

La costituzionalità delle deroghe alle procedure concorsuali per l'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione e la sentenza n. 36 del 2020 della Corte costituzionale

1. Con la sentenza n. 36/2020 la Corte costituzionale ritorna sul tema del rispetto del principio del pubblico concorso nell'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione. Ribadendo una giurisprudenza ormai consolidata, la previsione dell'art. 97 Cost. trova applicazione anche nei casi di subentro nel rapporto di lavoro tra un soggetto privato e una pubblica amministrazione.

La Corte si era già espressa sul punto, proprio in relazione alla stessa fattispecie, con la sentenza n. 248/2016, nella quale aveva ritenuto “che, di per sé, il subingresso *ex lege* della regione all'Associazione di divulgazione agricola” fosse “incompatibile con la regola di rango costituzionale del pubblico concorso, posta dall'art. 97, c. 4, Cost.; regola che va rispettata anche dalle disposizioni che disciplinano il passaggio di personale da soggetti privati a enti pubblici”. Del resto, per la nostra Costituzione il pubblico concorso costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le amministrazioni pubbliche, quale strumento per assicurare efficienza, buon andamento e imparzialità. La deroga espressamente prevista dalla Costituzione, attraverso una riserva assoluta di legge, trova la sua limitazione e la sua stessa ragione d'essere anzitutto nella stessa previsione dell'art. 97:

la regola del concorso e le eccezioni alla regola sono, infatti, strumentali al buon andamento dell'amministrazione. Ma non è questo l'unico elemento di orientamento per il legislatore: la regola del concorso, non solo per la pubblica amministrazione, ma anche per la magistratura, risponde ad uno dei fondamenti della nostra forma di Stato e, in generale, delle liberal-democrazie.

Il riflesso organizzativo del tentativo di fondere il principio democratico con quello liberale trova il suo presupposto teorico nella separazione delle funzioni del disporre in generale e astratto e del provvedere in concreto e del connesso principio di legalità che lega le due funzioni. La prima funzione costituisce l'essenza della scelta politica e mira a identificare gli interessi pubblici da perseguire, attraverso decisioni tendenzialmente impersonali; la seconda consiste nella concretizzazione o esecuzione delle norme ed incide direttamente sulla sfera giuridica dei singoli.

Sul piano organizzativo, la funzione del disporre, in attuazione del principio democratico, è attribuita agli organi di estrazione politica, appartenenti al circuito rappresentativo e selezionati attraverso la tecnica delle elezioni; la funzione del provvedere dovrebbe spettare ad organi tecnici, scelti cioè non in base al proprio orientamento politico, ma in base alla capacità tecnico-professionale, attraverso procedimenti di selezione, appunto il concorso, che consentano di valutare tali capacità. La capacità loro richiesta non è, infatti, quella (politica e rappresentativa di istanze democratiche) di selezionare e perseguire gli interessi pubblici, ma di saper compiere tecnicamente il passaggio dalla prescrizione dispositiva al concreto provvedimento.

In altri termini, la nostra forma di Stato, come in genere le liberal-democrazie, tendono a realizzare l'idea di una separazione funzionale del potere pubblico, adottando meccanismi che tendono a spersonalizzare la decisione politica, da un lato, e a spolticizzare la decisione individuale, dall'altro.

Inquadrata in questo contesto si coglie non soltanto la *ratio* della previsione del c. 3 dell'art. 97, ma anche l'estensione della deroga, posta dall'ultimo inciso dello stesso comma. Le eccezioni consentite dalla Costituzione alla regola del concorso devono, infatti, essere tali per quantità e qualità non solo da non invertire il rapporto (regola-eccezione), ma da non porre in dubbio il principio organizzativo che fonda la nostra forma di Stato. Le deroghe si giustificano, infatti, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. n. 40/2018 e 110/2017) solo ad una triplice condizione: anzitutto, che si tratti di eccezioni e quindi che ricorrano situazioni peculiari e straordinarie, tali da non mettere in discussione la separazione organizzativa che deve sussistere tra personale politico e organi amministrativi; in secondo luogo, che vi sia un interesse pubblico, possibilmente di rango costituzionale, idoneo a giustificare la deroga; infine, che quell'interesse non comprometta il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, ossia i principi ai

quali deve ispirarsi, ai sensi dello stesso art. 97, l'organizzazione della pubblica amministrazione.

2. In particolare, la Corte aveva già rilevato, nella sentenza n. 248/2016, che non vale a derogare a tale regola “l'esigenza della regione di avere alle proprie dipendenze il personale necessario allo svolgimento di funzioni già attribuite a enti disciolti, né tanto meno il generico interesse alla difesa dell'occupazione dei dipendenti di questi ultimi”.

Il passaggio della richiamata sentenza è forse troppo sbrigativo: non si può negare, infatti, che l'esperienza acquisita dal personale nella disciolta associazione risponda all'esigenza di garantire un adeguato livello di competenza e di professionalità nell'esercizio di funzioni transitate in capo alla regione e, quindi, possa agevolmente inquadrarsi nel principio del buon andamento dell'amministrazione. Né può negarsi il rango di interesse pubblico, peraltro di rango costituzionale, della difesa dell'occupazione, che per pacifica giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, trova fondamento nell'art. 4 Cost. Il motivo per il quale i presupposti si rilevano, nella sentenza n. 248, insufficienti a giustificare la deroga, vanno in verità cercati altrove o, comunque, non sono esplicitati dalla Corte. Provando a completare il pensiero del giudice costituzionale si può, più specificamente, ritenere che l'inidoneità delle giustificazioni regionali è da ravvisare nella distinzione tra le modalità di accesso che sussiste tra l'impiego privato e l'impiego pubblico e che osta ad un passaggio automatico e senza una previa procedura ad evidenza pubblica tra i due ruoli. In altri termini, pressoché in ogni passaggio tra un impiego privato e un impiego pubblico in materie e funzioni analoghe possono addursi le esigenze “escluse” dalla Corte costituzionale: cioè, l'esperienza acquisita e la (non a caso definita, “generica”) difesa dell'occupazione. Il pericolo nell'ammettere la deroga per la realizzazione di quegli interessi pubblici e sui quei presupposti è la carenza del primo presupposto, ossia la carenza di quella situazione di peculiarità e straordinarietà che connota la nozione stessa di deroga.

Nella sentenza n. 36/2020 si ravvisa, sotto questo profilo, un'evidente contiguità di metodo, confermando la sua giurisprudenza che impone un approccio “rigoroso” nelle valutazioni sulla legittimità delle deroghe alla regola del concorso. Nel caso di specie, infatti, la Regione Calabria era intervenuta, a valle della prima pronuncia di incostituzionalità, per consentire al personale illegittimamente collocato nei propri ruoli, di rimanervi in via temporanea, “nelle more della definizione delle procedure di selezione pubblica per l'approvvigionamento delle suddette professionalità”. Nella giurisprudenza costituzionale erano, in verità, già state ammesse deroghe in ipotesi di assunzioni temporanee, a condizione della sussistenza di criteri oggettivi di selezione, che delimitino la discrezionalità amministrativa (v. sent. n. 997/1998). Nel caso di specie, tuttavia, la Corte non si interroga sul carattere oggettivo del criterio, ma sulla stessa esistenza della

premessa: l'inesistenza di un termine finale per l'espletamento della procedura e il fatto che “a distanza di oltre tre anni, nessuna procedura concorsuale risulta essere stata espletata o finanche promossa” consentono di qualificare l'assunzione “solo formalmente in via temporanea, ma di fatto in via tendenzialmente definitiva”. Il fatto che proprio questa considerazione di fatto è qualificata come dirimente ai fini della decisione suggerisce, tuttavia, un interrogativo: si tratta di una norma ab origine incostituzionale o l'incostituzionalità è scaturita dalla sua mancata attuazione ovvero dal fatto che l'amministrazione non abbia espletato le procedure concorsuali? È possibile che una legge costituzionalmente legittima, divenga incostituzionale per la sua mancata attuazione? E in quest'ultimo caso, da quando dovrebbe decorrere l'incostituzionalità?

Sono interrogativi non privi di rilievo: perché se è vero, come sottolinea la stessa Corte costituzionale, che esiste una “tutela residuale che comunque l'ordinamento già assicura alle prestazioni lavorative di fatto con violazione di legge”, rimane tuttavia la questione dell'eventuale danno erariale prodotto dall'amministrazione, che nel caso de quo ha sì applicato una legge dichiarata incostituzionale, ma paradossalmente, con la sua inerzia ha contribuito a renderla (*rectius*, l'ha resa) incostituzionale.

Sulla base di queste premesse, come sembra suggerire la stessa Corte costituzionale nel richiamare il precedente n. 245/2012, sembra venire in rilievo non solo l'art. 97 Cost., ma lo stesso giudicato costituzionale, pur non sollevato come parametro dal giudice remittente. Obiter che potrebbe avere una sua rilevanza non solo rispetto ai possibili danni erariali che sono scaturiti dal mancato espletamento delle procedure concorsuali da parte della pubblica amministrazione, ma anche per fornire una risposta agli interrogativi teorici sopra formulati. L'osservanza del giudicato costituzionale non può, infatti, ridursi ad un mero confronto tra norme generali e astratte, ma spesso necessità di una verifica fattuale, che consenta alla Corte di verificare se la normativa conseguente produca un assetto degli interessi e una situazione di fatto conformi alla pronuncia del giudice costituzionale.

3. Un ultimo aspetto della sentenza che merita di essere segnalato riguarda un profilo processuale e, specificamente, l'ammissibilità della questione. La Corte, infatti, evidenzia nel caso di specie le differenti conseguenze che scaturiscono, in punto di rilevanza, tra la cessazione della materia del contendere e la rinuncia all'impugnazione. Nel giudizio a quo la norma che era stata applicata in primo grado e sulla cui base era stata condannata la regione a operare il subentro, era stata prima dichiarata incostituzionale e poi sostituita da quella che prevedeva la temporanea collocazione nei ruoli regionali, nel corso del giudizio di appello. Ebbene, per il giudice costituzionale, in armonia con la giurisprudenza della Corte di cassazione (sent. 11 aprile 2018, n. 1048), la cessazione della materia del contendere, dovuta alla sopravvenienza di una

nuova norma regolatrice del rapporto (in presenza di una norma retroattiva o che interviene, come nel caso di specie, a seguito di una pronuncia di incostituzionalità), “può anche veicolare un giudizio di merito”.

In altri termini, mentre nella rinuncia, accettata dalla controparte, sono le parti a escludere il proprio interesse alla prosecuzione del giudizio, nella dichiarazione della cessazione della materia del contendere è il giudice a dover effettuare tale valutazione. E nell’effettuarla, qualora essa sia fondata su una sopravvenienza normativa, non può prescindere dall’applicazione di quella normativa.

Né può obiettarsi che, attraverso un giudizio prognostico, anche a valle della sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, l’esito del giudizio non sarebbe mutato, nel senso che il dispositivo sarebbe comunque stato quello della cessazione della materia del contendere, in quanto non più vigente, né applicabile la norma su cui si è basata la sentenza di primo grado. Anche, infatti, qualora si verificasse questo presupposto, muterebbe, a seguito della pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale, la norma che il giudice si trova a dover applicare per verificare la sopravvenienza normativa, che fonda la pronuncia di cessazione della materia del contendere. In questa prospettiva, del tutto condivisibilmente, la Corte ha ritenuto il tipo di decisione rimessa al giudice d’appello di merito e non di rito e, conseguentemente, ha considerato rilevante la questione.

FRANCESCO SAVERIO MARINI

* * *