

**MASSIMO LUCIANI**  
**(FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA - LA**  
**SAPIENZA)**

\* \* \* \* \*

*Audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica -*  
*15 aprile 2021*

\*\*\*\*\*

**Premessa.-** Come sempre accade a fronte di interventi normativi ad ampio spettro, i temi che potrebbero essere esaminati in audizione sono molteplici. Nella specie, la vastità del campo abbracciato dal d. l. n. 44 del 2021, che qui commentiamo in occasione della discussione del d.d.l. di conversione, è resa chiara sin dal *titulum* (“Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici”). In presenza della segnalata molteplicità di temi trattati dal decreto-legge ci si concentrerà, dunque, su tre questioni, che appaiono particolarmente significative.

È comunque opportuno notare che, pur essendo molteplici gli oggetti del decreto-legge n. 44 del 2021, non sembra essere violato quel principio di omogeneità che la Corte costituzionale, come è noto, ha desunto dall’art. 77 Cost. La giurisprudenza costituzionale, infatti, ha affermato che l’omogeneità si sostanzia nella oggettiva non “*estraneità* [della disposizione censurata] *rispetto alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita*” (Corte cost. n. 171 del 2007), ma ha anche precisato che “*la violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost. per difetto di omogeneità si determina solo quando le disposizioni aggiunte siano totalmente «estrane» o addirittura «intruse», cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione (sentenza n. 251 del 2014)*” (sent. n. 247 del 2019), chiarendo (ed è quel che più conta), sin dalla prima pronuncia in materia (cioè dalla sent. n. 22 del 2012) che l’art. 77 Cost. esige la “*intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico*”.

Nella specie, il nesso funzionale (e finalistico) del quale la Corte ha parlato sembra essere chiaramente identificabile, sicché dubbi di violazione dell’art. 77 Cost., per

questo profilo, non paiono porsi: *“La urgente necessità del provvedere può riguardare una pluralità di norme accomunate dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero anche dall’intento di fronteggiare situazioni straordinarie complesse e variegate, che richiedono interventi oggettivamente eterogenei, afferenti quindi a materie diverse, ma indirizzati all’unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare”* (così ancora la sent. n. 22 del 2012). A più forte ragione non si pongono dubbi di violazione dell’art. 77 Cost. per il profilo del rispetto dei requisiti della necessità e dell’urgenza, pienamente integrati dall’esigenza di fronteggiare l’emergenza pandemica e le sue conseguenze.

**1.-** Tanto precisato, veniamo alla prima questione.

L’art. 1, comma 2, del decreto-legge in commento dispone che *“In ragione dell’andamento dell’epidemia, nonché dello stato di attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini [...], con deliberazione del Consiglio dei ministri sono possibili determinazioni in deroga al primo periodo e possono essere modificate le misure stabilite dal provvedimento di cui al comma 1 nel rispetto di quanto previsto dall’articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 19 del 2020”*. Ci si può chiedere se l’affidamento al Consiglio dei ministri di un simile potere derogatorio sia compatibile con il principio della riserva di legge. La risposta sembra poter essere affermativa.

Ho già avuto modo di osservare, in sede scientifica, che l’emergenza che oggi fronteggiamo è diversa da altre che hanno colpito il nostro Paese. Mi permetto di ripetere testualmente quanto già a suo tempo considerato: *“se un terremoto o un’alluvione sono fatti, ormai verificatisi, un’emergenza sanitaria di questa portata è un processo, in continua e imprevedibile evoluzione [...]. Se è così, deve necessariamente tollerarsi un grado di determinatezza delle norme primarie legittimanti minore dell’usuale”*. E deve anche ammettersi il ricorso a modalità decisionali più flessibili. Così, nella prima fase dell’emergenza pandemica, si è fatto ricorso ai decreti del Presidente del Consiglio, legittimati sia dal d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, recante il *“Codice della protezione civile”* che dai vari decreti-legge emergenziali succedutisi soprattutto a partire dal d.l. n. 19 del 2020; ora la decisione derogatoria viene attratta nella sfera collegiale del Consiglio dei ministri, senza un sostanziale spostamento dei

termini del problema. Ora come allora, dunque, l'intervento derogatorio deve ritenersi rispettoso della riserva di legge nella misura in cui è facoltizzato da norme di legge, che ne delimitano anche i presupposti (con il rinvio al d.l. n. 19 del 2020).

Un dubbio, semmai, si può ben coltivare sulla non chiarita natura della deliberazione del Consiglio dei ministri. Come è noto, nel nostro ordinamento l'atto che, in via generale, è utilizzato per la disciplina delle situazioni emergenziali è il d.P.C.M. (così il già ricordato Codice della protezione civile). Scelta più limpida, in termini di chiarezza degli strumenti giuridici utilizzati, dunque, sarebbe la conferma dell'impiego di tale tipo di atto. La segnalata (e condivisibile) scelta dell'attrazione alla sede collegiale potrebbe essere opportunamente attuata anche stabilendo che il d.P.C.M. segua una previa conforme deliberazione del Consiglio dei ministri, che lo vincola.

2.- La seconda questione riguarda le misure precauzionali previste dall'art. 4 nei confronti del personale sanitario che non si sottopone alla vaccinazione obbligatoria. In via generale, tali previsioni non sollecitano dubbi di costituzionalità, poiché si discute di una fattispecie (quella dei trattamenti sanitari non già vincolanti, ma semplicemente obbligatori) ben conosciuta dal nostro ordinamento e già passata indenne al vaglio di costituzionalità (v., da ultimo, specificamente in materia vaccinale, la sent. Corte cost., n. 5 del 2018).

Un profilo particolare, tuttavia, va segnalato.

Esso attiene alla non obbligatorietà o al differimento della vaccinazione "*in caso di accertato pericolo per la salute*". In questo caso, il comma 2 dell'art. 4 non contempla quelle misure precauzionali che - invece - sono previste dal successivo comma 6 ("*L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2*"). Poiché la *ratio* di questa previsione è la tutela della salute pubblica e non la sanzione nei confronti di chi ha deciso di non vaccinarsi, non appare ragionevole la sua mancata estensione anche all'ipotesi del difetto di vaccinazione per ragioni indipendenti dalla volontà dell'interessato.

**3.-** L'ultima questione concerne le previsioni in materia di pubblici concorsi, dettate dall'art. 10. Previsioni che, come è noto, hanno sollecitato un ampio dibattito nella pubblica opinione, opponendo chi le ha contestate pel profilo della disparità di trattamento che creerebbero fra giovani appena affacciatisi al mondo del lavoro e candidati già in possesso di esperienze (v., ad es., T. Boeri - R. Perotti, ne *La Repubblica* del 9 aprile 2021) e chi, invece, le ha apprezzate perché eviterebbero la penalizzazione dei giovani determinata dalle lungaggini concorsuali e dalle graduatorie a scorrimento (v., ad es., G. Cazzola, ne *Il Riformista* del 10 aprile 2021).

**3.1.-** Ritengo che i dubbi di costituzionalità che sono stati affacciati non sussistano in via generale. L'ammissione ai concorsi in ragione dei titoli posseduti, infatti, è ampiamente contemplata dal nostro ordinamento (dalle vigenti norme generali di cui al d.P.R. n. 487 del 1994) e non trova ostacoli costituzionali, perché è ben legittima la scelta di stabilire dei requisiti di partecipazione alle prove selettive per l'accesso a un impiego nella pubblica Amministrazione. D'altro canto, è noto che i numeri sono tali che un accesso indiscriminato non è possibile e che il sistema sin qui seguito per ovviare all'inconveniente (quello dei c.d. test di ingresso a risposta multipla) ha prodotto pessimi risultati, trasformando le prove di accesso in verificazioni della capacità mnemonica dei candidati.

Anche l'applicazione della nuova disciplina ai concorsi in essere non sembra porre eccessivi problemi di legittimità.

La giurisprudenza, invero, ha osservato che, in forza del principio *tempus regit actum*, *“le disposizioni normative sopravvenute in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure in itinere alla data della loro entrata in vigore”*. Tuttavia, *“le norme sopravvenienti per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito nella lex specialis, non modificano, di regola, i concorsi già banditi «a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse» (Sez. IV, 24 agosto 2009, n. 5032; 6 luglio 2004 n. 5018; Sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2909)”*. *“È così affermato il principio generale della inefficacia delle norme sopravvenute a modificare le procedure concorsuali in svolgimento ma è altresì prevista la possibilità che, in via speciale e particolare, tali modifiche possano prodursi ad effetto di normative*

*sopravvenute il cui oggetto specifico sia quel medesimo concorso, quando, evidentemente, il legislatore ragionevolmente ravvisi la necessità di un tale intervento”* (così Cons. Stato, Ad. Plen., 24 maggio 2011, n. 9).

Il nodo, dunque, sta nella ragionevolezza o meno dell'intervento legislativo. Nel caso di specie, essa pare sussistere appieno, considerate le note esigenze di ripresa di un rapido reclutamento nella p.A., soffocata dal mancato rinnovo delle sue risorse di personale. Esigenze che costituiscono quelle *“motivazioni di interesse pubblico”* di cui parla (sulla scia della sentenza dell'Adunanza Plenaria ora ricordata) Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2018, n. 1669.

A fronte di tali esigenze, il mutamento della disciplina è del tutto comprensibile, fermo restando il rispetto di quelle esigenze pubblicitarie che, in casi simili, sono state messe in luce dalla giurisprudenza (cfr. Cass. civ., Sez. lav., 17 maggio 2012, n. 7756).

Ancora. Mentre in giurisprudenza sono state contestate modificazioni delle regole concorsuali adottate con leggi-provvedimento e addirittura dopo la formazione delle graduatorie (cfr. ord. TAR Lazio, Sez. I-*quater*, 25 maggio 2020, n. 198), qui ci troviamo di fronte a una disciplina generale, che nel periodo transitorio non è applicabile ai concorsi per i quali *“non sia stata svolta alcuna attività”* (comma 3). A questo proposito, semmai, sarà opportuno (anzi: necessario) definire in modo più preciso cosa s'intenda con questa espressione (che potrebbe essere foriera di significativo contenzioso).

Dubbi, invece, possono prospettarsi in ordine alla concreta attuazione della condivisibile scelta di mutare regime, dubbi che - tuttavia - sarebbero agevolmente risolvibili utilizzando il potere di emendamento in questa sede di conversione. Vediamoli.

**3.2.-** La prima osservazione riguarda l'eccessivo margine di discrezionalità che l'art. 10 confida all'Amministrazione nella scelta delle modalità concorsuali da seguire. Ai sensi del comma 3, infatti, le Amministrazioni precedenti, *“[...] qualora non sia stata svolta alcuna attività, possono prevedere la fase di valutazione dei titoli di cui al comma 1, lettera c), dandone tempestiva comunicazione ai partecipanti nelle medesime forme di pubblicità adottate per il bando e riaprendo i termini di partecipazione, nonché, per le procedure relative al reclutamento di personale non dirigenziale,*

*l'espletamento di una sola prova scritta e di una eventuale prova orale*". Ai sensi del periodo successivo del medesimo comma, poi, *"Per le procedure concorsuali i cui bandi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al permanere dello stato di emergenza, le amministrazioni di cui al comma 1 possono altresì prevedere l'espletamento di una sola prova scritta e di una eventuale prova orale, in deroga a quanto previsto dal comma 1, lettera a)"*.

Ora, il principio di legalità, come da ultimo attesta la sent. Corte cost., n. 195 del 2019, deve essere inteso in senso non soltanto formale, ma anche sostanziale, nel senso che gli atti amministrativi devono trovare nella legge sia il loro fondamento formale che la definizione, almeno in via di principio, dei limiti della relativa discrezionalità. Nella specie, il decreto-legge tace. Basterebbe, invece, stabilire pochi e chiari principi cui le Amministrazioni dovrebbero ispirarsi. Ad esempio: proporzionalità della complessità del procedimento selettivo al livello delle posizioni a concorso; funzionalità delle prove all'identificazione del candidato più adatto alla copertura di quello specifico posto, in riferimento alle mansioni che vi sono connesse; rapidità della selezione congiunta alla sua serietà, etc.

Nella medesima prospettiva, infine, si deve segnalare l'ambiguità della voce verbale "possono" di cui al comma 1, lett. c) (*"I titoli e l'eventuale esperienza professionale, inclusi i titoli di servizio, possono concorrere alla formazione del punteggio finale"*): ove si trattasse dell'affermazione della valutabilità di titoli ed esperienze, la flessione facoltizzante del verbo si presterebbe all'equivoco sul contenuto prescrittivo della disposizione; ove si trattasse del conferimento di un potere discrezionale all'Amministrazione, varrebbero i rilievi critici che precedono.

**3.3.-** Una seconda osservazione riguarda la riapertura dei termini di partecipazione ai concorsi, contemplata dal comma 3. L'esigenza della riapertura si giustifica in ragione del mutamento delle regole (*"Costituisce regola generale, derivante dai principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, che, alla modifica sostanziale di una procedura concorsuale, debba far seguito la riapertura dei termini per la presentazione delle domande"*: Cons. Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 4731), ma dovrebbe essere resa armonica con quella della rapidità che è enunciata dal comma 1. Appare dunque necessario, più ancora che opportuno, che la riapertura dei termini sia

contenuta in uno *spatium temporis* limitato.

**3.4.-** Ancora, l'esigenza di prevedere un accesso per titoli potrebbe essere contemperata con quella della massima apertura degli accessi compatibile con la serietà e rapidità delle prove prevedendo un meccanismo - diciamo così - modulare. Infatti, si potrebbe stabilire che:

a) per l'accesso alla prova scritta sia necessario il superamento di un punteggio minimo in sede di accertamento dei titoli (sicché l'elenco dei titoli "spendibili" potrebbe essere anche abbastanza ampio);

b) il numero massimo dei candidati ammessi alla prova sia comunque contingentato, con la conseguenza che il superamento del punteggio minimo non darebbe comunque la garanzia dell'accesso alla prova, così evitando prevedibili problemi di sovraffollamento.

**3.5.-** Infine, la possibilità della suddivisione delle commissioni esaminatrici in sottocommissioni, prevista dal comma 6, se non pone problemi di legittimità (è già contemplata dalle vigenti norme generali), sollecita però l'opportunità della previsione esplicita di una seduta plenaria preparatoria, nella quale siano omogeneizzati criteri e procedure che poi le sottocommissioni saranno chiamate a seguire.