

Una *quaestio* sulle “conseguenze dell’amore universitario” ex art. 18, comma 1, lett. b, della “legge Gelmini”

di Paolo Veronesi *
(14 gennaio 2019)

(in corso di pubblicazione sul fascicolo n. 1/2019 di *Studium Iuris*)

SOMMARIO: 1. Premessa e profilo della questione. – 2. La posizione dell’ANAC, del MIUR e della giurisprudenza *in fieri*. – 3. I seri dubbi sulle interpretazioni (ora) prevalenti. – 4. La *quaestio* di legittimità pendente davanti alla Consulta. – 5. Conclusioni.

1. Premessa e profilo della questione

È bene procedere ipotizzando una serie di vicende concrete, da decidersi in base alle disposizioni legislative che si esamineranno di seguito (e alle loro divergenti interpretazioni). Del resto – com’è stato correttamente rimarcato – gli ordinamenti contemporanei esigono risposte giuridiche sempre più calibrate sulle peculiarità delle varie vicende della vita, le quali possono essere formulate solo ponendosi nella prospettiva di chi deve concretamente decidere singoli casi¹, ovvero calandosi «nel contesto di un’attività pratica» che metta a fuoco e coordini fonti e norme di varia provenienza². Il giurista deve quindi (sempre) procedere a una corretta “precomprensione” delle fattispecie poste sul suo “tavolo da lavoro”³: solo muovendo da tali coordinate si potranno infine (ed effettivamente) stabilire «quali siano le uniche decisioni giuste per i singoli casi»⁴.

Per quanto di nostro interesse, la questione orbita attorno all’art. 18, comma 1, lett. b), della legge n. 240/2010 (c.d. “Legge Gelmini”): vi si stabilisce che ai procedimenti per la “chiamata” dei professori universitari di prima e di seconda fascia, oltre che dei ricercatori, «non possono partecipare coloro che abbiano un grado di parentela o di affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione dell’ateneo». La successiva lett. c) estende espressamente tale disciplina anche agli assegni di ricerca (normati all’art. 22 della legge), ai contratti per i ricercatori a tempo determinato (previsti all’art. 24) e ai «contratti a qualsiasi titolo erogati dall’ateneo».

¹ Scrive pertanto M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell’età repubblicana*, in www.astrid-online (gennaio 2008): «la nostra società... ha bisogno di risposte che partano dai casi concreti, che si fondino sul principio del mutuo riconoscimento tra fonti e ordinamenti diversi.... Il ruolo della giurisprudenza è dunque quello di un indispensabile strumento di concretizzazione dei principi costituzionali, ha insomma un significato essenzialmente costruttivo di ordine, nel contesto di un ordinamento di tipo policentrico», posto che la legge «non ha più il monopolio nella rappresentazione e nella costruzione dell’ordine giuridico e politico».

² M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC* n. 1/2013 (1° marzo 2013), p. 2 s., il quale precisa che la stessa «essenza dei valori» sottesi ai principi costituzionali non è mai definibile a priori o in astratto, ma solo in riferimento a casi.

³ Come precisa G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, p. 128, «il prerequisite del procedimento di soluzione dei casi giuridici è rappresentato dalla precomprensione... se pur provvisoria del problema in gioco». Da qui può quindi «progredire l’intero processo del comprendere». Anche in tale fase – e non solo nell’interpretazione delle disposizioni – assume perciò rilievo la «cultura di sfondo da cui l’interprete inevitabilmente muove e che ne condiziona la ridefinizione e ridecrizione dell’esperienza».

⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2013, p. 234.

Rimane invece controversa la tesi in base alla quale le incompatibilità/incandidabilità di cui all'art. 18 dovrebbero estendersi, pur nel silenzio del legislatore, anche alla diversa dinamica di reclutamento universitario disciplinata all'art. 24, comma 6 della stessa legge: a fronte di chi ha sostenuto la tesi negativa – sottolineando come si delinei qui «una procedura semplificata, più rapida ed anche economica (stante la minore incidenza in termini di punti organici rispetto alle altre procedure di chiamata)», nonché funzionale ad assicurare «più che la stabilizzazione del rapporto... la sua “conversione”»⁵ – si è autorevolmente ribattuto che le ipotesi di incandidabilità di cui all'art. 18, legge n. 240/2010, andrebbero senz'altro estese anche al reclutamento realizzato ex art. 24, perché se ciò vale per le procedure specificamente concorsuali – previste, appunto, all'art. 18 – a maggior ragione ciò dovrebbe applicarsi per le chiamate dirette dei docenti, le quali presentano margini ancor più evidenti di potenziale arbitrarietà⁶.

Comunque sia, la *ratio* della norma appena citata pare dunque palese, specie prendendo atto delle radicate e ben conosciute abitudini italiane⁷: troncando alla radice (per quanto possibile) il nepotismo che infesta non poche realtà universitarie (ma, a dire il vero, anche altri ambienti meriterebbero un'analoga attenzione).

Approcciando il problema con gli strumenti del giurista, occorre però evitare le facili scorciatoie e le generalizzazioni tanto di moda. Abbandonare cioè gli *slogans* a effetto e le prese di posizione *a la carte*, ragionando invece sulla specifica *ratio* di questa disposizione, sulla sua concreta efficacia, sulle basi logico-giuridiche della casistica d'incompatibilità da essa proposta, sui confini della sua possibile interpretazione estensiva o analogica, nonché – soprattutto – sulla sua compatibilità con i diritti/principi costituzionali coinvolti e con l'inesorabile esigenza che essi vengano correttamente bilanciati in concreto.

Un primo problema scaturisce pertanto dalla circostanza per la quale l'elenco di cui all'art. 18 della legge n. 240 parrebbe evidenziare alcune “clamorose” (e persino inspiegabili) assenze. La norma in discorso non menziona infatti il (o la) coniuge di chi fosse già “strutturato” presso il dipartimento interessato dalle procedure indicate o risultasse comunque “ben piazzato” ai vertici dell'ateneo di riferimento; men che meno essa inoltre si riferisce al (o alla) convivente. Sotto lo stretto profilo testuale, i coniugi e i conviventi non sembrerebbero quindi ricadere nella previsione e nei divieti *de quibus*.

Ma è proprio così? Coniugi e conviventi possono effettivamente essere “chiamati” o vedersi attribuire assegni di ricerca e contratti dai dipartimenti in cui già operino i loro compagni o le loro compagne (o dall'intero Ateneo, se i loro *partners* fossero rettori, direttori generali o componenti dei Consigli di amministrazione)? Tali soggetti non debbono forse ritenersi (implicitamente) compresi nella casistica di cui al menzionato art. 18, comma 1, lett. *b*) della legge n. 240? La disciplina delle incompatibilità si deve inoltre estendere o no alle diverse e semplificate procedure di reclutamento di cui al già menzionato art. 24, legge n. 240/2010?

⁵ Così T.A.R. Napoli, sez. II, 14 novembre 2016, n. 5234, il quale rileva come – tra l'altro – sia lo stesso art. 18, comma 1, lett. *b*), a stabilire espressamente che le incompatibilità ivi previste «si applicano ai procedimenti per la chiamata, di cui al presente articolo», mentre la disciplina di cui all'art. 24 si configurerebbe – ma è tutto da discutere – come eccezionale nei tempi (che, peraltro, sono stati prorogati), mirando espressamente (e soltanto) a facilitare la progressione di carriera di docenti già strutturati (uno scopo che però, a conti fatti, non può peraltro negarsi neppure alla procedura di cui all'art. 18).

⁶ Così il Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4704. La tesi è altresì ribadita nell'Atto d'indirizzo n. 39/2018 della Ministra Valeria Fedeli, p. 11 (che si citerà più diffusamente *infra*).

⁷ Caratterizzate spesso da quell'atteggiamento italiano che Edward G. BANFIELD, nel suo noto (e, a dire il vero, assai controverso) volume *Le basi morali di una società arretrata*, Bologna 1976, rubricò quale “familismo amorale”. Più oltre si vedrà come, nei casi in esame, sia lo stesso Consiglio di Stato a ragionare (analogamente) di «familismo universitario».

Simili quesiti intercettano, come si vedrà, non pochi profili di diritto costituzionale; la loro soluzione appare inoltre assai meno semplice di come il sentire corrente vorrebbe affrontarli, risolverli e archivarli (utilizzando – *ça va sans dire* – scorciatoie un po' troppo grossolane ma senza dubbio conformi al "clima" del momento). Da tale substrato trae quindi spunto la *quaestio* di legittimità che si analizzerà più oltre e che sarà decisa nell'udienza pubblica del prossimo 5 marzo 2019.

2. La posizione dell'ANAC, del MIUR e della giurisprudenza *in fieri*

La delibera 22 novembre 2017, n. 1208 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha risolto i problemi appena illustrati in modo alquanto spiccio, ossia ritenendo che vadano incluse tra le cause d'incompatibilità elencate nell'articolo in esame sia il coniugio, sia lo stesso rapporto di convivenza *more uxorio*.

Tale presa di posizione ribadisce quanto già precedentemente sancito dal Consiglio di Stato⁸ e da almeno cinque tribunali amministrativi regionali⁹. Il percorso logico-giuridico che consente di giungere a tale conclusione non è privo di arguzia e di buoni argomenti: nel silenzio della legge, il coniugio andrebbe comunque incluso tra le cause d'incompatibilità previste dall'art. 18, comma 1, della legge n. 240/2010, perché tale ipotesi sarebbe, in realtà, sostanzialmente compresa tra le righe di quest'ultimo: basterebbe quindi "estrarla" dal suo tessuto facendo corretto uso dei consueti (e ben noti) "arnesi" del giurista. Posto infatti che l'affine è – per definizione – un parente del coniuge (art. 78 c.c.), sarebbe del tutto irragionevole che proprio i coniugi di chi fosse già professore presso il Dipartimento, del Rettore, del Direttore generale o di un componente del Consiglio di Amministrazione, potessero essere tranquillamente chiamati o godere di contratti di ricerca ecc. nella loro stessa struttura o presso l'intero Ateneo in considerazione: il coniugio è infatti la «situazione genetica della medesima incompatibilità» tracciata dalla norma, ovvero il suo indispensabile presupposto¹⁰.

Come già sottolineato dal T.A.R. l'Aquila nel 2012 – e puntualmente avallato dalla successiva e già citata pronuncia del Consiglio di Stato¹¹ – appare insomma irragionevole non predicare «le medesime ragioni di incompatibilità evincibili per i parenti o gli affini (entro il quarto grado)» anche, e «a maggior ragione, per il coniuge». Da ciò scaturirebbe «la palese irragionevolezza della disposizione», la cui lacuna testuale «può ben essere superata in via [meramente] interpretativa proponendo l'estensione del precetto limitativo anche ai coniugi», pur se questi non sono affatto menzionati dalla legge. Una simile «interpretazione costituzionalmente orientata» – forgiata in base all'accorto utilizzo del principio di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. – consentirebbe perciò di non sollevare la relativa *quaestio* di legittimità davanti alla Corte costituzionale¹²: si tratterebbe infatti (e semplicemente) di «un caso in cui *lex minius dixit quam voluit*»¹³. La condizione non prevista dalla legge sarebbe insomma talmente simile a quelle testualmente contemplate che la sua omissione darebbe luogo a «una discriminazione

⁸ Si v. la decisione della sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1270.

⁹ T.A.R. Abruzzo - l'Aquila, sez. I, 25 ottobre 2012, n. 703; T.A.R. Campania - Napoli, 24 maggio 2013, n. 2748; T.A.R. Roma, sez. III, 29 settembre 2015, n. 11393; T.A.R. Napoli, sez. II, 14 novembre 2016, n. 5234; T.A.R. Catania, sez. I, 19 maggio 2017, n. 1100.

¹⁰ Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1270, punto 5 del *Fatto e diritto*.

¹¹ V. il punto 3 del *Fatto e diritto*.

¹² Il T.A.R. Napoli, sez. II, 24 maggio 2013, n. 2748, può così risolvere un'analogia fattispecie, addirittura limitandosi a citare testualmente i passaggi appena riportati della pronuncia del Consiglio di Stato.

¹³ T.A.R. Roma, sez. III, 24 settembre 2015, n. 11393, punto 3 in *Diritto*.

intollerabile»¹⁴. Tale approdo costituirebbe, del resto, il frutto di «una interpretazione estensiva, e non analogica, perché esiste già una disposizione che regola la materia»: posto dunque che la *ratio* della norma sia «quella di evitare l'ingresso nelle strutture universitarie o la progressione in carriera di soggetti legati da vincoli di parentela così stretti, con coloro che già vi appartengono, da far presumere che la loro chiamata possa essere influenzata in maniera determinante dalle relazioni che legano il "parente o affine" del candidato con altri componenti della struttura di appartenenza, allora è evidente che la *ratio* ricorra anche, e soprattutto, nel caso di coniugio»¹⁵.

Ragionare diversamente – sostenendo che la lacuna in oggetto celi, in realtà, la consapevole scelta del legislatore di «tutelare il matrimonio» – significherebbe invece «assumere che il biasimevole, ma non infrequente, fenomeno detto del familismo universitario vada addirittura istituzionalizzato»¹⁶. All'opposto, il valore tutelato dalla norma va correttamente individuato nel principio costituzionale «dell'imparzialità dell'azione amministrativa»: esso verrebbe infatti violato non «solo nel caso... in cui – per ipotesi – un docente "strutturato" intenda esercitare impropriamente i propri "poteri" per favorire un parente o un affine attraverso la propria partecipazione ai processi decisionali degli organi permanenti dell'Ateneo; ma anche in tutti i casi in cui la presenza comunque qualificata del primo nel medesimo Ateneo, per il solo fatto dell'esistenza del vincolo di affinità o parentela con un candidato al posto di professore, è, in assoluto, suscettibile di fare apparire (se non di fare essere) parziale l'operato dell'Amministrazione»¹⁷.

Un tale approccio (e simili conclusioni) preparano peraltro il terreno (e forniscono la stura) a ulteriori estensioni interpretative del disposto in esame: pur nel silenzio del legislatore e della giurisprudenza – non ancora chiamata a giudicare di simili eventualità – proprio dietro l'angolo si colloca infatti – specie dopo la recente approvazione della legge n. 76/2016 – anche l'unione civile conclusa tra persone dello stesso sesso¹⁸. Ma individuata in tal modo la *ratio legis* – ossia la funzione obbiettiva della norma – e indebolendosi progressivamente l'aggancio al testo della disposizione, ne scaturisce inoltre un ulteriore e pressoché automatico slittamento di senso: la medesima incandidabilità/incompatibilità dovrebbe così interessare anche il mero rapporto di convivenza.

Come già anticipato, è stata la stessa delibera ANAC, citata in apertura di paragrafo, ad aver ribadito e "sposato" simili conclusioni della giurisprudenza amministrativa, di fatto "consacrando" esse si sono quindi riversate nell'Atto d'indirizzo n. 39 – adottato dalla Ministra Valeria Fedeli proprio pochi giorni prima di lasciare l'incarico

¹⁴ Così R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, p. 53, il quale però usa questi argomenti proprio per illustrare i casi in cui occorrerebbe chiamare in causa la Corte costituzionale (come – con riguardo alla nostra vicenda – sembrerebbe opportuno): sul punto si rinvia comunque *infra*.

¹⁵ T.A.R. Catania, sez. I, 19 maggio 2017, n. 1100.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1270, punto 5 del *Fatto e diritto*. L'argomento è ripreso poi da T.A.R. Napoli, sez. II, 24 maggio 2013, n. 2748 e da T.A.R. Roma, sez. III, 24 settembre 2015, n. 11393, punto 3 in *Diritto*. V. anche Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giuridiz., 21 novembre 2016, n. 417.

¹⁷ Così T.A.R. Roma, sez. III, 24 settembre 2015, n. 11393, punto 3 in *Diritto*.

¹⁸ La cui fortissima analogia con il vincolo matrimoniale discende direttamente dal famoso comma 20 della legge n. 76/2016, sulla portata del quale v., per tutti, A. SCHILLACI, In claris non fit interpretatio: *unioni civili, pensione di reversibilità e comma 20 della legge n. 76/2016*, in www.articolo29.it (22 dicembre 2016) e M. GATTUSO, *La clausola generale di equivalenza*, in M.M. WINKLER - M. GATTUSO - G. BUFFONE, *Unione civile e convivenza*, Milano 2017, p. 219 ss., p. 232 ss. In generale, sulla sostanziale equivalenza tra unione civile e matrimonio dopo la legge n. 76/2016, v. M.M. WINKLER, *Il nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*, ivi, p. 62 ss.

¹⁹ Si v. il § 5.2.3.

al MIUR²⁰ – “avente ad oggetto l’aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione – Sezione Università”, approvato proprio con la citata delibera dell’Autorità Nazionale Anticorruzione.

Non solo: slittamento dopo slittamento, l’atto ministeriale appena menzionato «ritiene di poter estendere la norma in argomento anche alle [già menzionate] procedure di reclutamento di cui all’art. 24, comma 5 della legge n. 240/2010», «nonché alle convenzioni di cui all’articolo 6, comma 11 e agli scambi di docenti ai sensi dell’articolo 7, comma 3, della medesima legge»²¹.

La portata espasiva dell’art. 18, comma 1, lett. b) della legge n. 240/2010 parrebbe dunque pressoché “inesauribile”, rappresentando una sorta di “universo” ancora in piena dilatazione: passo dopo passo, tale disposto è venuto così ad assorbire fattispecie ed evenienze per nulla esplicitate dal suo testo, del tutto a prescindere anche dal suo letterale e apparentemente specifico riferirsi «ai procedimenti per la chiamata, di cui al presente articolo».

È dunque possibile una simile espansione della norma sotto la lente? È consentito che il potere interpretativo raggiunga simili risultati? Essi sono costituzionalmente compatibili?

3. I seri dubbi sulle interpretazioni (ora) prevalenti

Sul piano strettamente giuridico, tutte le conclusioni (come detto, “espansive”) sin qui riportate non paiono davvero inossidabili; quanto meno, esse sembrano sottoponibili a critica utilizzando argomenti non meno (e forse più) “sostanziosi” di quelli che ne appoggiano gli esiti.

Innanzitutto, la mancata menzione del coniuge – in una norma che evidentemente non si riferisce alle commissioni di concorso che dovranno giudicare i diretti interessati – potrebbe non essere affatto casuale. Tanto più che il legislatore, allorché ha inteso comprendere i coniugi negli elenchi in cui compaiono i richiami ai parenti e agli affini, non ha mai evitato di esplicitarlo²².

Insomma, ben può ritenersi che il Parlamento abbia in tal modo voluto salvaguardare, considerandola prevalente rispetto alle generiche esigenze di “non condizionamento” delle procedure di chiamata ecc. – peraltro perseguibili, come meglio si dirà, utilizzando altri accorgimenti “meno costosi” – la libertà e la spontaneità del vincolo matrimoniale, della scelta del *partner* e della vita familiare (artt. 2 e 29 Cost.). In altri termini, è possibile insomma che il legislatore abbia oggettivamente condiviso l’assunto per cui l’esercizio di queste libertà – fortemente ancorate sul perno costituzionale del principio personalista²³ – non debba subire intromissioni o pressioni di sorta neppure nel caso in cui i coniugi si trovassero a lavorare alle dipendenze del medesimo ente o della

²⁰ Esso reca la data del 14 maggio 2018.

²¹ Cfr. la p. 11 del citato Atto d’indirizzo n. 39/2018.

²² Valga «la consapevolezza della nota differenza, nel Codice civile, tra coniugio e parentela e tra coniugio e affinità», come opportunamente segnala la Corte di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana nell’ordinanza di remissione che si analizzerà più oltre (punto 10).

²³ Finalizzato a tutelare il «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, Cost.), anche «nelle formazioni sociali [tutte] in cui si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.): per l’illustrazione dell’origine di tale principio costituzionale – centrale nell’architettura della Carta (v., ad esempio, le sentt. n. 219/2008 e n. 167/1999) – si rinvia al notissimo studio di N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano 1988, p. 34 ss. e p. 55 ss. Si v. altresì A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino 2011, p. 274 ss., nonché il mio *La dimensione costituzionale della persona*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli 2013, p. 525 ss.

medesima struttura universitaria: un evento peraltro non raro e spesso del tutto giustificabile in base alle fin troppo ovvie coincidenze del “mestiere di vivere”²⁴.

La stessa Corte costituzionale ha del resto sostenuto in più occasioni che il diritto al matrimonio, alla scelta del coniuge e quello «a non essere sottoposti a interferenze arbitrarie nella vita privata (proclamato all’art. 12 della Dichiarazione universale e nell’articolo 8 della Convenzione europea; e vedi oggi anche l’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE) », sono da ritenersi “fondamentali”²⁵. Essi vanno dunque maneggiati con estrema circospezione, specie al cospetto degli interessi collettivi che si vorrebbero far prevalere nel caso. Questo «poiché l’assenza del vincolo coniugale non può configurarsi come requisito attitudinale per l’accesso agli impieghi», mentre il divieto «incide altresì indebitamente, in via indiretta ma non meno effettiva», sul diritto di contrarre matrimonio nonché sugli altri diritti a esso correlati²⁶. Di contro – e se fossero corrette le interpretazioni estensive sopra rammentate – nel bilanciamento tra i rilevanti interessi in gioco, il legislatore del 2010 avrebbe ritenuto che il diritto costituzionale a sposarsi (e non solo) debba soccombere rispetto agli altri interessi coinvolti nella fattispecie (ossia, in primo luogo, al principio dell’imparzialità, anche solo teorica, dell’azione amministrativa).

Va peraltro sottolineato che i divieti in tal modo applicati (*rectius*: estesi) ai coniugi e ai conviventi non solo istigano i loro destinatari ad adottare comportamenti elusivi e difensivi (evitare di sposarsi e di convivere pur essendo legati da vincoli affettivi; agevolare la studiata migrazione di personale tra i Dipartimenti del medesimo Ateneo o di diverse Università ecc.)²⁷, ma intrappola, tra le sue maglie, ipotesi del tutto innocue: si pensi al caso di chi, già lanciato nella carriera universitaria, conosca casualmente sul luogo di studio e di lavoro, com’è persino banale, la sua “anima gemella”.

Mettere in dubbio l’incandidabilità dei coniugi (e degli stessi conviventi) nei concorsi e nelle chiamate di cui sopra non renderebbe di per sé illogica la previsione che testualmente riferisce il divieto ai soli “affini” e ai parenti. Questi ultimi potrebbero dare astrattamente luogo – anche “sfruttando” il coniugio – a forme di condizionamento “sotterraneo” e non palese, ovvero godere di un trattamento di favore per motivi del tutto spuri. Trattandosi, poi, solo di parenti del coniuge, la loro menzione nei divieti di cui all’art. 18, legge n. 240/2010 non sembrerebbe scontrarsi (e non entrerebbe dunque in “bilanciamento”) con la doverosa garanzia di quel diritto peculiare e “personalissimo” ad accedere all’istituto matrimoniale e a formare una famiglia. Il legislatore avrebbe dunque optato per conferire priorità (e fornire doverosa tutela) a questi fondamentali diritti, ritenendo altresì che tale tutela non debba automaticamente estendersi anche ai parenti e agli affini. La disposizione del citato art. 18 intenderebbe dunque prevenire fenomeni di conflitto d’interesse di varia natura, ma senza tuttavia mai mettere in discussione il diritto

²⁴ Mutuo l’utilizzo giuridico di questa espressione paveseiana da B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritti?*, in AA.VV., *La “società naturale” e i suoi nemici. Sula paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino 2010, p. 1.

²⁵ Cfr. la sent. n. 445/2002, punto 3 del *Considerato in diritto* e la sent. n. 245/2011, punto 3.1 del *Considerato in diritto*. Nella sent. n. 445 la Corte stessa evoca inoltre la sua precedente sent. n. 332/2000 – in cui vennero dichiarate illegittime le norme che richiedevano, come requisito per l’accesso ai corpi militari, l’essere senza prole – affermando che, in quest’ultima pronuncia, essa «non estese la dichiarazione di illegittimità al requisito dell’essere celibe o nubile o vedovo sol perché il giudice allora remittente non aveva prospettato dubbi in merito».

²⁶ Sent. n. 445/2000, punto 3 del *Considerato in diritto*.

²⁷ Si v. la decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giuridiz., 21 novembre 2016, n. 417, nella quale si stabilisce l’illegittimità del concorso universitario per la nomina di un ricercatore posto che il trasferimento del padre professore universitario da un Dipartimento all’altro del medesimo Ateneo è avvenuto con il chiaro scopo di aggirare le incompatibilità previste dall’art. 18 della legge n. 240 del 2010.

di sposarsi e di autodeterminarsi nella scelta del *partner*: diritti evidentemente privilegiati nella visione del legislatore (e peraltro ancorati, come si suggeriva, a specifiche norme e pronunce costituzionali).

Sostenere che, valorizzando questi argomenti – soprattutto con riguardo ai coniugi e ai conviventi – si “istituzionalizzi il familismo universitario”, svaluta invece la specifica *ratio* della disposizione. Tale atteggiamento persegue evidentemente lo scopo di rafforzare e ampliare la portata dissuasiva e deterrente dell’art. 18 della legge n. 240/2010 – aggiungendovi ipotesi qui testualmente non previste – ma sorge in tal modo il sospetto che ciò dia luogo a un’indebita invasione delle competenze del legislatore. È chiaro infatti che se la *ratio* della previsione fosse davvero quella illustrata poco sopra, non avrebbe letteralmente senso penalizzare il rapporto di coniugio, nonché, ancor di più, “avventarsi” sulle ipotesi di convivenza di fatto.

Questa parrebbe insomma la palese (e testuale) volontà del legislatore. Ma neppure tali assunti – certamente più miti rispetto all’opposta volontà di estendere i divieti anche ai coniugi e ai conviventi – paiono, in realtà, del tutto esenti da critiche. Queste si enucleano adottando e adattando al caso le stesse parole vergate dalla Corte nella sua citata sent. n. 445/2000: siamo insomma certi che la radicale incandidabilità dei soggetti già menzionati (parenti e affini degli strutturati) alle chiamate di un dipartimento quando non di un intero Ateneo (ma spesso si tratta, di fatto, della medesima eventualità) non violi «il diritto di accedere in condizioni di uguaglianza agli uffici pubblici» ex art. 51, comma 3, Cost.? Il divieto destinato a tali soggetti non incide forse anch’esso – magari indirettamente – sul fondamentale diritto di contrarre matrimonio di coloro i quali, così facendo, tarperebbero inequivocabilmente le possibilità di carriera dei congiunti? È certo sicuro che tali studiosi, respinti da un dipartimento o da un intero Ateneo, potrebbero tentar la sorte altrove, ma questa pur sempre evidente limitazione dei loro diritti è comunque giustificabile e proporzionata? Tra l’altro, non è affatto detto che l’essere “chiamati” da un Dipartimento in cui operi il proprio coniuge, un parente o un affine, ovvero sottoporre al relativo Consiglio l’opportunità di attivare una procedura di reclutamento ex art. 24, legge n. 240, costituisca necessariamente un *favor*: potrebbe anzi essere esattamente il contrario. In talune circostanze il congiunto potrebbe infatti contare su un ambiente maggiormente “amico” e scevro da ostilità proprio accedendo alle selezioni avviate presso altri Atenei. E se ciò che si vuol impedire è una sorta di “mercificazione” delle chiamate, frutto di accordi incrociati tra i vari docenti del medesimo dipartimento, va detto che ciò è reso sempre più impervio dal sempre più significativo ridursi delle risorse disponibili e – a essere sinceri – simili comportamenti non vengono necessariamente meno anche nei rapporti tra diversi Atenei.

Sono quesiti dotati di un certo spessore, tanto più se a essere coinvolte fossero anche le procedure di reclutamento tracciate all’art. 24 della legge n. 240, naturalmente orientate a studiosi ben noti e apprezzati in loco²⁸.

Ben diverso sarebbe ovviamente il ragionamento appena proposto ove si trattasse di definire i requisiti essenziali per far parte delle Commissioni di concorso. In tal caso non vi è infatti dubbio che il coniugio o la semplice convivenza costituiscano cause di incompatibilità ex artt. 5, comma 2, d. legisl. 7 maggio 1948, n. 1172 e 51 c.p.c.: principi che la giurisprudenza consolidata ritiene «estensibili a tutti i campi dell’azione amministrativa quale applicazione dell’obbligo costituzionale d’imparzialità e quindi anche

²⁸ Si tratta certo di condizioni “di fatto” che, altrove, la Corte ha sensibilmente valorizzato (suscitando anche critiche): si pensi a quanto sancito nella sent. n. 162/2014, punto 13 del *Considerato in diritto*, in cui la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa tenendo ben conto delle discriminazioni indirette causate dalla diversa condizione economica degli interessati. Si pensi – nel nostro caso – all’evidente rarità dei concorsi (specie in taluni settori).

alla materia concorsuale»²⁹. Com'è tuttavia evidente, l'art. 18 della legge n. 240/2010 non è però una norma sulle commissioni di concorso: non si può quindi escludere che, per le ipotesi qui espressamente previste, la legge abbia effettuato altre valutazioni e operato un ben diverso bilanciamento, appoggiandosi, cioè, sulle ragioni già sottolineate *supra*.

Vi è poi una seconda e forse ancor più pregnante ragione di dubbio rispetto a quanto affermato dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 1270/2013 (e sostenuto anche dall'Anac e dai T.A.R. già menzionati).

Per principio generale, le norme sulle incompatibilità limitano il diritto di esercitare pubbliche funzioni, l'accesso ai concorsi e il fondamentale diritto al lavoro: esse devono perciò considerarsi tassative e di stretta (se non strettissima) interpretazione³⁰. Aggiungere invece, in via squisitamente interpretativa, il coniugio (e la convivenza) alle altre cause di incompatibilità specificamente previste dall'art. 18 – quand'anche si ritenesse doverosa e ragionevole questa soluzione – presenta dunque il forte rischio di debordare verso letture fortemente estensive quando non addirittura analogiche della disposizione: procedere con una tale "andatura", su questi terreni, è perciò assai pericoloso, incidendosi su opzioni eventualmente rimesse alle scelte del solo legislatore, non certo alla creatività dei giudici o della Pubblica Amministrazione.

4. La *quaestio* di legittimità pendente davanti alla Consulta

Proprio muovendo da simili rilievi – ma adducendo anche altre considerazioni – il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha di recente rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 18, legge n. 240/2010, nella parte in cui esso non include (appunto) anche il coniugio tra le ipotesi di incompatibilità³¹.

La questione – come già si è anticipato – verrà discussa e decisa il prossimo 5 marzo.

Il rilievo dal quale il CGA Sicilia prende le mosse si concentra proprio sulla giurisprudenza amministrativa sopra citata: richiamando esplicitamente l'indirizzo giurisprudenziale ancora *in fieri* (e di cui s'è detto), la Corte afferma infatti che esso «non può [comunque] definirsi consolidato e... non assurge a diritto vivente». Interessante appare altresì che il CGA Sicilia – almeno in alcuni passaggi (ma non in altri) – mostri comunque di ritenere davvero irragionevole e incoerente che il legislatore non abbia previsto anche il coniugio nell'elenco di cui all'art. 18, legge n. 240/2010; esso peraltro reputa che a tale omissione non si possa ovviare per via interpretativa, posto che la disposizione di legge, «ponendo un limite alla libertà di accesso ai concorsi pubblici (incidendo, in definitiva, anche sulla libertà di ricerca di un lavoro) ha portata tassativa e non può essere applicata fuori dai casi espressamente previsti». Per estendere l'elenco di cui all'art. 18, il giudice investe dunque la Corte costituzionale della legittimità della lacuna in discorso, invitando quest'ultima ad adottare una sentenza additiva che ponga rimedio all'omissione del legislatore; tale "vuoto" non sarebbe infatti sanabile utilizzando i semplici "ferri" delle strategie interpretative³².

²⁹ Così, testualmente, il Cons. St., sez. V, 24 luglio 2014, n. 3956, punto 12.1 in *Fatto e in diritto*, il quale precisa altresì che tali cause di «incompatibilità rivestono un carattere tassativo e sfuggono all'applicazione analogica (cfr. Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1011; id., 26 gennaio 2009, n. 354; id., 19 marzo 2013, n. 1606)».

³⁰ Sull'interpretazione naturalmente restrittiva dei limiti che gravano sui diritti v., per tutti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2002, p. 324 ss.

³¹ Si tratta dell'ord. 8 febbraio 2018, n. 76, pubblicata nella *G.U.* n. 17 del 26 aprile 2018.

³² Anche in altri casi i giudici hanno dato l'impressione di usare l'interpretazione adeguatrice procedendo ben oltre i margini testuali delle disposizioni utilizzate nei casi: si pensi, per esempio, al dibattito sollecitato dall'ordinanza del Tribunale di Salerno 9 gennaio 2010, la quale estese il ricorso alle tecniche di p.m.a. e la

Come viene dunque chiosato nell'ordinanza di rimessione, «l'evidente omogeneità della situazione del coniuge rispetto a quella dei parenti e degli affini postula un uguale trattamento, in assenza di qualsiasi valida ragione che giustifichi una diversità di disciplina». E – seppur non esplicitamente richiesto, perché non rilevante nel caso – il rimettente sembrerebbe altresì puntare a una contestuale pronuncia d'illegittimità costituzionale conseguenziale che, ex art. 27 della legge n. 87/1953, estenda il divieto in discorso anche alle unioni civili e alle convivenze³³.

È la strada che – sia detto per inciso – parrebbe davvero più consona anche al fine di ottenere le altre (da taluni auspiccate) espansioni di significato dell'art. 18, legge n. 240: *in primis* – alla luce di quanto già suggerito *supra* – allo scopo di estendere quanto qui stabilito anche alle procedure tendenzialmente ancor più “sospette” dell'art. 24.

Si tratta di un approccio che conosce un significativo precedente, con troppa fretta archiviato dalle già citate pronunce del T.A.R. l'Aquila n. 703/2012 e del Consiglio di Stato n. 1270/2013³⁴. Nel 1993, con la sent. n. 473, la Corte costituzionale dichiarò infatti l'illegittimità costituzionale dell'art. 62 c.p.p. (1930) nella parte in cui esso non prevedeva che, nello stesso procedimento, non potessero esercitare funzioni, anche separate e diverse, giudici che sono tra loro coniugi (mentre la disposizione si applicava ai rapporti di parentela e affinità fino al secondo grado). In pratica, la Corte esclude che, nella circostanza, fosse praticabile una qualsiasi interpretazione adeguatrice (nel qual caso avrebbe certamente adottato una pronuncia d'inammissibilità o di rigetto) e non esitò pertanto a esprimersi sul merito della *quaestio*.

Pare troppo semplice bypassare il rilievo implicito che questa pronuncia assume anche nella vicenda *de quo* invocando il fatto che, trattandosi ora di una funzione amministrativa e non giudiziaria, essa non potrebbe assumere alcun rilievo dialettico in tale contesto³⁵. D'altro lato, il rimettente sottolinea altresì che le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure concorsuali, «fondate su presumibili conflitti di interesse, devono costituire l'*extrema ratio* cui ricorrere solo quando non siano possibili altri strumenti per evitare il conflitto di interessi». È una tesi senz'altro “forte”, dalla quale si trae che il bilanciamento tra i diritti, i principi e gli interessi coinvolti nel caso (e già individuati *supra*) parrebbe decisamente abnorme anche se impostato secondo i canoni testualmente prescelti dallo stesso legislatore; sarebbe insomma possibile e preferibile adottare un'altra prospettiva, mediante la quale impostare un loro più “giusto” e misurato equilibrio.

Sono questi i passaggi nei quali affiora come, in realtà, il rimettente sembra nutrire forse più d'un dubbio sulla stessa scelta complessiva adottata dal legislatore, piuttosto che auspicare il suo “allargamento” anche a ipotesi inizialmente dimenticate (come parrebbe evocare in altri frangenti). Insomma, il “costo” imputato al diritto soccombente parrebbe (anche al giudice *a quo*) decisamente troppo elevato rispetto alla “bisogna”³⁶; non mancherebbero invece ulteriori (e più chirurgiche) soluzioni legittimamente adottabili nella circostanza, ossia scelte decisamente meno invasive ma senz'altro funzionali allo scopo. Ad esempio, potrebbe stabilirsi l'obbligo di astensione del coniuge, del parente o dell'affine

pratica della diagnosi preimpianto anche a coppie fertili ma portatrici di malattia genetica (*contra* il dato testuale della legge che riservava il ricorso alla fecondazione assistita alle sole coppie infertili o sterili). Sull'interpretazione adeguatrice (e la sua molteplice fisionomia) v. comunque, per tutti, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006.

³³ Auspicando, infatti, una decisione costituzionale «che in ragione dell'eguaglianza e dell'imparzialità, ricomprenda nel disposto dell'art. 18, comma 1, lett. b) citato, anche il rapporto di coniugio (e le unioni civili nonché le convivenze)».

³⁴ Si v. il punto 5 in *Fatto e diritto*.

³⁵ Così nelle già menzionate pronunce del T.A.R. l'Aquila e del Consiglio di Stato.

³⁶ Cfr., ad esempio, R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., p. 54 s.

già strutturato presso il Dipartimento (o incardinato negli organi apicali) allorché si tratti di deliberare relativamente alla procedura di reclutamento *de qua*³⁷: previsioni peraltro già presenti negli statuti e nei regolamenti delle singole università, ma che potrebbero essere di sicuro essere rese più visibili, rafforzate, e precisamente sanzionate mediante una più calibrata previsione legislativa.

Lo scarto tra la prima argomentazione (in cui il giudice sollecita una decisione della Consulta che determini l'estensione dei divieti stabiliti dalla legge anche ai coniugi e ai conviventi) e la seconda (in cui il rimettente sembra invece criticare proprio questa stessa possibilità, assieme a quella già certamente ospitata nella legge) non è priva di spessore e potrebbe anzi costare molto caro al remittente. Essa evidenzia infatti la natura sostanzialmente contraddittoria, alternativa e, forse, addirittura perplessa della *quaestio*: ciò costituirebbe insomma un possibile apripista per una sin troppo comoda decisione processuale d'inammissibilità.

Di sicuro, però, i rilievi di merito sopra riportati valgono, *a fortiori*, per la semplice "convivenza", la quale non dà ovviamente origine a rapporti di parentela o di affinità, e sulla quale – a differenza del "coniugio" – non esiste alcun nitido precedente giurisprudenziale. Già si è detto come la già citata delibera ANAC n. 1208/2017, nonché il successivo Atto di indirizzo n. 39 del MIUR, invitino certo le università – senza troppe spiegazioni – ad includere anche la "convivenza" (oltre al coniugio) tra le cause di incompatibilità previste dall'art. 18, legge n. 240/2010 (rinviando peraltro, e non senza incoerenza, a «eventuali ulteriori indicazioni», da formularsi in un momento successivo all'attesa pronuncia della Corte costituzionale)³⁸, ma questi sono tuttavia atti privi di forza cogente e, soprattutto, senza valore di legge. Nello stesso Atto d'indirizzo del MIUR si precisa pertanto che va comunque fatta salva «l'autonomia costituzionalmente riconosciuta delle università», e che «le misure proposte dal presente documento costituiscono [solo n.d.r.] raccomandazioni»³⁹. Il che non esclude dunque la possibile impugnazione delle delibere di Dipartimento e di Ateneo che si uniformassero alle sollecitazioni dell'ANAC e del MIUR: la successiva giurisprudenza potrebbe infatti adottare una ben diversa idea o di nuovo promuovere questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18, legge n. 240/2010 nella parte in cui essa non prevede la convivenza (e il coniugio) tra le cause di incandidabilità. È tuttavia altresì possibile non seguire affatto questa interpretazione, ma anche tale strada – pur conforme al dato testuale della legge – espone – esattamente come la prima – alla possibilità che siano poi sollevati ricorsi contro le scelte dell'Ateneo (ribadendosi gli assunti delle citate decisioni del Consiglio di Stato e dei T.A.R.). Un vero e proprio *cul de sac* – uno dei tanti foraggiati dal nostro legislatore – al quale solo l'attesa pronuncia costituzionale potrà forse, almeno in parte, rimediare.

5. Conclusioni

Se l'intento perseguito dal legislatore – nelle sue linee generali – pare dunque evidente, le norme a tale scopo partorite dal Parlamento lasciano sostanzialmente l'amaro in bocca. È insomma intensa l'impressione che le discipline così elaborate non possiedano la necessaria "precisione" e la dovuta ragionevolezza, procedendo con troppa disinvoltura su un terreno che meriterebbe maggior discernimento. I vuoti della legge non sembrano

³⁷ Sul punto si v. però la citata decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giuridiz, 21 novembre 2016, n. 417, per la quale «il mero dovere del "parente" di "astenersi" dalla decisione in questione» – un adempimento ritenuto un tempo sufficiente ma ora rinnegato dal legislatore per reazione al ripetersi di fenomeni di cd. "familismo universitario" – è stato dal legislatore stesso ritenuto «insufficiente a prevenire il rischio di non imparzialità della decisione».

³⁸ Atto d'indirizzo, cit., p. 11.

³⁹ Atto d'indirizzo, cit., p. 2.

dunque affrontabili mediante l'utilizzo dell'interpretazione conforme: pare invece indispensabile l'intervento del legislatore o un'azione di riequilibratura operata dalla Consulta. Occorre insomma "correggere" quanto il legislatore ha lasciato inevaso, espandendo le ipotesi d'incandidabilità già previste, ovvero – al contrario – stabilire che a essere illegittima è proprio la scelta di fondo incarnata dalla legge (procedendo, quindi, a "smontarla"). In entrambe le eventualità, non pare comunque che vi siano vie di scampo: o soccorre un intervento correttivo del legislatore, oppure dovrà agire la Corte costituzionale (in quale senso si vedrà).

Comunque vada, pare chiaro che il legislatore (ma anche gli altri enti e le istituzioni sopra evocati) abbiano agito con troppa furia e con una malcelata intenzione di punire a man bassa e alla cieca, magari sulla scia di alcuni certo aberranti fatti di cronaca: non preoccupandosi, cioè, di adottare le scelte meno invasive per i diritti coinvolti (oltre che meglio ponderate e bilanciate). Il rischio, allorché prevalgono simili atteggiamenti "massimalisti" tanto in voga, è sempre quello di "gettare il bambino con l'acqua sporca". Del resto – come si sa – non è certo questa l'epoca della razionalità, della misura e della continenza.

Parallelamente, la vicenda di cui sopra evidenzia, ancora una volta, il protagonismo interpretativo dei giudici (e non solo), i quali sono sempre più spesso portati a varcare l'argine del dato testuale, intervenendo pesantemente a "chiosare" e ad ampliare le ipotesi disciplinate dal legislatore senza chiamare in causa la Corte costituzionale (neppure quando sembrerebbe doveroso). È certo vero che la Consulta li sollecita da tempo ad adottare interpretazioni costituzionalmente conformi prima di sollevare inutili *quaestiones* di legittimità, ma l'invito sembra essere stato accolto ben oltre quanto parrebbe opportuno.

Emerge tuttavia dalla questione analizzata che, prima o poi, compare sempre un qualche giudice intenzionato a "rimettere il veicolo in carreggiata": così va interpretato il promovimento della questione di legittimità costituzionale da parte del CGA siciliano, il quale – sia pur con le evidenziate incertezze – colloca il problema nella sua più corretta prospettiva. Tra le ambiguità e nel silenzio del legislatore, egli invoca quindi l'intervento dell'organo costituzionale competente in queste circostanze: quella Corte costituzionale sulle cui spalle graverà (anche) questa risposta. Perché è davvero prerogativa della sola Corte «poter fare quello che a nessun altro giudice è consentito, cioè "disporre" sullo stesso piano del legislatore, emanare "atti di potere" che incidono, trasformandoli, sugli stessi atti di potere che vincolano i giudici»⁴⁰.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara

⁴⁰ R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per una costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, p. 10.