



Data pubblicazione 04.07.2014

Diritti dei disabili e pubblico concorso

(Nota a Tar Lazio, sez. I quater, ord. 06.06.2014, n° 2563 e Consiglio di stato, sez. IV, d.p. 09.06.2014, n. 2435)

di

Giancarlo A. Ferro**

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. – 2. Il contenuto del principio costituzionale del pubblico concorso. – 3. Pubblico concorso ed eguaglianza sostanziale. – 4. La partecipazione dei soggetti disabili ai concorsi pubblici con particolare riguardo all'interpretazione del riferimento alle “speciali modalità d’esame” previsto dall’attuale normativa italiana. – 5. Concorso pubblico per l’accesso in magistratura e partecipazione di soggetti affetti da gravi patologie disabilitanti. – 6. Osservazioni conclusive.

1. I fatti di causa

A seguito della pubblicazione del bando di concorso per l’accesso alla carriera dei magistrati ordinari, un candidato affetto da grave disabilità aveva presentato istanza al Ministero di giustizia al fine di ottenere lo svolgimento delle prove scritte in giorni non consecutivi¹.

Rigettata l’istanza, il Ministero con d.m. 7 marzo 2014 fissava il calendario d’esame in tre giorni consecutivi.

Il candidato provvedeva, pertanto, ad impugnare dinnanzi al Tar Lazio il decreto ministeriale *de quo* e ne richiedeva la sospensione in sede cautelare.

Con ordinanza collegiale n. 2563 del 2014, il giudice capitolino, in accoglimento dell’istanza del ricorrente, disponeva la sospensione.

Secondo il giudice capitolino, infatti, la domanda del ricorrente di articolazione dello svolgimento delle prove scritte in tre giorni non consecutivi non poteva ritenersi in contrasto con nessuna disposizione precettiva di legge. Il r.d. 1860/1925 (e successive

** Ricercatore di diritto costituzionale nell’Università degli studi di Catania.

¹ Da notizie di stampa è emerso che si trattava, nella specie, di una grave patologia renale, che costringeva il candidato ad effettuare a giorni alterni trattamenti dializzanti.

modificazioni e integrazioni) non impone, infatti, che le prove scritte si svolgano in tre giorni consecutivi.

In secondo luogo, la scelta dell'Amministrazione non rispondeva ad esigenze indefettibili di garanzia dell'anonimato e del buon andamento della procedura, sotto i profili della trasparenza, linearità e selezione dei migliori.

Inoltre, ad avviso del Tar, le ragioni giustificatrici addotte dall'Amministrazione a fondamento della scelta predetta, connesse a profili di spesa o di organizzazione del lavoro degli addetti alla procedura concorsuale (spese di affitto dei locali, attività di custodia del materiale delle prove ecc.), andavano considerate recessive rispetto alla primaria esigenza di garanzia della possibilità di accesso del ricorrente alle prove in parità di condizioni con gli altri concorrenti.

A tre giorni di distanza, su ricorso del Ministero e sempre in sede cautelare, con decreto presidenziale emesso ai sensi dell'art. 56 c.p.a., la quarta sezione del Consiglio di Stato provvedeva a riformare l'ordinanza del Tar Lazio.

2. Il contenuto del principio costituzionale del pubblico concorso

Per un corretto inquadramento delle numerose questioni sollevate dai provvedimenti *de quibus*, è opportuno premettere brevi cenni sui principi costituzionali coinvolti nella vicenda.

Basti, in primo luogo, osservare che le specifiche misure previste dal legislatore per garantire ai soggetti diversamente abili la partecipazione ai concorsi rappresentano la declinazione in chiave sostanziale del principio di eguaglianza (art. 3 Cost., da leggere oggi anche alla luce dell'art. 21 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*) nell'accesso ai pubblici uffici, espressamente previsto dall'art. 51, co. 1, Cost., da leggere in ideale collegamento con il principio del pubblico concorso di cui agli artt. 97, co. 3, Cost. e all'art. 106, co. 1, Cost.

Come è stato osservato, l'eguale possibilità di accesso dei cittadini alle cariche pubbliche è espressione di uno Stato rappresentativo, ove al modello procuratorio del titolo di investitura per l'esercizio di potestà pubbliche, si sostituisce un modello

fondato sull'appartenenza professionale «ad una carriera, in cui si è entrati per il comprovato possesso di capacità tecniche»².

Nell'ottica del costituente, infatti, il pubblico concorso rappresenta la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni, che si sostanzia «in una selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti. Il rispetto di tale criterio è condizione necessaria per assicurare che l'amministrazione pubblica risponda ai principi della democrazia, dell'efficienza e dell'imparzialità»³.

Sotto il primo profilo, il concorso pubblico è «condizione per la piena realizzazione del diritto di partecipazione all'esercizio delle funzioni pubbliche da parte di tutti i cittadini, fra i quali oggi sono da includersi, per la maggior parte degli impieghi, anche quelli di altri Stati membri dell'Unione europea. In diretta attuazione degli artt. 3 e 51 Cost., il concorso consente infatti ai cittadini di accedere ai pubblici uffici in condizioni di eguaglianza e “senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti”, come fu solennemente proclamato dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789»⁴.

Sotto altro profilo, invece, il pubblico concorso è un meccanismo strumentale ai principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione (artt. 97 e 98 Cost.).

Per un verso, infatti, si ritiene che la selezione meritocratica migliori il rendimento delle pubbliche amministrazioni. Per altro verso, invece, il pubblico concorso rappresenta «il

² A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano 1991, 67 s., che richiama sul punto il pensiero di M.S. Giannini. Si veda, inoltre, il fondamentale contributo di U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova 1996, 75 ss. ma *passim*.

³ Corte cost., sent. n. 293 del 2009. Cfr., altresì, Corte cost. sentt. n. 1 del 1999; nn. 194, 218, 373 del 2002; n. 205 del 2004; n. 363 del 2006; nn. 213, 225 e 235 del 2010; n. 52 del 2011; n. 90 del 2012; nn. 23, 167 e 227 del 2013.

Sul punto, in dottrina, cfr., oltre ai classici contributi di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, e G. BERTI, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova 1968. Anche R. CARANTA, *Commento all'art. 97*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, vol. II, 1903S. S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, Milano, 2007, 220 ss..

Si veda, inoltre, C. PINELLI, *Sub art. 97 comma 3 Cost., L'accesso ai pubblici impieghi - Sezione I - La regola del concorso*, in *Commentario della Costituzione, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, 320 ss.*, il quale ricostruisce la storia della regola del pubblico concorso in Italia. Secondo «il principio di pubblicità, e l'immediato conseguente collegamento con l'art. 51, consentono di configurare il concorso come sistema costituzionalmente privilegiato per l'accesso agli uffici pubblici, anziché come sistema costituzionalmente riconosciuto in quanto normale»-

⁴ Così Corte cost., sent. n. 293 del 2009.

metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità e al servizio esclusivo della Nazione»⁵.

Attraverso il *merit system* concorsuale, del resto, non viene tutelato solo un interesse dell'amministrazione, quanto piuttosto *per* l'amministrazione. In altri termini, l'interesse pubblico affidato alla P.A. non va inteso in modo autoreferenziale, in quanto esso comprende in primo luogo l'interesse degli amministrati ad una buona gestione della cosa pubblica.

Per quel che ci occupa, quindi, la selezione dei migliori secondo criteri meritocratici, trasparenti ed oggettivi si traduce in garanzia (almeno in astratto) di poter ottenere da chi esercita pubbliche funzioni un servizio preordinato alla migliore tutela di propri diritti fondamentali: così un buon medico tutelerà al meglio il diritto alla salute dell'amministrato; un buon giudice garantirà al meglio l'effettiva tutela dei diritti e degli interessi legittimi etc.

La professionalità fa, inoltre, da *pendant* con l'imparzialità dell'impiegato pubblico nell'esercizio dell'attività amministrativa, in particolare nella fase di conoscenza ed esecuzione delle decisioni pubbliche.

La partecipazione aperta a tutti coloro che possiedano i requisiti minimi richiesti (c.d. criterio della casualità) e la valutazione comparativa delle capacità professionali dei futuri dipendenti (c.d. criterio meritocratico) costituiscono, pertanto, l'ossatura del pubblico concorso *secundum Constitutionem*, derogabile in via d'eccezione dal legislatore, giusta la riserva contenuta nell'art. 97, co. 3, Cost..

Tuttavia, nel prevedere altre forme di selezione, la legge deve ispirarsi al canone della ragionevolezza, il cui rispetto *in subiecta materia* è stato numerose volte oggetto di stretto scrutinio da parte della Corte costituzionale.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, infatti, «l'area delle eccezioni» al concorso deve essere «delimitata in modo rigoroso» e le deroghe sono pertanto legittime solo in presenza di «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico» idonee a giustificarle⁶.

Così, ad esempio, il giudice delle leggi ha affermato che anche le «modalità organizzative e procedurali» del concorso devono «ispirarsi al rispetto rigoroso del

⁵ Corte cost, sent. n. 453 del 1990.

⁶ Corte cost., sent. nn. 81 e 363 del 2006.

principio di imparzialità»⁷. Di conseguenza, non qualsiasi procedura selettiva, diretta all'accertamento della professionalità dei candidati, può dirsi di per sé compatibile con il principio del concorso pubblico.

Quest'ultimo non è rispettato, in particolare, quando «le selezioni siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi»⁸.

La natura comparativa e aperta della procedura è, pertanto, elemento essenziale del concorso pubblico; procedure selettive riservate, che escludano o riducano irragionevolmente la possibilità di accesso dall'esterno, violano il carattere pubblico del concorso⁹.

In considerazione del polimorfismo delle modalità concorsuali¹⁰, la Corte ha altresì specificato che rientra nella discrezionalità del legislatore la scelta di adottare sistemi di selezione diversi, purchè congrui in relazione allo scopo da raggiungere e all'interesse da soddisfare¹¹.

3. Pubblico concorso ed eguaglianza sostanziale

Nel quadro costituzionale, la dimensione organizzativa dell'accesso ai pubblici uffici mediante concorso richiede di essere coniugata con il tessuto assiologico della Legge fondamentale, che trova nel principio personalista il proprio punto archimedeo¹².

Attraverso l'adesione ai principi della democrazia pluralista, le Costituzioni del secondo dopoguerra hanno giuridicizzato una *bilder vom mensch*, affatto diversa rispetto al pregresso modello individualista liberal-borghese. All'ideale, per così dire, statico dell'"autosufficienza dell'azione" dei singoli, si sostituisce una visione dinamico-relazionale dell'"uomo", considerato non solo nel suo rapporto con lo Stato, ma inserito nella fitta trama delle relazioni con il tessuto sociale.

⁷ Corte cost., sent. n. 453 del 1990, cit.

⁸ Corte cost., sent. n. 194 del 2002.

⁹ Corte cost., sent. n. 34 del 2004.

¹⁰ Sul punto, cfr. V. LUCIANI, *Il reclutamento del personale e l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea*, in F. Carinci – L. Zoppoli, *Diritto del lavoro. V. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino 2004, 504.

¹¹ Corte cost., sent. n. 34 del 2004. Cfr., inoltre, art. 35, co. 1, lett. a), d. lgs. 165 del 2001.

¹² Nella vastissima letteratura sul tema si veda l'interessante prospettiva offerta da A. CIANCIO, *I valori fondanti della Repubblica a sessant'anni dalla sua nascita*, in A. Ciancio, *Persona e demos. Studi sull'integrazione politica in Italia e in Europa, Torino 2010, nonché da A. RUGGERI, Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it* (28 agosto 2013), *passim*.

Sembra questa, del resto, la lettura accolta dal Costituente italiano che, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, «ha inteso evocare il valore del gruppo, per l'intreccio e la ricchezza dei rapporti da cui il singolo trae momenti di “svolgimento” della propria personalità»¹³.

La condizione di *homme situè* assurta a caposaldo dell'ordinamento costituzionale si riflette, altresì, nella nuova conformazione del principio di eguaglianza.

Se, infatti, nello Stato liberale l'eguaglianza assumeva il valore di mera direttiva rivolta al legislatore, affinché adottasse norme generali ed astratte, idonee a garantire la teorica possibilità di accesso al godimento dei diritti costituzionalmente previsti, i termini mutano nello Stato costituzionale pluralista.

Per un verso, la dimensione “formale” dell'eguaglianza acquisisce immediata valenza precettiva, attraverso il riferimento alla “pari dignità sociale”, che si estrinseca in specifici divieti di discriminazione per ragioni di sesso, lingua, religione, razza, opinioni politiche e condizioni personali¹⁴.

Per altro verso, invece, la solenne proclamazione dei diritti e delle libertà individuali non è più ritenuta sufficiente, se non assistita da garanzie di realizzazione effettiva del sistema di tutela formalmente stabilito. Si punta, pertanto, oltre e più che sugli aspetti formali, anche su quelli sostanziali di protezione della persona, volendo così favorire una più completa realizzazione delle altrimenti astratte proclamazioni in tema di libertà, eguaglianza e democrazia.

E' postulata in tal modo una libertà non più solo “ideale” ma fruibile da tutti, indipendentemente dalla condizione sociale di ciascuno. Parimenti, l'eguaglianza non è più intesa quale mera parità giuridica di trattamento, ma – nel suo aspetto sostanziale – persegue l'obiettivo di un effettivo equilibrio di posizioni¹⁵.

Nel prevedere l'impegno dei pubblici poteri alla rimozione degli ostacoli eventualmente frapposti alla piena realizzazione della persona umana, la Legge fondamentale ha inserito l'“uomo” in un processo, per dir così, “eterodeterminato” di integrazione sociale, da intendere come accesso concreto ad eguali *chance* di libertà e all'effettivo

¹³ L. ARCIDIACONO, *La persona nella Costituzione*, in L. Arcidiacono- A. Carullo – G. Rizza, *Istituzioni di diritto pubblico*, III, Bologna, 2001, 291. Sul ruolo delle formazioni sociali, cfr., almeno, E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, *passim*.

¹⁴ G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in N. Occhicupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 100.

¹⁵ Per rilievi critici, cfr. il recente contributo monografico di Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna 2013, *passim*.

godimento dei diritti fondamentali, entro cui vengono ricompresi anche i c. d. diritti sociali¹⁶.

L'individuazione delle misure idonee al raggiungimento degli obiettivi di concreta integrazione sociale e di effettivo godimento dei diritti prefissati in Costituzione è stata, in primo luogo, demandata alle scelte politiche del legislatore, il quale non incontra solo vincoli in negativo, ma anche vincoli nell'azione.

Non può, tuttavia, trascurarsi che destinataria delle finalità di eguaglianza sostanziale, stabilite all'art. 3, co. 2, Cost., sia l'intera Repubblica, intesa non solo come insieme dei pubblici poteri ma anche come comunità.

Sicchè, a fronte dell'eventuale inerzia o inadeguatezza del legislatore, garantire agli individui l'effettivo godimento dei diritti loro attribuiti è un obbligo imposto dalla Legge fondamentale all'intera poliarchia costituzionale.

Non a caso, l'attuazione del rivoluzionario programma di liberazione dal bisogno e di superamento delle disuguaglianze di fatto ha spesso trovato i propri germi nella giurisprudenza comune e, soprattutto, in quella costituzionale, come dimostrano, ad esempio, le vicende relative all'integrazione scolastica dei soggetti diversamente abili¹⁷.

Al contempo, anche l'azione della pubblica amministrazione deve muoversi verso tali obiettivi di concreta realizzazione del sostrato necessario per il pieno esercizio dei diritti da parte dei consociati, nel quadro del principio di legalità non più inteso soltanto nella tradizionale declinazione *secundum legem* ma anche (e soprattutto) *secundum Constitutionem*.

Il mutato assetto dei rapporti tra *poteri* e *diritti* si riflette, quindi, anche sul modo di intendere i principi sull'organizzazione amministrativa¹⁸.

¹⁶ Come è stato osservato da A. BALDASSARRE, voce *Diritti Sociali*, in *Enc. giur.* XII, Roma 1989, 10, i diritti sociali non trovano il loro fondamento normativo solo nell'art. 3, co. 2, Cost. Piuttosto, il Costituente li ha ancorati alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., così divenendo «una componente essenziale dei valori fondamentali della democrazia». Nella sterminata letteratura sui diritti sociali e, in particolare, sul rapporto con i diritti di libertà, cfr., almeno, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 1994, 545 ss, in particolare 563 ss.; N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino 1996 110 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit. , *passim*; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, *passim*. L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, cit, 873 ss.; D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, *passim*.

¹⁷ Cfr., se si vuole, G.A. FERRO, *Diritto allo studio e integrazione scolastica dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, III, Milano 2010, 1373, ss.

¹⁸ La notazione è assai diffusa. Cfr., a titolo d'esempio, G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in AA. VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, 104 ss.

Nella rinnovata ottica della Costituzione repubblicana, ad esempio, imparzialità, efficienza e buon andamento non possono essere letti come qualità tutte interne all'amministrazione, quanto piuttosto come principi funzionali anch'essi alla realizzazione dei diritti della persona umana¹⁹.

Ne consegue che l'accesso ai pubblici uffici da parte dei cittadini in possesso delle capacità professionali richieste e in condizioni di eguaglianza (art. 51, c. 3, Cost.) rappresenta nell'ordito costituzionale uno dei modi in cui si può esprimere la personalità umana (art. 2 Cost.), con possibile attuazione del diritto al lavoro (art. 4 Cost.)²⁰.

Non può, del resto, trascurarsi che per i candidati una selezione concorsuale costituisce la miglior garanzia della parità di *chances*, ovvero del diritto garantito a tutti i cittadini - italiani e comunitari - di accedere agli uffici pubblici.

Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, le garanzie predisposte dall'art. 51 della Costituzione riguardo all'accesso dei cittadini nei pubblici uffici rappresentano un'applicazione particolare della generale libertà da irragionevoli limitazioni nell'accesso al lavoro, che è riconosciuta come profilo particolare del diritto al lavoro, un diritto più volte qualificato dal giudice delle leggi, anche con riferimento ai pubblici uffici, come fondamentale diritto di libertà della persona umana²¹.

Pertanto, come è stato osservato in dottrina, con l'affermazione dell'ordinamento repubblicano le eccezioni al principio del pubblico concorso «trovano nei valori costituzionali un nuovo fondamento», che ne rafforza il carattere inderogabile, «imponendo un nuovo bilanciamento, che non è riconducibile a logiche proprie della sola organizzazione pubblica, ma deve tenere conto della protezione ora accordata a soggetti che sono ad essa ancora estranei e che vorrebbero, in parità di condizioni, concorrere per divenirne parte».

Ogni ragionevole eccezione, dunque, deve saper «individuare i valori costituzionali prevalenti, un tempo circoscritti ad una logica interna al buon andamento dell'organizzazione amministrativa, che ora non possono non subire la comparazione con le posizioni esterne all'amministrazione, in particolare con il diritto dei cittadini di potere esprimere, anche nell'esercizio di un pubblico ufficio, la loro personalità (art. 2

¹⁹ Si veda, ad esempio, Corte cost. sent. 453 del 1990.

²⁰ Per questi rilievi, R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, *Foro Amm. . Cons. St.*, 2002, 1998.

²¹ Corte cost., sent. n. 108 del 1994. Cfr., altresì, Corte cost., sent. n. 45 e 61 del 1965; sent. n. 207 del 1976

Cost.), ammettendoli a partecipare ad un pubblico concorso indetto per l'accesso al pubblico ufficio in condizioni di uguaglianza», oltre che formale, sostanziale²².

4. *La partecipazione dei soggetti disabili ai concorsi pubblici con particolare riguardo all'interpretazione del riferimento alle "speciali modalità d'esame" previsto dall'attuale normativa italiana.*

A volte, la tutela del diritto al lavoro si coniuga con obblighi di solidarietà sociale, che impongono l'adozione di misure di protezione qualificata del diritto di accedere agli impieghi (tanto pubblici quanto privati) dei soggetti in particolare posizione di svantaggio.

In questo crinale si inseriscono, ad esempio, le misure dettate dal legislatore italiano al fine di garantire anche ai soggetti diversamente abili l'effettivo godimento del diritto costituzionalmente garantito ad una piena partecipazione all'esercizio di pubbliche funzioni, e, quindi, di concorrere, in condizioni di eguaglianza, alle pubbliche selezioni per l'accesso ai ranghi della P.A.²³

Misure antidiscriminatorie che vanno oggi lette sia alla luce dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che vieta, tra le altre, ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità), sia in senso conforme alla *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio 2008, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18.

Le statuizioni della Convenzione fungono da limite alla legislazione statale e regionale per effetto dell'art. 117, co. 1, Cost. e rappresentano un ulteriore elemento di

²² R. CAVALLO PERIN, *loc. ult. cit.* e 2001.

²³ Pur esulando dalle finalità di questo scritto, occorre ricordare che le misure volte a garantire, in un'ottica di eguaglianza sostanziale, l'accesso dei disabili al mondo del lavoro sono numerose. Basti qui ricordare, per i fini che ci occupano, la c.d. "riserva di posti" finalizzata a rimuovere gli ostacoli che impediscono alle persone disabili un accesso effettivo agli impieghi (artt. 3 e 38 Cost.). Tuttavia la Corte costituzionale (cfr. sentt. n. 88 del 1998 e n. 190 del 2006) ha precisato che, talvolta, il buon andamento della pubblica amministrazione è esigenza prevalente rispetto al principio di solidarietà anche ai sensi dell'art. 38 comma 3, Cost., che garantisce senza dubbio ai disabili l'avvio al lavoro, ma non la progressione in carriera. Ne consegue che l'applicazione delle quote di riserva nelle assunzioni richiede necessariamente lo stato di disoccupazione dei beneficiari (ai sensi della legge n. 68 del 1999). Rappresenta, pertanto, un'«irragionevole compressione dei principi dell'eguaglianza e del merito, a danno dell'efficienza e del buon andamento della pubblica amministrazione» la disciplina che prevede una percentuale di posti ad esclusivo vantaggio dei dipendenti affetti da disabilità per il conferimento degli incarichi di presidenza e per il reclutamento dei dirigenti scolastici.

adeguamento (sincronico e diacronico) dei parametri costituzionali alla rinnovata “globalizzazione” dei diritti fondamentali delle persone diversamente abili²⁴.

In particolare, può evincersi l'accoglimento del modello “sociale” della disabilità, non attento, quindi, alla sola condizione deficitaria della persona, ma proiettato alla valorizzazione delle dinamiche relazionali della stessa. Invero, “la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri” (lett. e del Preambolo). Ne consegue che la è da intendere “discriminazione fondata sulla disabilità (...) qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo” (art. 2).

L'attenzione al contesto sociale, con cui il diversamente abile si trova ad interagire, trova immediata espressione nel concetto di “accomodamento ragionevole”, da ritenersi come uno dei capisaldi dell'intera Convenzione. Con tale termine si indicano “le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali”.

Ne deriva un impegno degli Stati ad adoperarsi per facilitare l'osmosi tra ambiente sociale e disabilità, in una prospettiva direttamente collegata alla dimensione sostanziale del principio di eguaglianza.

Si collocano in questo contesto, ad esempio, le specifiche previsioni della Convenzione in materia di diritto al lavoro anche nelle pubbliche amministrazioni (art. 27), nonché il diritto di partecipare alla vita politica e pubblica in condizioni di effettiva eguaglianza con gli altri consociati (art. 29).

Per rispondere a queste finalità, già da tempo avvertite nella coscienza sociale, l'ordinamento italiano ha previsto specifiche azioni positive per favorire l'esercizio dei diritti e la piena integrazione dei soggetti diversamente abili.

Nella precipua materia che ci occupa, occorre porre mente all'art. 20, co. 1, della legge 104 del 1992, a tenore del quale la persona diversamente abile «sostiene le prove

²⁴ Sul punto, se si vuole, G.A. FERRO, *Diritto allo studio*, cit. 1402 ss.

d'esame nei concorsi pubblici e per l'abilitazione alle professioni con l'uso degli ausili necessari e nei tempi aggiuntivi eventualmente necessari» in relazione alla specifica disabilità. Nella domanda di partecipazione dovrà essere, altresì, specificato l'ausilio necessario in relazione alla propria disabilità, nonché l'eventuale necessità di tempi aggiuntivi (co. 2).

Ulteriori specificazioni sono contenute nell'art. 16 della legge n. 68 del 1999 (contenente “*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*”), a tenore del quale «i disabili possono partecipare a tutti i concorsi per il pubblico impiego, da qualsiasi amministrazione pubblica siano banditi. A tal fine i bandi di concorso *prevedono speciali modalità di svolgimento delle prove di esame* per consentire ai soggetti suddetti di concorrere in effettive condizioni di parità con gli altri».

Ben si comprende che il quadro dei principi fissati dal legislatore richiede, per la sua concreta attuazione, l'intervento della pubblica amministrazione.

Ed infatti, se per un verso si prevede, in un'ottica di ragionevole differenziazione, che al fine di consentire al soggetto diversamente abile la partecipazione al concorso pubblico occorre che i bandi prevedano *speciali modalità di svolgimento delle prove d'esame*, per altro verso dovrà essere l'amministrazione interessata a predisporre, nell'esercizio della propria discrezionalità ed alla luce delle richieste del concorrente diversamente abile, le misure adeguate allo scopo.

La disciplina legislativa è, dunque, meritoriamente elastica, attesa peraltro l'esistenza di una pluralità di forme di disabilità, ciascuna bisognevole di trattamenti specifici.

In materia, si segnala una recente sentenza del Tar Campobasso, con la quale i giudici amministrativi hanno accolto le doglianze di un concorrente disabile, che in sede di concorso aveva trovato un ausilio diverso rispetto a quello in precedenza richiesto alla P. A.. Inoltre, gli erano stati concessi tempi aggiuntivi non richiesti.

Dopo aver premesso che non compete alla P.A. stabilire cosa intendere per “ausili”, in quanto è evidente che il concorrente disabile conosca meglio di chiunque altro l'ausilio necessario, in relazione alla specifica disabilità, il collegio ha chiarito che «il fatto di disporre nella prova d'esame costituisce, comunque, elemento psicologico di conforto e rassicurazione. Viceversa, non disporre, ovvero disporre di ausili diversi da quelli richiesti, sia pure all'apparenza equivalenti, può essere causa di insicurezza o di turbamento per un concorrente che parte da una condizione di svantaggio psico-fisico, talché può incidere negativamente sull'espletamento della prova. Per tale ragione, la

locuzione “ausili necessari” si riferisce, senza dubbio, a quelli ritenuti tali e richiesti dal disabile, il quale, avendoli prenotati con congruo anticipo, deve disporre nella prova d'esame, sempreché si tratti di "ausili" di non difficile reperimento e non particolarmente costosi. Invero, non si può pretendere dall'Amministrazione uno sforzo organizzativo o finanziario eccessivo, né che essa renda disponibili ritrovati tecnologici costosissimi o non ancora messi in commercio»²⁵.

Ulteriori problemi interpretativi riguardano il riferimento alle *speciali modalità di svolgimento dell'esame*, previste dall'art. 16 della legge n. 68 del 1999, al fine di consentire al soggetto diversamente abile di prendere parte alla prova concorsuale in condizioni di effettiva parità con gli altri candidati.

Potrebbe ritenersi che dal combinato disposto dell'art. 20 della legge 104/92 e dell'art. 16 della legge 69/99 le modalità speciali debbano limitarsi alla sola predisposizione degli ausili richiesti e/o dai tempi aggiuntivi eventualmente necessari.

In tal modo, si finirebbe per irrigidire la previsione legislativa che, invece, come si è sopra osservato, sembra caratterizzata da una elasticità tale da renderla conformabile alle specifiche forme di disabilità.

Ed infatti, sul punto, il Tar Lazio nell'ordinanza in commento ha specificato che «la previsione di cui all'art. 20 della legge n. 104/1992, relativa al diritto del disabile ammesso alla partecipazione a concorsi pubblici, di chiedere l'ausilio necessario in relazione al proprio handicap, nonché la concessione di tempi aggiuntivi, *non esaurisce l'ambito degli strumenti di modulazione delle modalità di svolgimento delle prove concorsuali* ipotizzabili per il conseguimento degli obiettivi perseguiti dalla successiva generale disposizione normativa di cui al citato art. 16 della legge 12.3.1999 n. 68».

Peraltro, una lettura rigida delle disposizioni richiamate potrebbe esporre tale normativa ad interventi additivi della Corte costituzionale, volti a censurare l'illegittimità del combinato disposto dell'art. 20 della legge 104/92 e dell'art. 16 della legge 68/99 – quanto meno per violazione degli artt. 3, 4, 38, co. 3, 51, co. 1, e 97 Cost. - nella parte in cui non prevedono, tra le specifiche modalità d'esame, anche ulteriori (e non ipotizzabili *a priori*) forme organizzative della procedura selettiva, ove prenda parte un soggetto diversamente abile.

Per una retta interpretazione della disposizione dovrà, pertanto, aversi riguardo al tessuto costituzionale sopra sommariamente tracciato.

²⁵ Tar Campobasso, sez. I, sent. 27 dicembre 2012, n. 789.

Ed infatti, si è sottolineato che il principio del pubblico concorso nel prisma della Costituzione non è soltanto un principio interno dell'organizzazione amministrativa ma intercetta l'intero orizzonte assiologico della Legge fondamentale: per un verso è funzionale ai principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, per altro verso, invece, rappresenta uno strumento per attuare taluni diritti fondamentali della persona, tra i quali spiccano il diritto di partecipazione all'esercizio di funzioni pubbliche (art. 51 Cost.) ed il diritto al lavoro (art. 4 Cost.).

Dalla giurisprudenza costituzionale in materia di deroghe ragionevoli al principio costituzionale del pubblico concorso è emerso che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, può prevedere forme di selezione diverse ma non lesive del nucleo duro della *public competition*, purchè congrue in relazione allo scopo da raggiungere e all'interesse da soddisfare.

Se scopo da raggiungere è l'ingresso nella P.A. di professionalità tecniche qualificate, comparativamente valutate secondo un criterio meritocratico, e l'interesse da soddisfare è quello ad una *good administration*, le modalità d'esame individuate dalla P.A. dovranno anch'esse ispirarsi a questi principi.

In altri termini, la ragionevolezza che, in ambito legislativo, funge da limite alle deroghe al principio del pubblico concorso, dovrebbe essere utilizzata dalla P.A. anche nell'esercizio della propria discrezionalità in materia.

Ne consegue, secondo la lettura qui accolta, che laddove la *speciale modalità d'esame* richiesta per venire incontro alle esigenze del soggetto diversamente abile ledesse, in qualche modo, il principio di una valutazione neutrale ed oggettiva fondata sul merito dei candidati e inficiasse gli esiti della procedura, non potrebbe ammettersi alcuna deroga all'ordinario svolgimento della prova da parte della P.A., dovendosi in tal caso discorrere, piuttosto, di una discriminazione al contrario.

Nelle ipotesi in cui, invece, possa essere individuata una *speciale modalità d'esame* che garantisca la partecipazione del soggetto diversamente abile, in condizione di parità con gli altri concorrenti, nel pieno rispetto delle *rationes* di fondo del principio del pubblico concorso, l'Amministrazione ha il dovere di provvedere, caso per caso, all'*accomodamento ragionevole* delle forme di organizzazione della procedura selettiva, adeguandole alle esigenze manifestate dal disabile.

In caso contrario, ci si troverebbe di fronte ad un comportamento discriminatorio nei confronti di un concorrente in ragione della propria disabilità.

5. Concorso pubblico per l'accesso in magistratura e partecipazione di soggetti affetti da gravi patologie disabilitanti

Si è già puntualizzato che, ai sensi dell'art. 97, co. 3, Cost., il principio del pubblico concorso può essere derogato, nei limiti sopra precisati, dal legislatore.

Nessuna deroga – se non negli specifici casi individuati in Costituzione - è, invece, ammessa per l'accesso ai ranghi della magistratura ordinaria, ai sensi dell'art. 106, co. 1, Cost., ove ancor più stringenti sono le esigenze di imparzialità e, soprattutto, di indipendenza dell'organo giudiziario²⁶.

Invero, «la regola che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso non è di per sé una norma di garanzia d'indipendenza del titolare di un ufficio, sebbene d'idoneità a ricoprire l'ufficio. Può ritenersi, tuttavia, che nell'ambito di un sistema, quale quello delineato dalle norme contenute nel titolo IV sezione I della Carta costituzionale, la nomina per concorso, che pur in questo ambito patisce eccezioni, concorra a rafforzare e a integrare l'indipendenza dei magistrati»²⁷.

Ne consegue che, in quanto unico meccanismo previsto per l'accesso al pubblico ufficio di magistrato, la disciplina del concorso deve in questi casi essere sottoposta ad una rigorosa interpretazione, non solo in relazione all'accertamento delle competenze tecniche dei candidati, ma anche e soprattutto in punto di *accessibilità* alla procedura di concorso da parte di tutti coloro che possiedano i requisiti richiesti dalla vigente normativa, così come previsto dall'art. 51, co. 1. Cost.

Pertanto, la normativa di protezione volta a garantire la partecipazione del soggetto disabile alle pubbliche selezioni deve trovare rigorosa applicazione, secondo la lettura sopra proposta, soprattutto nelle procedure d'accesso alla magistratura ordinaria.

Nella fattispecie che ci occupa, un candidato affetto da patologia disabilitante aveva rappresentato al Ministero della giustizia che la propria condizione di salute non avrebbe consentito di prendere parte al concorso, da svolgersi, secondo il calendario prefissato, in tre giorni consecutivi.

Si tratta, in questo caso, di comprendere se la richiesta del mutamento del calendario delle prove di concorso possa essere inclusa, o meno, tra le “*speciali modalità d'esame*” ex art. 16 della legge n. 68 del 1999.

²⁶ Sul tema, cfr., per tutti, E. CASTORINA, s. v. *Ordinamento giudiziario*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol IV, Milano, 2006, 3959 ss.

²⁷ Corte cost., sent. n. 1 del 1967.

Per rispondere all'interrogativo bisogna preliminarmente comprendere se la fissazione di un calendario per lo svolgimento delle prove concorsuali in giorni consecutivi risponda alle inderogabili ragioni di struttura del principio del pubblico concorso.

Certamente, la fissazione preventiva delle date è da considerare un elemento indefettibile di un pubblico concorso, in quanto espressione del principio di buon andamento dell'organizzazione amministrativa, consentendo alla P.A. una migliore predisposizione del necessario per lo svolgimento delle prove. Al contempo, l'indicazione delle date di concorso risponde ad esigenze organizzative dei singoli candidati, soprattutto laddove la sede di concorso sia lontana dal luogo in cui risiedono o hanno abituale domicilio.

Più dubbio è, invece, pensare che il modo in cui sia stabilito il calendario delle date di concorso (giorni consecutivi o giorni alternativi) incida sull'imparzialità della procedura selettiva, salvo *ad absurdum* ritenere che la valutazione meritocratica ed in condizione di parità per i candidati possa essere fatta in alcuni giorni, piuttosto che in altri.

Ed infatti, come il Tar capitolino ha sottolineato, la scelta del Ministero della giustizia, di articolazione dello svolgimento delle prove scritte in tre giorni continuativi non solo non è "a rime obbligate" rispetto ad una normativa che sul punto nulla prevede²⁸, ma non risponde «ad esigenze indefettibili di garanzia dell'anonimato e del buon andamento della procedura, sotto i profili della trasparenza, linearità e selezione dei migliori»²⁹.

Non sembra, dunque, che un calendario a date consecutive possa rientrare tra gli elementi indefettibili del pubblico concorso, trattandosi piuttosto di scelte discrezionali compiute dall'amministrazione, alla luce degli interessi in gioco, e censurabili dal giudice amministrativo.

Nella valutazione di questi interessi, non può non tenersi eventualmente conto dell'esigenza di un concorrente affetto da disabilità, il quale abbia in precedenza palesato la difficoltà di esercitare il diritto di partecipazione, costituzionalmente sancito dall'art. 51, co. 1, Cost.

²⁸ Il riferimento è al r.d. 1860 del 1925, recante *Modificazioni al regolamento per il concorso di ammissione in magistratura contenuto nel regio decreto 19 luglio 1924, n. 1218*.

²⁹ Ed infatti, come osserva, M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, 655, le procedure di reclutamento devono, anzitutto, garantire la pubblicità e l'imparzialità della selezione». Pertanto, le norme regolamentari che stabiliscono, per le selezioni concorsuali, la regola dell'anonimato «sono ispirate alla fondamentale esigenza di garantire il pari trattamento dei candidati, dalla quale deriva quella di non permettere - per salvaguardare l'indipendenza dei giudizi da parte dei membri della commissione - l'identificazione dei lavori scritti dei candidati».

Tra le *speciali modalità d'esame* deve ricomprendersi, pertanto, anche l'eventuale predisposizione preventiva di un calendario che, nella fissazione delle date, tenga anche in considerazione la peculiare situazione – oggettivamente documentata – del candidato affetto da disabilità.

In caso contrario, si ravviserebbe un'ipotesi di discriminazione indiretta nei confronti di un concorrente, la cui fisiologica situazione di svantaggio richiederebbe, invece, un concreto intervento dei pubblici poteri per rimuovere gli ostacoli al pieno esercizio di diritti costituzionalmente garantiti.

Si avrebbe, inoltre, una discriminazione, per così dire, orizzontale tra le diverse forme di disabilità.

Invero, possono esservi casi in cui il concorrente disabile necessiti di ausili specifici, che la P.A. riesce a garantire in sede di concorso: un non vedente potrebbe, ad esempio, aver bisogno dei testi in *Braille* o di un pc con sintesi vocale; un paraplegico potrebbe, invece, aver bisogno di tempi aggiuntivi etc. In tali casi, la partecipazione del diversamente abile sarebbe chiaramente garantita attraverso la disposizione di modalità d'esame adeguate alla specifica patologia disabilitante³⁰.

Ma possono, altresì, verificarsi ipotesi in un cui il disabile non necessiti di ausili né di tempi aggiuntivi ma richieda all'amministrazione, come nel caso di specie, di adeguare le forme dell'organizzazione concorsuale e di individuare soluzioni alternative che possano consentire – senza pretese di essere privilegiato o preferito ad altri – di esercitare il diritto alla partecipazione nell'esercizio di un pubblico ufficio.

Negare in questi casi ogni forma di intervento amministrativo volto a rispondere in concreto alle esigenze connesse al peculiare stato d'affezione morbosa del candidato diversamente abile equivale, nei fatti, a discriminarlo in ragione della di lui disabilità.

Potrebbe obiettarsi a tale lettura che, anche alla luce della normativa sovranazionale, gli *accomodamenti ragionevoli* devono consistere in *modifiche e adattamenti necessari ed appropriati ma non eccessivamente onerosi*.

Tuttavia, sarebbe nella fattispecie un'obiezione priva di pregio.

³⁰ È, altresì, da rilevare che in talune ipotesi, pur nella piena tutela riconosciuta dall'ordinamento e, in concreto dall'amministrazione, può nutrirsi qualche dubbio circa l'anonimato che dovrebbe assistere la correzione degli elaborati. Ed infatti, qualora il soggetto disabile abbia la necessità di un commutatore di voce, l'elaborato dovrà, con ogni probabilità, essere redatto con un programma di videoscrittura e, successivamente, stampato. Potrebbe, in tal modo, risultare riconoscibile rispetto ai compiti redatti manualmente dagli altri candidati.

In primo luogo, un'amministrazione in precedenza informata circa le concrete esigenze del concorrente disabile avrebbe il tempo necessario per organizzare la procedura, in modo tale da poterne razionalizzare anche i costi.

In secondo luogo, è compito dell'amministrazione individuare – anche di concerto con il concorrente – eventuali modalità d'esame che contemperino, da un lato, le esigenze di buon andamento, imparzialità, trasparenza, anonimato e selezione dei migliori nella procedura e, dall'altro, il fondamentale diritto del disabile a prendervi parte³¹.

Del resto è questa la logica cui sembra ispirarsi, come sopra evidenziato, la menzionata “elasticità” della disciplina di protezione, adattabile ai diversi tipi di disabilità e alle peculiari esigenze a ciascuna di queste connesse.

6. Osservazioni conclusive.

Nei provvedimenti in commento, i giudici amministrativi sono stati chiamati – in una sede del tutto peculiare, qual è il giudizio cautelare - a dover sciogliere i nodi dell'apparente conflitto tra *interesse pubblico* e *tutela dei diritti fondamentali* del singolo.

Nell'ordinanza del Tar le ragioni del soggetto debole sono ritenute prevalenti sulle ragioni di spesa addotte dalla difesa erariale, che ne risultano, così, *primo visu* sacrificate; nel decreto presidenziale del Consiglio di Stato, invece, l'ottica sembra capovolgersi a tutto vantaggio del pubblico interesse.

Il conflitto, dunque, si poneva tra esigenze di salvaguardia delle pubbliche finanze e diritto del disabile a prendere parte, in condizione di parità, alla procedura concorsuale.

Anche qui può essere d'ausilio la giurisprudenza della Corte costituzionale, che si è trovata più volte a dover bilanciare – in sede di controllo della legittimità costituzionale delle scelte discrezionali operate dal legislatore – esigenze di finanza pubblica ed effettivo godimento dei diritti da parte dei soggetti diversamente abili.

In particolare, la questione riguardava la diminuzione *ope legis* delle ore di sostegno garantite agli alunni diversamente abili, in ossequio al diritto costituzionale all'istruzione.

³¹ Sulla specifica vicenda in commento, si vedano gli esempi offerti da G. VIRGA, *Un'ordinanza “nobile” ma non condivisibile*, in *lexitalia.it* (8 giugno 2014).

In quella sede, il giudice delle leggi ebbe a precisare che se è vero che nell'individuazione delle misure necessarie a tutela delle persone disabili il legislatore gode di discrezionalità (soprattutto, in ragione delle esigenze di bilancio sempre più pressanti), è altresì vero che tale discrezionalità non può mai spingersi fino a comprimere il nucleo indefettibile di garanzie necessarie a rendere effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile³².

Può cogliersi, tra le pieghe del ragionamento della Corte, un principio destinato ad operare ben al di là dei processi di legittimità costituzionale e a porsi, piuttosto, come criterio guida tanto per la giurisdizione, quanto per l'amministrazione nell'esercizio di attività discrezionale che implichi il contemperamento tra diritti individuali e tutela delle pubbliche risorse.

Ipotesi, queste, dove ogni forma di bilanciamento trova comunque un limite insuperabile nella rigorosa salvaguardia dei diritti fondamentali della persona umana e, in particolare, dei soggetti deboli³³.

Nella vicenda in esame, non sembra che il Ministero della giustizia abbia seguito il predetto criterio. Piuttosto, come si è già argomentato, sembra potersi ravvisare una lesione del nucleo intangibile del fondamentale diritto del candidato diversamente abile di partecipazione, in condizione di parità, alla selezione concorsuale.

Non può, altresì, sostenersi che l'amministrazione abbia perseguito *il pubblico interesse*.

Per un verso, infatti, occorre tenere presente il radicale mutamento del concetto di "interesse pubblico" in un ordinamento pluralista e democratico. In tale contesto, infatti, l'interesse pubblico perde la coloritura autoritativa e non può essere considerato come entità statica. Esso assume, di contro, una valenza procedimentale e si pone quale risultato di un bilanciamento tra interessi differenti, tutti egualmente in concreto coinvolti.

Ne consegue che, nella valutazione dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione avrebbe dovuto tenersi senz'altro conto di esigenze di

³² Corte cost., sent. n. 80 del 2010, su cui C. COLAPIETRO, *Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi*, in C. Colapietro – A. Salvia (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Napoli 2013, 185; e, se si vuole, G. A. FERRO, 1407 ss.. Sul concetto di nucleo incompressibile dei diritti, cfr. D. MESSINEO, *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino 2012, *passim*.

³³ In questi termini, C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, 186.

contenimento della spesa, oltre che dell'interesse degli altri candidati al regolare svolgimento della prova. Ma non può dimenticarsi che nel rivolo degli interessi coinvolti v'era pure quello del candidato diversamente abile, il quale aveva già in congruo anticipo informato l'amministrazione della propria affezione patologica e richiesto specifici interventi. Interventi che, come si è sopra cercato di argomentare, non avrebbero affatto inficiato l'"anima" del pubblico concorso.

L'inerzia del Ministero ha, dunque, più il sapore di un bilanciamento ineguale, che di una concreta attuazione dell'*interesse pubblico*.

Di questo sembra essersi reso conto il Tar capitolino, che in modo condivisibile ha ritenuto, per un verso, i profili di spesa recessivi rispetto al diritto del candidato diversamente abile di partecipare al concorso e, per altro verso, ha tutelato l'interesse pubblico attraverso il bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, ritenendo meritevole di tutela *anche* e soprattutto la posizione del soggetto debole.

Non così, invece, nel decreto presidenziale del Consiglio di Stato, ove si è offerta copertura al discutibile esercizio di discrezionalità del resistente Ministero³⁴.

È pur vero che la sospensione disposta in prima battuta dal Tar a pochi giorni dallo svolgimento delle prove scritte del concorso in magistratura avrebbe, forse, prodotto più problemi di quanti intendesse risolvere³⁵.

Resta, tuttavia il segno di una motivazione-monito nei confronti di una Pubblica Amministrazione non sempre attenta all'inveramento dei valori costituzionali.

³⁴I due provvedimenti in commento riflettono, del resto, due diversi modi di intendere il giudizio amministrativo. Nell'una prevale la dimensione del giudizio come forma di garanzia *dal* potere a tutela delle posizioni soggettive. Nell'altro, invece, traspare piuttosto una visione oggettiva del processo amministrativo (manifestata, peraltro, dall'assenza di qualsivoglia valutazione del *fumus boni iuris*), come garanzia *del* potere.

Sul carattere oggettivo o soggettivo dei processi la letteratura è copiosa. Per riflessioni critiche e richiami bibliografici, sia consentito il rinvio a G. A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino 2012, *passim* ma, in particolare 63 ss. e 291 ss.

Si segnalano, altresì, le riflessioni svolte da G. ABBAMONTE, *L'oggetto della giustizia nell'Amministrazione*, in *Diritto proc. amm.*, 2013, 357 ss., il quale evidenzia, tra l'altro, che « il primo impatto del cittadino con il Potere è espresso nell'istanza di giustizia alla giurisdizione amministrativa (...) .Bene è stata avvertita la particolare posizione dell'Avvocatura dello Stato e degli Enti pubblici cui spetta la difesa istituzionale che significa continuità nell'ordine rendendosi conto, nel contempo delle istanze proposte dalla base ed espresse dal libero foro. Istanze non più soltanto di eliminazione di illegittimità bensì di ricerca di giustizia nella complessità del nostro ordinamento, nelle sue varie articolazioni, normative ed organizzative, sicché la giurisdizione amministrativa, anche in sede cautelare, è richiesta di soluzioni ricostruttive che, prima o poi, si traducono in nuove fattispecie che, sia pur non espressamente previste dall'ordinamento, sono ad esso riconducibili secondo principi di coerenza, eguaglianza, e proporzionalità».

³⁵ Anche in considerazione della posizione degli altri concorrenti. Su questo profilo cfr. le riflessioni di G. VIRGA, *op. ult. cit.*

Non è noto se il ricorrente continuerà a coltivare l'azione intrapresa dinanzi al giudice amministrativo e quali possano essere gli effetti concreti di una pronuncia sul merito, che interverrà quando ormai le prove si saranno svolte.

Ad ogni modo, si ritiene che la vicenda possa dar luogo ad altro giudizio da radicare dinanzi al giudice ordinario.

Ed infatti, dovendosi configurare, nella specie, un'ipotesi di discriminazione indiretta nei confronti del candidato diversamente abile, sembrano ricorrere gli estremi per un'azione ex l. 1 marzo 2006, n. 67, recante “*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime delle discriminazioni*”³⁶.

Con tale legge il *conditor iuris* ha predisposto un procedimento giudiziario speciale, che assume il carattere di rimedio generale contro le discriminazioni nei confronti delle persone disabili³⁷.

In particolare, come precisato all'art. 2, si ha “discriminazione diretta” quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga. Si ha, invece, “discriminazione indiretta” quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone.

In tali ipotesi, il disabile (o chi ne esercita la patria potestà o, su delega, le associazioni di settore espressamente individuate con decreto del Ministro delle pari opportunità, di concerto con il Ministro del lavoro) potrà agire secondo il rito previsto dall'art. 44, co. 1-6 e 8, del d. lgs. 25 luglio 1998, n.286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero), rubricato “azione civile contro la discriminazione”.

Si tratta di un procedimento assai snello, introdotto con ricorso dinanzi al Tribunale in composizione monocratica del luogo di domicilio del ricorrente.

³⁶ Su cui cfr., a titolo esemplificativo, R. MARUFFI *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*, in *Riv. dir. process.*, 2007, 123 ss.; P. VIRGADAMO, *La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla legge n. 67 del 2006*, in *Giust. Civ.*, 2007, 263 ss.

³⁷ E' bene precisare, tuttavia, che si tratta di un rimedio supplementare agli altri mezzi di tutela espressamente previsti dall'ordinamento. Ciò vale, in primo luogo, per le discriminazioni lavorative, come, del resto, espressamente prevede l'art. 1, co. 2, a norma del quale «restano salve, nei casi di discriminazioni in pregiudizio delle persone con disabilità relative all'accesso al lavoro e sul lavoro, le disposizioni del d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216, recante attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro».

Il giudice potrà ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole ed adottare ogni provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione, *compresa l'adozione, entro il termine fissato nel provvedimento stesso, di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.*

Viene omessa ogni formalità non necessaria al contraddittorio e il giudice, sentite le parti, adotta i provvedimenti istruttori che ritiene più opportuni.

In casi di urgenza, il giudice può provvedere con decreto motivato, assumendo, se del caso, sommarie informazioni. In questo caso, il giudice fissa con lo stesso decreto udienza di comparizione delle parti, da notificarsi a cura dell'istante, unitamente al ricorso introduttivo nei termini previsti dall'art.44, co. 5, T. U. immigrazione.

All'udienza fissata per la comparizione delle parti il giudice provvede con ordinanza, confermando, modificando o revocando i provvedimenti emanati con decreto.

L'ordinanza che accoglie il ricorso è immediatamente esecutiva ed è reclamabile al Tribunale in composizione collegiale, nei termini di cui all'art. 739, co. 2, c.p.c.

La legge n. 67 del 2006, ad integrazione di quanto previsto dall'art. 44 T. U. immigrazione, aggiunge che “al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno”, il ricorrente “può dedurre in giudizio elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta nei limiti di cui all'art. 2729, co. 1, del codice civile”. Il mancato rispetto dei provvedimenti emessi, in questa sede, dal giudice è sanzionato penalmente ai sensi dell'art. 388, co. 1, c. p.

Tale procedimento, caratterizzato da evidente celerità, consentirebbe al disabile di ottenere un'immediata tutela inibitoria, ripristinatoria e *risarcitoria* contro ogni forma di discriminazione attuata nei suoi confronti.

La legge non esclude che atti discriminatori siano posti in essere dalla P. A. Se si considerano “discriminazioni indirette” gli atti o i comportamenti con cui l'amministrazione nega di fatto (ed irragionevolmente) l'esercizio del diritto alla partecipazione del disabile, in condizione di parità, ad un pubblico concorso³⁸, ci si troverebbe entro la previsione dell'art. 2, co. 2, della l. n. 67 del 2006, con conseguente possibilità del soggetto disabile di adire l'Autorità giudiziaria ordinaria, nelle forme e nei termini sopra precisati.

³⁸ Si tratta, infatti, di comportamenti di per sé neutri, che tuttavia di fatto creano una discriminazione rispetto agli altri candidati.

A conclusione di queste brevi note, sembra opportuno tentare di fornire risposta all'interrogativo posto da uno dei primi commentatori dei provvedimenti in epigrafe.

In particolare, ci si chiedeva se «il TAR Lazio, nell'accogliere la domanda di sospensione di un disabile che non è in grado di partecipare alle prove di concorso per tre giorni consecutivi», fosse certo che lo stesso possedesse «una idoneità fisica (ancora oggi richiesta ai pubblici dipendenti) per svolgere i normali compiti di istituto richiesti ad un magistrato (che richiedono spesso la presenza continua, specie nel caso di delicate indagini o processi)».

Cosa dire, del resto, dell'ipotesi di processi o di indagini urgenti? Sarebbe stato «necessario differirli a giorni non consecutivi, per tenere conto delle esigenze di salute del disabile divenuto magistrato?»³⁹.

A parte il rilievo secondo cui dovrebbe distinguersi tra requisiti d'ammissione e idoneità fisiche all'impiego richieste in sede d'assunzione - non potendosi in astratto escludere che chi gode di piena salute al momento della partecipazione, possa in seguito ammalarsi. E viceversa. - si tratta di una questione seria, che forse meriterebbe altre e ben diverse riflessioni, che tengano in debito conto della specifica disabilità del candidato (peraltro conosciuta solo attraverso *rumors* giornalistici).

La risposta, quindi, non può che consistere in un'ulteriore domanda: potrebbe un giudice, chiamato a tutelare (peraltro con urgenza, attesa l'attualità della lesione) un diritto fondamentale, escludere evoluzioni della scienza medica (che possano migliorare se non guarire l'affezione disabilitante), preconizzando così infausti destini per il candidato?

³⁹ G. VIRGA, cit.