

AMICUS
sull'art. 51, primo comma, della Costituzione italiana
per il personale delle Istituzioni AFAM

Prof. Avv. Michele Carducci
Ordinario di Diritto costituzionale comparato
Centro di Ricerca Euro Americano sulle Politiche Costituzionali
Università del Salento – Lecce - www.cedeuam.it

1

SOMMARIO: *Premessa – 1. Lo scrutinio di ragionevolezza della successione nel tempo di leggi in materia di accesso ai pubblici uffici – 2. Le due regole dell'art. 51, primo comma, Cost., direttamente applicabili nel giudizio amministrativo: la distinzione tra “condizioni” e “requisiti” di accesso di “tutti i cittadini” – 3. La illegittimità costituzionale della c.d. “Ratio eccentrica” – 4. Conclusioni*

Premessa

La decisione del TAR Lazio n. 1836/2020, in continuità con la precedente del medesimo Giudice e della medesima Sezione n. 5628/2019, risulta totalmente in contrasto con i canoni costituzionali di interpretazione della successione nel tempo delle leggi in materia di accesso agli uffici pubblici.

Essa, infatti, fonda il proprio ordito argomentativo sulla mera constatazione della esistenza di norme primarie (e specificamente il comma 653 della c.d. “legge di bilancio” 2018 n. 205/2017) che escludono, ai fini del requisito di ammissione, il servizio prestato presso le Istituzioni AFAM non statali.

Tale “esclusione”, per la semplice ragione di derivare da un “*contesto normativo diverso*” (da quello precedente, disciplinato dalla legge 128/2013, di conversione del decreto legge 104/2013) sarebbe di per sé legittima, ad avviso del Giudice, per mera successione temporale delle leggi nel tempo, quale espressione assoluta e insindacabile di discrezionalità del legislatore.

Invero, com'è noto, il criterio cronologico delle leggi in materia di ammissione ai concorsi pubblici deve sempre essere sottoposto a un rigoroso scrutinio di ragionevolezza, fondato sull'art. 51, primo comma, della Costituzione, al fine di evitare che la successione temporale di esclusioni /inclusioni di soggetti venga rimessa alla discrezionalità assoluta del legislatore (discrezionalità che, al contrario e per ovvia considerazione, non può mai essere assunta come assoluta, perché comunque soggiacente al vincolo dell'art. 3, primo comma, della Costituzione).

Tale scrutinio è stato totalmente ignorato dalle citate decisioni del TAR, rendendole dunque censurabili in punto di non conformità a Costituzione.

1. Lo scrutinio di ragionevolezza della successione nel tempo di leggi in materia di accesso ai pubblici uffici

Come si desume da costante giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. decisioni nn. 7/2015, 134/2014, 217/2012, 90/2012, 30/2012, 310/2011, 299/2011, 127/2011, 69/2011, 225/2010, 213/2010, 195/2010, 149/2010, 293/2009, 215/2009, 363/2006, 159/2005, 205/2004, 34/2004), tale scrutinio di ragionevolezza risponde allo scopo di evitare che il diritto fondamentale di “*tutti i cittadini*” ad “*accedere agli uffici pubblici*” (art. 51 comma 1 Cost. e art. 21 comma 3 CEDU) resti in balia dei cambi di indirizzo del legislatore, senza una continuità di Ratio che scongiuri disparità di trattamento nel tempo a parità di condizioni personali (in violazione dell'art. 3, primo comma, Cost.) e impedisca così di produrre, invece che rimuovere, ostacoli di fatto (esclusioni di accesso) fondati su condizioni personali o

AMICUS

sull'art. 51, primo comma, della Costituzione italiana per il personale delle Istituzioni *AFAM*

Prof. Avv. Michele Carducci
Ordinario di Diritto costituzionale comparato
Centro di Ricerca Euro Americano sulle Politiche Costituzionali
Università del Salento – Lecce - www.cedeuam.it

2

sociali (in violazione dell'art. 3, comma 2, Cost.), come, per esempio, la condizione di provenienza del candidato.

Tale continuità di Ratio, inoltre, consente di garantire nel tempo la conformità del diritto interno italiano al diritto euro-unitario, con specifico riguardo al principio di non discriminazione nell'accesso ai concorsi (cfr., per es., *Corte UE causa C-416/13*), dato che, com'è noto, il diritto europeo prevale sempre sul diritto interno (per “*primauté*” ed “effetto utile”) indipendentemente dal criterio cronologico delle fonti interne.

La continuità di Ratio, pertanto, costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore, a garanzia sia del rispetto della Costituzione (art. 3, primo e secondo comma, Cost.) che del diritto euro-unitario (“*primauté*” europea), al fine di rendere effettivo nel tempo il diritto di “*tutti i cittadini*” ad “*accedere agli uffici pubblici*”.

Nel caso di specie, la continuità di Ratio deve farsi risalire, come pacificamente riconosciuto dallo stesso Giudice, all'art. 2, comma 6, della legge n. 508/1999, il quale, nel concretizzare la riserva di legge richiesta dal primo comma dell'art. 51 Cost., sui “*requisiti*” di accesso nelle Accademie, non pone alcuna distinzione o esclusione nell'accesso in ragione di “*condizioni*” di provenienza.

La legislazione successiva non ha disatteso tale continuità di Ratio e lì dove abbia tentato di farlo, essa è stata censurata nel momento in cui non ha appunto superato lo scrutinio di ragionevolezza (si v. la giurisprudenza citata in atti).

Non si comprende, allora, perché tale scrutinio di ragionevolezza non sia stato effettuato nella lettura del citato comma 653, di cui il Giudice amministrativo fornisce solo l'interpretazione letterale, senza porsi problemi di continuità di Ratio, al fine di verificare l'insorgenza di esclusioni od ostacoli contrari a Costituzione e dimostrare di aver confrontato il nuovo “*contesto normativo diverso*” con la Costituzione e il diritto euro-unitario, per affermarne la piena legittimità.

In poche parole, il TAR è venuto meno al proprio onere di “*interpretazione conforme*” a Costituzione e al diritto europeo delle nuove leggi da applicare in giudizio.

Ecco allora che, così operando, esso ha accettato *a priori* l'esclusione di determinati soggetti, senza porsi alcun dubbio di legittimità costituzionale ed euro-unitaria, come se il nuovo “*contesto normativo diverso*” fosse di per sé sufficiente e totalmente prescritto da Costituzione e Unione europea.

Non a caso, la sentenza TAR del 2020 ignora l'art. 51, primo comma, Cost.

2. Le due regole dell'art. 51, primo comma Cost., direttamente applicabili nel giudizio amministrativo: la distinzione tra “condizioni” e “requisiti” di accesso di “tutti i cittadini”

L'onere di “*interpretazione conforme*”, tuttavia, è ineludibile in qualsiasi giudizio di legittimità della discrezionalità pubblica, tanto legislativa quanto amministrativa¹, soprattutto in tema di accesso agli uffici pubblici.

¹ Sulla corrispondenza tra onere di “*interpretazione conforme a Costituzione*” e verifica dei limiti della discrezionalità pubblica, legislativa e quindi amministrativa, si v. ora la monografia di R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017 e *ivi* tutta la ricostruzione giurisprudenziale italiana.

sull'art. 51, primo comma, della Costituzione italiana
per il personale delle Istituzioni *AFAM*

Prof. Avv. Michele Carducci
Ordinario di Diritto costituzionale comparato
Centro di Ricerca Euro Americano sulle Politiche Costituzionali
Università del Salento – Lecce - www.cedeuam.it

Infatti, il diritto di accesso, come diritto fondamentale di “*tutti i cittadini*”, identifica il profilo soggettivo di tutela delle persone, specularmente al principio oggettivo del concorso pubblico (ossia non interno), indicato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione a garanzia della imparzialità della Pubblica amministrazione.

Diritto di accesso di “*tutti i cittadini*” e principio del concorso pubblico/non interno rappresentano, dunque, due facce della stessa medaglia, come tali mai separabili in sede di giudizio.

Tale constatazione di specularità, fatta propria dalla Corte costituzionale (cfr. decisioni 1/1999, 194/2002, 274/2003, 34 e 205/2004, 190/2005, 81, 205 e 297/2006), comporta la individuazione di due regole costituzionali (due regole, come tali applicabili direttamente, non semplicemente due principi a contenuto ottativo):

- a) la regola vincolante di accesso agli uffici pubblici nella inclusione di “*tutti i cittadini ... in condizioni di eguaglianza*” (nel significato dell'art. 3, primo comma, Cost., dunque senza distinzione di provenienza o appartenenza dei soggetti candidabili), non invece nella esclusione in condizioni di disparità tra “alcuni” cittadini, perché così esplicitamente stabilito in Costituzione con disposizione direttamente applicabile e non suscettibile di deroga da parte del legislatore (art. 51, comma 1 prima parte, Cost.);
- b) la regola della riserva di legge (di cui all'art. 51, comma 1 seconda parte, Cost.), avente ad oggetto non le “*condizioni di uguaglianza*” nell'accesso di “*tutti i cittadini*” (perché così già stabilito direttamente in Costituzione, nella prima parte del medesimo comma), bensì solo ed esclusivamente la disciplina dei “*requisiti*” soggettivi di “*tutti i cittadini*” nell'accesso (cfr. decisioni Corte cost. nn. 46/1969, 166/1972, 129/1975, 280/1992, 364/1996, 306/2003);
- c) la conseguenza che qualsiasi eccezione o deroga a Costituzione risulti illegittima se priva di ragionevolezza verso “*tutti i cittadini*”, in quanto si tradurrebbe, di fatto, in un sistema di reclutamento a “concorso interno”, ossia fra “alcuni” e non fra “*tutti i cittadini*”, i cui “*requisiti*” non risiederebbero in profili esclusivamente soggettivi (eventualmente persino identici), bensì in “*condizioni*” oggettive di appartenenza a (o provenienza da) determinati enti che auto-recluterebbero i propri appartenenti.

Il Giudice amministrativo, trascurando del tutto il riferimento alle due regole impresse dall'art. 51 comma 1 Cost., è caduto nell'errore di avallare come legittima la deroga di cui al punto c), quando invece lo stesso *Consiglio di Stato*, non da oggi (cfr., per es., *Ad. Plen. 10/2000* o *Sez. IV 7074/2004*) ha direttamente utilizzato quelle due regole costituzionali, proprio per scongiurare che la discrezionalità del potere pubblico utilizzi le “*condizioni*” di appartenenza a (o provenienza da) determinati enti come “*requisito*” soggettivo di accesso a un concorso pubblico, trasformandolo – di fatto – in un “concorso interno” di auto-reclutamento.

Prediligendo soltanto una disposizione legislativa, come il citato comma 653, alle regole costituzionali dell'art. 51, comma 1, Cost., il Giudice amministrativo ha commesso una triplice violazione di legge:

- 1) ha anteposto una regola legislativa a una regola costituzionale direttamente applicabile (art. 51, primo comma prima parte, Cost.), così violando il canone della gerarchia delle fonti, nella ovvia prevalenza delle regole costituzionali sulle regole legislative;

sull'art. 51, primo comma, della Costituzione italiana
per il personale delle Istituzioni *AFAM*

Prof. Avv. Michele Carducci
Ordinario di Diritto costituzionale comparato
Centro di Ricerca Euro Americano sulle Politiche Costituzionali
Università del Salento – Lecce - www.cedeuam.it

- 2) ha ammesso che “*condizioni*” non di uguaglianza (per appartenenza a – o provenienza da - enti differenti), possano prevalere sui “*requisiti*” soggettivi di accesso a un concorso pubblico (riconosciuti invece identici), in spregio dei limiti di riserva di legge, fissati dalla regola dell'art. 51, primo comma seconda parte, Cost.;
- 3) ha così avallato una forma surrettizia di “concorso intero” in auto-reclutamento (esclusa dall'art. 97 Cost.), ossia fra appartenenti alla stessa “*condizione*” di appartenenza/provenienza, invece che fra “*tutti i cittadini*” con i medesimi “*requisiti*” soggettivi.

3. La illegittimità costituzionale della c.d. “*Ratio eccentrica*”

È evidente che la traduzione della regola costituzionale “*tutti i cittadini*” in regola legislativa “*alcuni cittadini*”, in ragione non dei “*requisiti*” soggettivi ma delle “*condizioni*” di appartenenza a (e provenienza da) un determinato ente (nel paradosso, per di più, di godere comunque di identici “*requisiti*”) è del tutto irragionevole e dunque incostituzionale.

Nello specifico, essa traduce una incostituzionalità omissiva del legislatore, nella parte i cui si escludono alcuni “*cittadini*” aventi comunque “*requisiti*” identici, solo per “*condizioni*” non uguali di appartenenza a (e provenienza da) enti diversi.

Lo stesso TAR accetta supinamente tale “*esclusione*” assumendola come “*Ratio*” della legge: quella di “*limitare alle sole istituzioni statali dell'AFAM l'inclusione in graduatoria al fine del superamento del precariato che le riguarda ...*” s scopo di regolarizzazione dell'esistente e razionalizzazione della spesa (ordinanza TAR Lazio n. 441/2019).

Ora, è proprio tale *Ratio* a risultare “*eccentrica*” rispetto alle regole dell'art. 51, primo comma, Cost.

Lo ha fatto presente la stessa Corte costituzionale in una sua recente pronuncia, in cui si riconosce incostituzionale qualsiasi “*condizione*”, stabilita dal legislatore, appunto quando “*eccentrica rispetto all'obiettivo della procedura concorsuale di selezione delle migliori professionalità*”, anche lì dove si voglia individuare la *Ratio* legislativa solo “*nella finalità di assorbimento del precariato*”, in quanto tale ordito non comporta di per sé “*alcun sostanziale vantaggio in termini di migliore allocazione delle risorse lavorative*” (cfr. Sent. n. 251/2017, punti di diritto nn. 6.1, 6.2, 6.2.2).

La finalità di qualsiasi concorso pubblico, infatti, non è quella di regolarizzare situazioni di fatto, in nome della razionalizzazione della spesa pubblica, bensì quella di garantire comunque la “*migliore allocazione delle risorse lavorative*” attraverso il diritto di accesso di “*tutti i cittadini*” (cfr. di recente, in punto di diritto sulla irrilevanza delle “*condizioni di provenienza*” dei candidati, Corte cost. Sent. n. 241/2019).

La Corte costituzionale non si è mai discostata da questo itinerario di applicazione delle due regole dell'art. 51, primo comma, della Costituzione.

Essa ha considerato ragionevoli e non arbitrarie sempre e solo le “*esclusioni*” fondate su “*requisiti*” attitudinali (cfr. decisioni nn. 33/1960, 422/1995) o connesse a interessi e finalità esplicitamente indicate in Costituzione (cfr. decisioni nn. 235/1988, 510/1989, 571/1989, 141/1996), risultando di riflesso illegittime le “*esclusioni*” fondate su elementi estranei alla “*persona del candidato*” (cfr. decisioni nn. 46/1985, 138/1986, 108/1994, 391/2000).

sull'art. 51, primo comma, della Costituzione italiana
per il personale delle Istituzioni *AFAM*

Prof. Avv. Michele Carducci
Ordinario di Diritto costituzionale comparato
Centro di Ricerca Euro Americano sulle Politiche Costituzionali
Università del Salento – Lecce - www.cedeuam.it

Del resto, l'art. 51, primo comma, Cost. non fornisce affatto, al legislatore, una opzione costituzionalmente indifferente tra “*condizioni di uguaglianza*” (di appartenenza o provenienza) di “*tutti i cittadini*”, da un lato, e “*requisiti*” dall'altro. In tale prospettiva, essa conferma e rafforza il principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost.

Di conseguenza, sovrapporre tali due differenze o, peggio, ignorarle, è palesemente incostituzionale².

4. *Conclusioni*

Alla luce del panorama costituzionale sintetizzato, si deve concludere che il Giudice amministrativo:

- a) avrebbe dovuto verificare il carattere “*eccentrico*” della (nuova) *Ratio* della disposizione legislativa, senza viceversa limitarsi – come invece ha fatto - a prendere atto del “*nuovo contesto normativo*”,
- b) al fine di verificare la continuità di *Ratio* o meno nella legislazione in tema di accesso di “*tutti i cittadini*” alle Istituzioni *AFAM*, in base a “*requisiti*” soggettivi e non invece a “*condizioni*” (non uguali) di appartenenza o provenienza,
- c) così applicando direttamente in giudizio le due regole dell'art. 51, primo comma, della Costituzione e non violare il criterio gerarchico né la “*primauté*” europea,
- d) e adempiendo altresì all'onere, non eludibile, della c.d. “*interpretazione conforme*” a Costituzione delle disposizioni di legge e degli atti conseguenti.

È appena il caso di ricordare che il Giudice, ove reputi per sé impossibile procedere all'applicazione di tale canovaccio ermeneutico (ossia procedere alla “*interpretazione costituzionalmente conforme*” della nuova legge e dei suoi atti conseguenti disvelando il carattere “*eccentrico*” della *Ratio* del nuovo “*contesto normativo diverso*”), non può e non deve limitarsi ad applicare la nuova legge e la sua nuova *Ratio*, arrendendosi al solo criterio cronologico, ma è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale affinché si verifichi se la nuova “*esclusione*” concorsuale, disposta dal legislatore, debba essere espunta come omissione incostituzionale oppure possa essere semplicemente superata con l'applicazione diretta delle due citate regole dell'art. 51, primo comma, della Costituzione.

Nel caso di specie, pertanto, andrebbe chiesto al Giudice, con esplicita e formale istanza, di:

- 1) provvedere alla “*interpretazione costituzionalmente conforme*” del citato comma 653 (e delle altre disposizioni ad esso connesse) all'art. 51, primo comma, Cost., nel senso che la sua previsione, di contenuto esclusivamente finanziario, non può essere interpretata nel significato di tradursi in “*requisito*” di esclusione a un concorso pubblico in limitazione del diritto fondamentale di accesso di “*tutti i cittadini*”, in quanto tale “*esclusione*” dalle “*condizioni di uguaglianza*” di “*tutti i cittadini*”, previste invece dal citato art. 51, primo comma, Cost. e dall'art. 97, terzo comma Cost., a garanzia del carattere “*pubblico*” del concorso, risponderebbe a una *Ratio* “*eccentrica rispetto all'obiettivo della procedura concorsuale di selezione delle*

² Sulla presenza in Costituzione di “*opzioni normative costituzionalmente indifferenti*” quale unica base della insindacabilità della discrezionalità pubblica, legislativa o amministrativa, si v. R. Basile, *op. cit.*, 133 ss.

AMICUS

sull'art. 51, primo comma, della Costituzione italiana per il personale delle Istituzioni *AFAM*

Prof. Avv. Michele Carducci
Ordinario di Diritto costituzionale comparato
Centro di Ricerca Euro Americano sulle Politiche Costituzionali
Università del Salento – Lecce - www.cedeuam.it

6

migliori professionalità”, in funzione dell’ *“assorbimento del precariato”*, senza che questo, però, garantisca di per sé *“alcun sostanziale vantaggio in termini di migliore allocazione delle risorse lavorative”* (ai sensi di Corte cost. Sent. n. 251/2017, punti di diritto nn. 6.1, 6.2, 6.2.2);

- 2) in alternativa, di sollevare questione di legittimità costituzionale – di per sé rilevante e non manifestamente infondata nella decisione *a quo* – del citato comma 653 della legge n. 205/2017, e delle disposizioni conseguenziali, nella parte in cui esse, fondando l’accesso a un concorso pubblico esclusivamente sulla “condizione” di appartenenza e provenienza dei candidati, indipendentemente dai loro “requisiti”, escludono che il suddetto concorso pubblico sia accessibile a *“tutti i cittadini”* con pari *“requisiti”* di valutazione, in virtù di una *Ratio “eccentrica rispetto all’obiettivo della procedura concorsuale di selezione delle migliori professionalità”* contraria all’art. 51, primo comma, Cost. e all’art. 97, terzo comma, Cost. (ai sensi di Corte cost. Sent. n. 251/2017, punti di diritto nn. 6.1, 6.2, 6.2.2).

Lecce, 6 marzo 2020

Michele Carducci