta dedicata alla prova orale la commissione forma l'elenco dei candidati esaminati, con l'indicazione dei voti da ciascuno riportati che sarà affisso nella sede degli esami. La *ratio* di tale previsione è da ricercare nella necessità di garantire i candidati che le votazioni loro assegnate nelle prove orali rimarranno immodificabili, come autonomo elemento di valutazione, nel corso delle operazioni di formazione della graduatoria. L'affissione al termine di ogni seduta delle votazioni conseguite scongiura, pertanto, eventuali, indebite, nuove valutazioni delle prove orali sostenute dai candidati.

6. La graduatoria.

La fase conclusiva del procedimento concorsuale è costituita dalla formazione della graduatoria e dalla successiva approvazione.

L'art.15, co. 2 del d.P.R. n. 487/94 dispone che la graduatoria di merito dei candidati è formata secondo l'ordine dei punti della votazione complessiva riportata da ciascun candidato, con l'osservanza, a parità di punti, delle preferenze previste dall'art.5 del d.P.R. medesimo.

L'approvazione della graduatoria è un provvedimento di amministrazione attiva, di natura costitutiva, che ha carattere centrale e conclusivo nell'ambito del procedimento di concorso, mediante il quale l'amministrazione fa proprio l'operato della commissione esaminatrice.

L'art.35, co. 5-ter del d.lgs. n. 165/01 prevede che le graduatorie rimangono vigenti per tre anni dalla data di pubblicazione.

La Suprema Corte di Cassazione ha sostenuto in diverse occasioni che il vincitore della procedura concorsuale è titolare di un diritto soggettivo perfetto all'assunzione e l'amministrazione è obbligata alla stipulazione del contratto individuale di lavoro (Cass., sez. un., 29 settembre 2003 n. 14529; Cass., sez. un., 16 aprile 2007 n. 8951; Cass., sez. un., 20 agosto 2010 n. 18812).

Più complessa risulta la questione della natura giuridica della pretesa dei soggetti non vincitori dei concorsi all'utilizzazione delle graduatorie nel periodo di efficacia delle stesse, che ha sempre determinato l'insorgenza di numerosi contenziosi.

La Suprema Corte di Cassazione (Cass., sez. lav., 5 settembre 2005 n. 17753; Cass., sez. lav., 6 marzo 2009 n. 5588) ed il Consiglio di Stato (Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011 n. 14) hanno chiarito che l'amministrazione non è obbligata all'assunzione dei candidati idonei in relazione a posti resisi vacanti, ma qualora intendesse ricoprire tali posti, sussiste l'obbligo di utilizzare la graduatoria entro il termine di efficacia della stessa ed è preclusa l'indizione di una nuova procedura concorsuale per il medesimo profilo.

7. L'accesso agli atti della procedura.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi è stato introdotto dall'art.22 della legge n. 241/90 al fine di assicurare la massima trasparenza dell'azione amministrativa e garantire attraverso la piena conoscibilità dei documenti amministrativi il controllo del corretto operato e dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche.

Nelle numerose ipotesi in cui l'azione amministrativa nel suo divenire concreto coinvolge una pluralità di soggetti l'accesso ai documenti si risolve anche nella conoscenza di dati appartenenti a persone diverse dal titolare del diritto di accesso. Nel nostro ordinamento esiste un testo normativo, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (noto come Codice in materia di protezione dei dati personali o Testo Unico della *privacy*), che reca norme a tutela della riservatezza volte ad impedire che notizie riguardanti la sfera dell'individuo possano essere trattate e diffuse contro la sua volontà. La diversa prospettiva che caratterizza accesso e riservatezza ha spesso posto in concreto il problema dei rapporti tra le due normative

Nella materia concorsuale la richiesta di accesso agli atti da parte di un concorrente può entrare in conflitto con l'esigenza di riservatezza degli altri concorrenti. L'indirizzo della giurisprudenza

amministrativa (Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2004 n. 7805; TAR Campania-Napoli, sez. V, 10 marzo 2005 n. 1988; TAR Lazio-Roma, sez. I, 30 gennaio 2012 n. 1032) è ormai stabilmente attestato nel senso che i partecipanti hanno diritto ad accedere ai documenti della procedura concorsuale, sull'esatto rilievo che tali documenti sono destinati, per loro natura, ad un confronto di tipo comparativo ed, una volta acquisiti alla procedura, esulano da una sfera di riservatezza. Non è, quindi, possibile il diniego di accesso agli elaborati di altri candidati ed alla documentazione prodotta dagli stessi (titoli di servizio professionali, titoli culturali, titoli scientifici).