

ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

Ricorso

nell'interesse dei Dott.ri

NOME	COGNOME	CODICE FISCALE
CAPASSO	ROBERTO	CPSRRT90T25F839S
D'ASCOLI	ELISA	DSCLSE93M42H501Y
DI BENEDETTO	CHIARA	DBNCHR87E49C351I
FINAMORE	NIKOLAOS	FNMNLS93R19Z115Q
GONFIA	LUCIA	GNFLCU86L49D786
MARTINO	FRANCESCO	MRTFNC93B17C632N
MANCUSO	ALESSIO	MNCLSS93H04F158A
ORAZIETTI	ENRICA	RZTNRC88H46F335F
PALOPOLI	CARMEN ANGELA MARIA	PLPCMN92A58A662U
PANARELLO	MANLIO	PNRMNL91L27F158L
PANETTA	GIANMARCO	PNTSMR92B11L182P
PATAFI	SILVIA	PTFSLV95L46F112I
PECCARISI	MICHELE GIANMARCO	PCCMHL91D29E506E
PELLICANO	PATRIZIA	PLLPRZ94S47H224R
TRAVAGLINI	CHIARA STELLA	TRVCRS87L71H501W

rappresentati, difesi e meglio generalizzati giusta procura speciale in calce al ricorso, al cui contenuto sui dati anagrafici si rimanda anche in sostituzione delle sopra indicate generalità in caso di refusi, errori o omissioni, dagli Avv.ti Santi Delia (C.F. DLESNT79H09F158V) Michele Bonetti (C.F. BNTMHL76T24H501F) che dichiarano di ricevere le comunicazioni di segreteria ai numeri di fax 06/97999266 - 090/8960421 – 06/64564197 o agli indirizzi di posta elettronica - santi.delia@avvocatosantidelia.it – info@avvocatomichelebonetti.it o pec - avvsantidelia@cnfpec.it - michelebonetti@ordineavvocatiroma.org presso gli stessi elettivamente domiciliato in Roma Via S. Tommaso d'Aquino n. 47

CONTRO

il **MINISTERO DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA**, in persona del Ministro *pro tempore*,

PER L'ANNULLAMENTO, IN PARTE QUA, PREVIA MISURA CAUTELARE, ANCHE A

MEZZO DI DECRETO MONOCRATICO

a) del bando DDG n. 1177 del 24 luglio 2020, art. 7, nella parte in cui dispone che *“In applicazione dell’art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, i punteggi di cui al presente comma 2 non possono essere attribuiti ai candidati che alla data di presentazione della domanda si trovino in una delle seguenti condizioni:*

- *già in possesso di un diploma di scuola di specializzazione universitaria di area sanitaria;*
- *già in possesso di diploma di formazione specifica per medico di medicina generale;*
- *già titolari di un contratto di formazione medica;*
- *dipendente medico chirurgo di strutture del Servizio sanitario nazionale o di strutture private con esso accreditate”.*

PER L’ACCERTAMENTO

del diritto di parte ricorrente ad ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti e *subendi* a causa dell’illegittimità del concorso.

PER LA CONDANNA IN FORMA SPECIFICA **EX ART. 30, COMMA 2, C.P.A.**

delle Amministrazioni intimare all’adozione del relativo provvedimento di ammissione al concorso su indicato per cui è causa nonché, ove occorra e, comunque, in via subordinata, al pagamento delle relative somme, con interessi e rivalutazione, come per legge.

Premesse in fatto

1. Parte ricorrente, come da tabella che segue, si trova in una delle condizioni di cui all’art. 7, comma 2, ultimo capoverso del bando.

RICorrente	CONDIZIONE DI CUI ALL’ART. 7
CAPASSO ROBERTO	già titolari di un contratto di formazione medica
D’ASCOLI ELISA	già titolari di un contratto di formazione medica
DI BENEDETTO CHIARA	già titolari di un contratto di formazione medica
FINAMORE NIKOLAOS	già titolari di un contratto di formazione

	medica
GONFIA LUCIA	già in possesso di diploma di formazione specifica per medico di medicina generale
MARTINO FRANCESCO	già titolari di un contratto di formazione medica
MANCUSO ALESSIO	dipendente medico chirurgo di strutture del Servizio sanitario nazionale o di strutture private con esso accreditate
ORAZIETTI ENRICA	già titolari di un contratto di formazione medica
PALOPOLI CARMEN ANGELA MARIA	già titolari di un contratto di formazione medica
PANARELLO MANLIO	già titolari di un contratto di formazione medica
PANETTA GIANMARCO	già titolari di un contratto di formazione medica
PATAFI SILVIA	dipendente medico chirurgo di strutture del Servizio sanitario nazionale o di strutture private con esso accreditate
PECCARISI MICHELE GIANMARCO	già titolari di un contratto di formazione medica
PELLICANO PATRIZIA	dipendente medico chirurgo di strutture del Servizio sanitario nazionale o di strutture private con esso accreditate
TRAVAGLINI CHIARA STELLA	già titolari di un contratto di formazione medica

In ragione della loro condizione, ai sensi del Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*”, secondo cui “*Ai fini del concorso di cui all’articolo 2 del decreto del Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca 10 agosto 2017, n. 130, i titoli di cui al comma 1 dell’articolo 5 del citato decreto non sono riconoscibili e computabili ai concorrenti già in possesso di diploma di specializzazione, né ai concorrenti già titolari di contratto di specializzazione e ai candidati dipendenti medici delle strutture del Servizio sanitario nazionale o delle strutture private con esso accreditate ovvero in possesso del diploma di*

formazione specifica per medico di medicina generale di cui all'articolo 21 del decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 368" (articolo 19, comma 5), gli viene negata l'attribuzione dei punteggi per i titoli di cui è in possesso.

Qualche giorno prima della promulgazione di tale norma, per quanto qui direttamente interessa, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il nuovo Regolamento per l'accesso alle scuole di specializzazione in ottemperanza al quale è stato, appunto, pubblicato il successivo bando.

Si tratta, come è noto, usando le parole della Sezione consultiva del Consiglio di Stato *"del quarto intervento regolamentare nella materia nel corso di pochi anni, a conferma della complessità delle questioni poste in questo ambito e della difficoltà di individuare le più corrette e opportune misure di intervento"*.

Al riguardo, continua il parere, *"la Sezione esprime **positivo apprezzamento circa la finalità** del decreto di superare le criticità emerse in sede di applicazione dei precedenti regolamenti e evidenziate anche dal relativo contenzioso (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, n. 3650/2020; id., n. 3649/2020; id., n. 3407/2020; id., n. 2067/2020), in particolare relativamente all'importante problema del gran numero di contratti che restano non assegnati"*. I provvedimenti citati, tutti resi su giudizi patrocinati da questa difesa, si sono concentrati, appunto, sulla nota questione dell'illegittima scelta ministeriale di lasciare variamente vacanti (per rinuncia o mancata attribuzione a seconda del testo regolamentare in vigore nell'ultimo quinquennio) centinaia di posti ritualmente banditi con le correlative risorse stanziare. Il nuovo Regolamento, dunque, al dichiarato fine di perseguire tale *"finalità"*, ha tra l'altro introdotto la disposizione impugnata che, invece di incidere sul *"gran numero di contratti che restano non assegnati"*, impedisce a chi come parte ricorrente possiede ulteriori titoli, di potervi fruire.

Così facendo, forse con la consapevolezza di non voler - come si dovrebbe fare tanto al fine di evitare l'imbuto formativo quanto di rafforzare, in prospettiva, un sistema nazionale sanitario palesemente carente di forza lavoro specialistica - investire più risorse per l'aumento dei contratti di

formazione specialistica, mira a ridurre le possibilità di vittoria dei soggetti già in possesso di altri titoli così da far risultare meno evidente il problema della mancata formazione di parte di medici abilitati (c.d. “camici grigi”).

I lavori parlamentari¹, difatti, confermano il vero obiettivo della modifica normativa. *“Sul comma 5, posto che la RT assicura che dalla norma ivi prevista potranno determinarsi benefici effetti di natura erariale, sul complessivo andamento del finanziamento delle borse di specializzazione medica, in ragione dell’atteso minor numero di candidati che saranno nella condizione di vincere il concorso in più occasioni, in tal modo erodendo le precedenti borse, pur convenendo sulla mancata evidenziazione di risparmi sui saldi di finanza pubblica in un’ottica di “prudenzialità”, andrebbe nondimeno richiesta una stima certificata dei relativi possibili effetti, in ragione annua, a decorrere dal 2021”.*

Ed ancora² *“le relazioni illustrativa e tecnica allegate al disegno di legge di conversione del presente decreto osservano che le estensioni di cui al comma 5 sono intese a ridurre il fenomeno della migrazione da un corso di specializzazione ad un altro, fenomeno che finora è stato reso più agevole dal computo dei titoli nei termini suddetti e che determina una dispersione di risorse finanziarie (in relazione al trattamento economico corrisposto per corsi non completati)”.*

Per fare ciò, stante almeno quanto si legge nel parere reso in sede consultiva dal Consiglio di Stato, ha rappresentato di voler, per mezzo dell’art. 1, comma 1, lett. g), *“conferire maggiore chiarezza al testo, richiamando tutti i titoli citati nel comma, e non solo a quelli da ultimo indicati alla lett. c)”.*

Il previgente testo regolamentare, difatti, non consentiva esclusivamente il computo dei titoli di cui alla lettera c) del testo (*“c) altri titoli fino a 2 punti determinati secondo i seguenti criteri: 0,5 punti per tesi di carattere sperimentale debitamente documentato secondo quanto indicato nel bando;*

¹ http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DOSSIER/0/1161786/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione8

² http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DOSSIER/0/1161417/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione13

1,5 punti per il titolo di dottore di ricerca in una disciplina di ambito medico-sanitario debitamente documentata secondo quanto indicato nel bando”), “ai concorrenti già in possesso di diploma di specializzazione, ne’ ai concorrenti già titolari di contratto di specializzazione”.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, osservava che la modifica proposta dal Ministero “*non ha una chiara base legale ed anzi presenta profili di possibile contrasto con il disposto dell’articolo 36, comma 1, del decreto legislativo n. 368/1999, il quale demanda al Ministro dell’università e della ricerca, tra l’altro, la determinazione dei criteri per la valutazione dei titoli sulla base del principio che, comunque: “appositi punteggi sono assegnati, secondo parametri oggettivi, al voto di laurea e al curriculum degli studi”.* Neppure può ritenersi che tale disposizione abbia natura meramente interpretativa, in quanto la formulazione vigente, sia per il suo significato letterale che per quello logico-giuridico, va preferibilmente riferita ai soli titoli di cui alla lettera c) del comma 1 dell’articolo 5 del decreto n. 130/2017 (tesi di carattere sperimentale e titolo di dottore di ricerca). **Pertanto, la disposizione in questione va espunta dal testo dello schema**”.

“La disposizione di cui all’articolo 1, lettera h), dello schema - che esclude dal conteggio dei titoli, indicati all’art. 5, comma 1, del vigente d.m. n. 130/2017, i medici che sono già dipendenti del Servizio sanitario nazionale o delle strutture sanitarie private con esso accreditate e quelli già in possesso di un diploma di formazione specifica per medico di medicina generale – va, parimenti, espunta ove trovi la sua giustificazione nella disposizione ampliativa di cui all’art. 1, lettera g) dello schema, di cui si è innanzi suggerita l’espunzione”.

Stante la mancanza di copertura normativa evidenziata dal Consiglio di Stato, veniva poi promulgato il Decreto Legge in parola qualche giorno prima della pubblicazione del bando.

Il mancato computo dei titoli di cui parte ricorrente è in possesso è dunque illegittimo e va annullato per i seguenti

MOTIVI

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 36, COMMA 1, DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 368/1999 E DELL'ART. 2 DEL PROTOCOLLO AGGIUNTIVO DELLA CEDU. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2 DEL D.M. N. 130/17. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3, 33, ULTIMO COMMA, 34, COMMI 1 E 2 E 97 COST. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, ILLOGICITÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO.

I. La norma di cui al D.L. n. 76/20, poi trasposta nel bando impugnato, è illegittima e non risponde alla ratio di cornice del legislatore di cui al D.Lgs. n. 368/1999.

Come ricordato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, difatti, l'art. 36 del D.Lgs. n. 368/1999, dispone che *“c) appositi punteggi sono assegnati, secondo parametri oggettivi, al voto di laurea e al curriculum degli studi”* senza alcuna possibilità di mancata assegnazione di tale riconoscimento.

E' possibile, evidentemente, una gradazione ma non la netta esclusione rispetto a specifiche categorie di soggetti come oggi avvenuto.

Ulteriore conferma si ha con la previsione dell'art. 2 del D.M. 130/17 che, allo stato, in parte qua, è ancora in vigore stante la mancata modifica per mano del Decreto 20 luglio 2020, n. 79, secondo cui *“alle scuole si accede **con concorso annuale per titoli ed esami bandito** entro il 31 maggio di ciascun anno con decreto del Ministero per il numero di posti determinati ai sensi dell'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo n. 368 del 1999”*.

Non è consentito, dunque, derogare, espungendolo per taluni candidati, al computo, per quanto minimo o diversamente gradato, dei titoli, facendolo diventare un concorso per soli esami.

La norma primaria, difatti, demanda comunque alla fonte regolamentare le indicazioni di svolgimento del concorso e, solo previa modifica del Regolamento, è possibile l'introduzione di parametri normativi compatibili con tale modifica. Sino ad allora il concorso deve rimanere per titoli ed esami e la norma in essere, dunque, non può essere applicata all'odierno concorso prima della nuova modifica regolamentare.

II. SULLO SVIAMENTO.

La scelta oggi adottata, in ogni caso, è irrazionale rispetto al fine che, dichiaratamente si vuole perseguire.

I lavori parlamentari³, difatti, confermano il vero obiettivo della modifica normativa “intes[o] a ridurre il fenomeno della migrazione da un corso di specializzazione ad un altro, fenomeno che finora è stato reso più agevole dal computo dei titoli nei termini suddetti e che determina una dispersione di risorse finanziarie (in relazione al trattamento economico corrisposto per corsi non completati)”.

L'obiettivo, dunque, non è premiare all'esito di un concorso pubblico i migliori ma evitare la dispersione di risorse.

Siamo innanzi, dunque, ad un caso di scuola di sviamento dalla causa tipica giacchè l'obiettivo è la selezione dei migliori non evitare la dispersione delle risorse.

“L'individuazione dei requisiti di partecipazione deve essere infatti adeguatamente e prioritariamente motivata in ragione dell'interesse dell'amministrazione all'assunzione delle migliori professionalità, interesse sovraordinato rispetto ad altre finalità pure meritevoli di perseguimento, come, nel caso odierno, il superamento del precariato nel settore pubblico [quale pure sembra perseguirsi così consentendo che si accumulino borse di formazione in capo ai medesimi soggetti escludendone altri, o la dispersione delle risorse, n.d.r.]; per l'affermazione di detto principio è sufficiente rinviare alla sentenza della Corte costituzionale n. 251/2017. Secondo la Corte, la menzionata norma escludente ha “condizionato” il “diritto di partecipare al concorso pubblico [...] alla circostanza – invero ‘eccentrica’ rispetto all'obiettivo della procedura concorsuale di selezione delle migliori professionalità – che non vi sia un contratto a tempo indeterminato alle dipendenze della scuola statale”; l'esclusione si fonda cioè su elementi non funzionali “all'individuazione della platea degli ammessi a partecipare alle

³ http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DOSSIER/0/1161417/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione13

procedure concorsuali, le quali dovrebbero, viceversa, essere impostate su criteri meritocratici, volti a selezionare le migliori professionalità”)” (T.A.R. Lazio, Sez. III quater, 19 febbraio 2020, n. 2205). *“L’introduzione, dunque di un ulteriore requisito, (...) estraneo all’interesse dell’amministrazione al reclutamento di personale qualificato, rappresenta uno sviamento dalle finalità tipiche del pubblico concorso, il quale, una volta individuate le necessità di organico dell’amministrazione e le professionalità richieste, deve necessariamente ispirarsi ai principi di riconoscimento del merito e di favor participationis”* (T.A.R. Lazio, Sez. III quater, 16 gennaio 2020, n. 554; già prima nn. 544/2, da 548 a 554/20 e 14422/19).

La norma ora introdotta, dunque, si pone in frontale *“contrast[o] con i principi di pari opportunità e non discriminazione, sottesi al principio di uguaglianza, di cui al capo III della cosiddetta “Carta di Nizza”, alla quale nel 2009 – con l’entrata in vigore del trattato di Lisbona – è stato conferito lo stesso effetto giuridico vincolante dei Trattati; a sua volta la Direttiva 1999/70/CE, che esclude ogni discriminazione dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato, è stata ritenuta interpretabile in modo tale, da escludere anche “discriminazioni alla rovescia”, rapportabili a normative che assicurassero vantaggi al personale precario* (qui senza accesso alle scuole di formazione in medicina generale, n.d.r.), *a scapito dei diritti dei lavoratori – che tale accesso hanno avuto - (Cons. St., sez. VI, ordinanze collegiali nn. 3977/11 del 4 luglio 2011 e 01287/14 del 14 marzo 2014, nonché sentenza n. 5287/13 del 4 novembre 2013)”* (Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2138).

L’irragionevole esclusione dei titoli per le categorie di cui all’art. 19 comma 5 del D.L. 76/20, inoltre, contrasta anche con i principi di pari opportunità e non discriminazione di cui alla direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nonché, più in generale, con l’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a

Strasburgo il 12 dicembre 2007. Sono palesemente violati da tale interpretazione, infatti, i principi di pari opportunità e uguaglianza, essendo tali lavoratori discriminati sotto il profilo della progressione e diversificazione professionale.

Palese, inoltre, il contrasto con l'art. 41 della Carta di Nizza e del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, compreso tra i principi dell'ordinamento comunitario, in particolare nell'art. 5 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), insito nell'art. 97 Cost. e recepito dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi). Tale principio non consentirebbe all'amministrazione pubblica di adottare atti non proporzionati all'interesse pubblico, essendo richiesta l'idoneità del mezzo rispetto al fine perseguito e la sua necessità (art. 5, comma 4, del TFUE).

La citata Corte Costituzionale, peraltro, ha già chiarito *“che siffatta disparità non possa ritenersi giustificata dalla finalità perseguita dall'amministrazione”*, nei termini già indicati in sede di richiesta di parere.

Si tratta infatti, di un concorso che ha come «causa tipica» la selezione dei candidati più meritevoli. L'interesse pubblico perseguito dovrebbe essere primariamente quello di selezionare i migliori candidati per le posizioni professionali da ricoprire e la limitazione della platea dei candidati sarebbe distonica rispetto alla realizzazione di tale obiettivo”, anche in quanto *“dall'ammissione al concorso dei [soggetti già iscritti] deriverebbe, in caso di esito favorevole, la loro assunzione nella nuova posizione, con conseguente scopertura della precedente e la possibilità di successiva assegnazione di quest'ultima ad altro soggetto”*, nei bandi successivi.

A ben vedere, come sottolineava il rimettente di quella questione, le minore possibilità offerte durante la partecipazione *“ad una procedura concorsuale per una diverso [profilo], ritenuti più gratificanti o più remunerativi, finirebbe per vanificare, in concreto, un apposito percorso di studi – impegnativo sia sotto il profilo temporale, sia sotto il profilo economico – senza che il criterio*

selettivo previsto (la mancata stipula di un contratto a tempo indeterminato), sia in alcun modo riconducibile a requisiti di capacità o di merito. La disposizione censurata sarebbe altresì lesiva del principio dell'affidamento e del principio generale dei diritti acquisiti dai lavoratori con il conseguimento dei relativi titoli di studio e delle professionalità maturate nell'ambito dei contratti a termine, anche con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost”.

La Corte Costituzionale, inoltre, la finalità di non disperdere le risorse spese nella formazione di tali soggetti *“risulta contraddetta proprio dall'inesistenza di un'analogha preclusione per i [corsisti di altre scuole di specializzazione]. Tali soggetti, ancorché già titolari di contratto di [specializzazione], sono ammessi a partecipare ai concorsi, a parità di condizioni. In questo modo, la disposizione in esame contraddice la stessa finalità in nome della quale essa sacrifica i diritti dei [corsisti di medicina generale]”.*

Non a caso, nell'ipotesi precedentemente citata, lo stesso Consiglio di Stato aveva ritenuto l'illegittimità della disposizione ministeriale che non consentiva l'accesso ai percorsi speciali abilitanti, dedicati ai precari con determinate caratteristiche di servizio, da parte dei lavoratori già stabilizzati. Anche in quel caso trattavasi di una procedura di abilitazione a cui, illegittimamente, veniva negato l'accesso al personale che aveva già ottenuto un contratto.

III. SUL MERITO.

Il criterio adottato oggi, dunque, è assolutamente illogico ed irrazionale e, paradossalmente, finisce per premiare i soggetti che pur partecipando a quei medesimi concorsi vinti (in taluni casi con percorsi completati) non l'hanno superato, e non certamente i migliori.

Ed infatti paradossalmente si consente di ottenere il punteggio dei titoli ad un candidato che, in una procedura comunque volta alla selezione delle migliori professionalità da formare, ha ottenuto un punteggio sotto soglia di idoneità tanto da non meritarsi l'ammissione e la frequenza, mentre a chi, come parte ricorrente, ha dimostrato di essere tra i migliori no.

Ma al di là dell'esempio che, a prima vista, potrebbe apparire quasi provocatorio, l'assoluta irrazionalità del criterio emerge anche se si considera che al momento della scelta di sottoporsi a quell'esame – che i soggetti di cui all'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 hanno superato - non era affatto prevista tale esclusione ragion per cui nessuna valutazione poteva farsi.

Un sistema così strutturato affida sostanzialmente al caso l'ammissione al concorso che ci occupa, in aperta violazione di tutti i principi che sottendono ogni procedura concorsuale, finalizzata sempre alla scelta dei migliori.

III.1. L'irrazionalità dell'anzidetto criterio emerge in maniera lampante tenendo in considerazione quella che dovrebbe essere la *ratio* che lo sostiene.

Per regola e principi generali, peraltro, il possesso di titoli e capacità superiori non può mai concorrere in danno dei soggetti che hanno tali caratteristiche.

Se la *ratio* è quella della più recente preparazione, andrebbe, in primis valutato come preferenziale l'avvenuto superamento di quella prova di accesso e di quei titoli, non certo usare tale dato come discriminante.

Il possesso di ulteriori titoli, difatti, costituisce un sicuro indice della maggiore preparazione del candidato, sicuramente idoneo ad individuare il soggetto più capace e meritevole.

In sostanza si arriva al paradosso che un soggetto che ha già seguito, seppur in parte, un percorso di formazione *post lauream*, e che quindi è in possesso, di conoscenze specialistiche rispetto al neolaureato, viene escluso preferendovi, categoricamente e senza appello, da chi si è appena laureato.

Peraltro “*se è indubbiamente vero che rientra nel potere discrezionale della Pubblica amministrazione indicente un bando di concorso stabilire le modalità di valutazione dei titoli professionali e culturali, valutazione insindacabile dal giudice amministrativo della legittimità, salvo che dette modalità non trasmodino in ipotesi evidentemente illogiche, incongrue e comunque prive di razionalità (cfr., tra le tante e da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. III, 11 febbraio 2010 n. 1982), è altrettanto vero che il comportamento delle*

Amministrazioni deve sempre conformarsi ai principi comunitari e nazionali (si veda, ad esempio, il contenuto dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241) di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, tutela della trasparenza che, nel corretto significato della espressione, può tradursi quale garanzia di medesimo trattamento tra tutti i concorrenti di una selezione pubblica ed aspiranti all'ottenimento del beneficio atteso con la partecipazione. Tali regole basilari dell'agire amministrativo possono essere derogate esclusivamente quando sussista uno specifico e grave motivo che giustifichi tale deroga, altrimenti la disposizione derogatoria va tacciata di irragionevolezza e quindi considerata illegittima" (T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 4 marzo 2011, n. 2018).

III.2. La mancata valutazione dei titoli di parte ricorrente, che nonostante lo svolgimento della scriminante formazione di cui all'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 ha assunto la consapevolezza che i propri mezzi, possibilità ed aspirazione ben possono essere meglio investiti in un diverso percorso di specializzazione, inoltre, rischia di definitivamente pregiudicare la propria capacità competitiva, **smarrendo nel tempo le proprie conoscenze in un settore** anche scientifico ad alta obsolescenza.

L'esperienza sul campo della medicina generale e dell'altra specializzazione frequentata o acquisita, difatti, porterà in dote a parte ricorrente esperienze certamente più vicine alla matrice assistenziale ma ancora più lontane rispetto alla formazione universitaria rispetto ai quiz di ammissione al test di accesso somministrati. I provvedimenti impugnati, difatti, nulla dicono circa le ragioni che avrebbero indotto all'adozione di una nuova procedura così restrittiva che sostanzialmente mira ad espellere dal nuovo circuito formativo e lavorativo italiano i non vincitori. In ogni caso, occorre aggiungere che qualunque possa essere la motivazione, essa sarebbe illogica ed incoerente rispetto al perseguimento della finalità pubblica cui dovrebbe orientarsi l'azione e la politica Stato. Si può quindi sin d'ora denunciare il vizio di eccesso di potere per sviamento, illogicità ed incoerenza

rispetto al parametro di buona amministrazione sancito all'art. 97 Cost. In sostanza, l'incoerenza di rendere più difficoltoso il mutamento della formazione, ove si è nelle condizioni di cui all'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, facendo perdendo parte delle proprie conoscenze caratterizzate da un'alta obsolescenza, pare francamente inaccettabile, specialmente ove si consideri l'assenza di un interesse pubblico all'allontanamento e all'esclusione di questi medici abilitati.

III.3. A chi scrive, inoltre, sembra che l'effetto sostanziale di questa "regola" – tale da determinare uno "spostamento" in avanti della possibilità di partecipazione comportando, quindi, per via della particolare strutturazione della prova che si basa anche su mere cognizioni mnemoniche, minori chances di riuscita per i partecipanti – non si differenzi di molto rispetto al caso trattato dalla **Consulta con sentenza n. 219/2002 (appena successiva alla norma che oggi si mira a rispolverare)**.

Il divieto, in quel caso relativo all'impossibilità di cumulare più specializzazioni ivi compreso il titolo di medicina generale, *"appariva dettato nell'intento di evitare che lo stesso medico possa, cumulando più diplomi di specializzazione (e, forse, usufruendo del vantaggio che gli proviene dal possedere già una specializzazione), "accaparrarsi" più di uno spazio di formazione nell'ambito e a spese delle strutture a ciò deputate, a danno di altri aspiranti, il cui diritto a perseguire, a loro volta, una chance di inserimento professionale potrebbe esserne pregiudicato. Tale intento non è privo di una sua ragionevolezza, in quanto miri a tutelare gli interessi di chi non abbia ancora avuto accesso ad una formazione medica specialistica, e a rendere razionale l'impiego delle risorse pubbliche. Da questo punto di vista, non apparirebbe in sé irragionevole che il legislatore, ad esempio, riservasse quote dei posti disponibili ai medici non ancora in possesso di specializzazione, o prevedesse quote di posti cui ammettere in soprannumero candidati che siano già in possesso di altra specializzazione (sul modello di quanto già prevedono rispettivamente, in relazione ad altre categorie di aspiranti, i commi 3 e 4 dell'art. 35 dello stesso decreto legislativo); o dettasse*

modalità specifiche, diverse da quelle previste per i non specialisti, per la disciplina della posizione anche economica degli aspiranti che già operino nell'esercizio di altra specializzazione”.

“Ma la questione è se sia legittimo, sia pure in vista di siffatte finalità, precludere totalmente a chi abbia già conseguito un diploma di specializzazione l'accesso ad un nuovo curriculum formativo e ad un nuovo titolo di specializzazione, che a sua volta costituisce condizione imprescindibile per lo svolgimento di una specifica attività professionale medica”, imponendo una preventiva decurtazione dei loro titoli con seri rischi concreti di mancata e decisiva ammissione dovuti a tale mancato computo.

*“Sotto questo riguardo”, ha concluso la Corte, “un divieto di tale assolutezza e rigidità non può ritenersi compatibile con i principi costituzionali. Il diritto allo studio comporta non solo il diritto di tutti di accedere gratuitamente alla istruzione inferiore, ma altresì quello - in un sistema in cui “la scuola è aperta a tutti” (art. 34, primo comma, della Costituzione) - di accedere, in base alle proprie capacità e ai propri meriti, ai “gradi più alti degli studi” (art. 34, terzo comma): espressione, quest'ultima, in cui deve ritenersi incluso ogni livello e ogni ambito di formazione previsti dall'ordinamento. Il legislatore, se può regolare l'accesso agli studi, anche orientandolo e variamente incentivandolo o limitandolo **in relazione a requisiti di capacità e di merito, sempre in condizioni di eguaglianza**, e anche in vista di obiettivi di utilità sociale, non può, invece, puramente e semplicemente impedire tale accesso sulla base di situazioni degli aspiranti che - **come il possesso di precedenti titoli di studio o professionali - non siano in alcun modo riconducibili a requisiti negativi di capacità o di merito.***

A tale diritto si ricollega altresì quello di aspirare a svolgere, sulla base del possesso di requisiti di idoneità, qualsiasi lavoro o professione, in un sistema che non solo assicuri la “tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni” (art. 35, primo comma, della Costituzione), ma consenta a tutti i cittadini di svolgere, appunto “secondo le proprie possibilità e la propria scelta”, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o

spirituale della società (art. 4, secondo comma, della Costituzione): ciò che a sua volta comporta, quando l'accesso alla professione sia condizionato al superamento di un curriculum formativo, il diritto di accedere a quest'ultimo in condizioni di eguaglianza.

Il diritto di studiare, nelle strutture a ciò deputate, al fine di acquisire o di arricchire competenze anche in funzione di una mobilità sociale e professionale, è d'altra parte strumento essenziale perché sia assicurata a ciascuno, in una società aperta, la possibilità di sviluppare la propria personalità, secondo i principi espressi negli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione”.

È evidente che, nella specie, non v'è differenza alcuna tra la mancata ammissione al concorso e il mancato conteggio dei punti giacché essa, ai fini dell'interesse a ricorrere, si limiterà, comunque, esclusivamente alla mancata ammissione alla scuola a cui si aspira. Ai fini della prova di resistenza, difatti, quel punteggio titoli dovrà comunque essere rilevante per ottenere l'ammissione alla scuola cui si aspira ragion per cui il mancato computo, ove decisivo, equivale alla mancata ammissione alla scuola equiparandosi, totalmente, all'ipotesi già vagliata dalla Corte.

III.4. La scelta, peraltro, appare in contrasto con ogni criterio di proporzionalità e ragionevolezza anche con riguardo all'art. 2, par. 1, del protocollo addizionale alla CEDU, e per l'effetto dell'art. 117, comma 1, Cost. (violazione da parte dello Stato italiano degli obblighi internazionali).

Dispone la citata previsione della CEDU che “*No person shall be denied the right to education*” (il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno).

Secondo l'interpretazione data dalla CorteEDU a tale disposizione, la stessa si applica anche all'istruzione post lauream, e la previsione implica che il diritto all'istruzione, anche universitaria o post lauream, sia pratico ed effettivo non meramente teorico ed illusorio; ad avviso della Corte, sebbene la previsione non imponga agli Stati di istituire tali corsi, una volta che gli Stati le abbiano istituite, essi devono garantire che l'accesso ad esse sia effettivo. Non si dimentichi che il titolo che mirano a ottenere i ricorrenti può essere

speso in tutta l'Unione e le norme del D. Lgs. n. 368/99 qui gravate nascono in attuazione di direttive comunitarie (amplius in appello sulle competenze statali della materia).

Secondo la Corte EDU il diritto all'istruzione non è assoluto, ma può essere soggetto a limitazioni, e gli Stati godono di un certo margine di discrezionalità in questo ambito; tuttavia le restrizioni imposte al diritto all'istruzione non possono limitarlo al punto di snaturarne l'essenza e privarlo della sua effettività.

Le restrizioni devono perseguire uno "scopo legittimo"; non esiste un catalogo chiuso e predefinito di "scopi legittimi", tuttavia le limitazioni, ad avviso della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sono compatibili con l'art. 2, par. 1 citato solo se c'è una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Ad esempio sono state ritenute giustificate restrizioni all'accesso universitario per ragioni penali o disciplinari, o per il mancato rispetto di regole interne dell'Università (CorteEDU, 10 novembre 2005, *Sahin v. Turkey*, che richiama anche la precedente giurisprudenza della medesima Corte), o giustificate regole interne scolastiche ritenute non limitative del diritto all'istruzione (CorteEDU 18 marzo 2011 *Lautsi c. Gov. Italia*).

Sembra a chi scrive che alla luce di tale interpretazione del diritto all'accesso all'istruzione universitaria e post universitaria, dato dalla Corte EDU, la restrizione imposta dal legislatore italiano, nei confronti dei soggetti nelle condizioni di cui all'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, sia una restrizione non proporzionata rispetto allo scopo perseguito e che vanifica nella sua essenza e nella sua effettività il diritto fondamentale allo studio universitario, post universitario ed alla formazione post lauream di un titolo spendibile in tutta Europa.

Non si dubita di una incompatibilità successiva dei percorsi e che, dunque, non vi potrà essere contestuale svolgimento ma non v'è ragione per negare la partecipazione piena e con i titoli di cui si è in possesso.

In tal modo non solo si lede l'eguaglianza tra i candidati, e il loro diritto

fondamentale allo studio [diritto sancito anche dall'art. 2 del protocollo addizionale alla CEDU, Carta europea dei diritti dell'uomo protocollo firmato a Parigi il 20 marzo 1952 (a tenore del quale "il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno", nonché, limitatamente alle materie di competenza dell'Unione europea, dall'art. 14 della Carta di Nizza, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)], atteso che i candidati non vengono ammessi in base al merito, ma in base a fattori casuali e aleatori, ma si lede anche il principio di buon andamento dell'Amministrazione, atteso che la procedura concorsuale non sortisce l'esito della selezione dei migliori.

Si determina, in definitiva, una ingiusta penalizzazione della aspettativa dei candidati di essere giudicati con un criterio meritocratico, senza consentire la selezione dei migliori; la scelta degli ammessi risulta dominata in buona misura dal caso.

Sicché è violato anche il principio di ragionevolezza e logicità delle scelte legislative (art. 3 Cost.).

III.4.1. Tali violazioni appaiono produrre palesi restrizioni sulle libertà individuali e sugli interessi legittimi dei destinatari.

Si tratta di un divieto a priori e non, ad esempio, di un criterio di precedenza nei concorsi. Esso opera anche se, per avventura, il soggetto già specializzato sia l'unico candidato magari non per tutte le scuole, ma per una che solitamente e storicamente nessuno vuole.

L'effetto pratico di questa disposizione non è solo quello di inibire, a chi ne è destinatario, l'acquisizione di nuove conoscenze scientifiche e del relativo nuovo titolo accademico, ma è anche quello (assai più rilevante dal punto di vista dell'individuo) di escludere, di fatto se non di diritto, la libertà di mutare il campo dell'esercizio professionale. Sembrano infatti poche o nulle, per un medico pur laureato ed abilitato (ed eventualmente già in possesso di una specializzazione) le possibilità d'inserirsi (come dipendente o come libero professionista) in un settore professionale per il quale non sia specializzato. Sicché, inibire **(perché si ripete qui discutiamo sul presupposto che verificheremo dopo la pubblicazione della graduatoria di**

una decisiva mancata positiva collocazione proprio dovuta al punteggio decurtato) l'accesso ad un corso di specializzazione equivale a precludere, almeno di fatto, lo svolgimento della corrispondente attività professionale. In sostanza, dunque, l'effetto pratico dell'art. 34, comma 4, è quello di rendere irrevocabile, a vita, la prima scelta professionale fatta dal giovane medico che, nella specie, neanche conosceva tale preclusione per averla, solo oggi, inserita.

Si potrebbe forse sostenere che la norma in questione risponde allo scopo di prevenire lo spreco di risorse pubbliche, che si determinerebbe ogni volta che taluno, dopo aver (quasi) acquisito (sostanzialmente a spese della collettività) un altro titolo, lo lasci inutilizzato per dedicarsi ad un nuovo e diverso corso di specializzazione. Ma allora, per coerenza, si dovrebbe obbligare chiunque abbia conseguito, mediante il sistema pubblico d'istruzione, un titolo di studio (non solo in medicina) a metterlo a frutto esercitando la relativa attività professionale: il che è manifestamente impossibile sul piano pratico e su quello giuridico.

III.5. Sull'interpretazione della Corte dell'art. 2 CEDU anche a percorsi di formazione istruzione post universitaria.

Né può dubitarsi circa il fatto che l'art. 2 si applichi alla formazione post lauream.

Ai sensi della prima frase dell'articolo 2 del Protocollo n. 1, il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Benché questo testo non faccia alcuna menzione dell'insegnamento di grado universitario o post universitario, nulla tende neppure a segnalare che non è applicabile a tutti i livelli d'insegnamento, ivi compreso l'acquisizione di un titolo post universitario che può circolare in Europa e che serve in maniera indispensabile per lo svolgimento di una professione regolamentata.

Per quanto riguarda il contenuto del diritto all'istruzione e la dimensione dell'obbligazione che ne deriva, la Corte EDU ha affermato nel caso Linguistico belga (sentenza del 23 luglio 1968, serie A n. 6, p. 31, § 3) che *<<la formulazione negativa significa, ed i lavori preparatori lo confermano, che le Parti contraenti non riconoscono un diritto all'istruzione che li*

costringerebbe ad organizzare a loro spese, od a sovvenzionare, un insegnamento di una forma o di un livello determinati. Non se ne potrebbe tuttavia dedurre che lo Stato non ha alcuna obbligazione positiva di garantire il rispetto di questo diritto, così come lo protegge la prima frase dell'articolo 2 del Protocollo n. 1. Poiché c'è il "diritto", quest'ultimo è garantito, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione, ad ogni persona che soggiace alla giurisdizione di uno Stato contraente>>.

La Corte EDU non perde di vista che lo sviluppo del diritto all'istruzione, il cui contenuto varierebbe nel tempo e nello spazio in funzione delle circostanze economiche e sociali, dipende principalmente dalle necessità e dalle risorse della comunità. Tuttavia, è di cruciale importanza che la Convenzione sia interpretata ed applicata in un modo che ne renda le garanzie concrete ed effettive e non teoriche ed illusorie. Inoltre, è uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni attuali (Marckx c. Belgio, sentenza del 13 giugno 1979, serie A n. 31, p. 19, § 41, Airey c. Irlanda, sentenza del 9 ottobre 1979, serie A n. 32, pp 14-15, § 26, e da ultimo, Mamatkulov ed Askarov c. Turchia (Grande Camera), N. 46827/99 e 46951/99, § 121, 4 febbraio 2005). Ma se la prima frase dell'articolo 2 enuncia essenzialmente l'accesso agli istituti dell'insegnamento primario e secondario, nessuna paratia stagna (cloison étanche) separa l'insegnamento di grado universitario dal campo dell'istruzione. Infatti, in molti testi adottati recentemente, il Consiglio d'Europa ha sottolineato il ruolo essenziale e l'importanza del diritto all'accesso all'insegnamento di grado universitario nella promozione dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali ed il rafforzamento della democrazia (vedere in particolare la Raccomandazione R (98) 3 e la Raccomandazione 1353 (1998), paragrafi 68 e 69 sopra). Come lo sottolinea la Convenzione sul riconoscimento delle qualificazioni relative all'insegnamento di grado universitario nella regione europea (paragrafo 67 sopra), l'insegnamento di grado universitario <<gioca un ruolo eminente nell'acquisizione e nel progresso della conoscenza>> e <<costituisce una eccezionale ricchezza culturale e scientifica tanto per l'individuo che per la società>>.

Perciò, male si concepirebbe che gli istituti dell'insegnamento di grado universitario e post universitario esistenti ad un dato momento sfuggono all'impero della prima frase dell'articolo 2 del Protocollo n. 1. Il suddetto articolo non costringe certamente gli Stati contraenti a creare istituti di insegnamento di grado universitario e post universitario. Tuttavia, uno Stato che ha creato tali istituti ha l'obbligazione di vegliare acciocché le persone usufruiscono di un diritto d'accesso effettivo a questi ultimi. In una società democratica, il diritto all'istruzione, indispensabile alla realizzazione dei Diritti dell'Uomo, occupa un posto così fondamentale che un'interpretazione restrittiva della prima frase dell'articolo 2 non corrisponderebbe allo scopo ed all'oggetto di questa disposizione (vedere, *mutatis mutandis*, Linguistico belga, precitato, p. 33, § 9, e Delcourt c. Belgio, sentenza del 17 gennaio 1970, serie A n. 11, p. 14, § 25).

Quest'approccio è conforme alla posizione presa in considerazione nel caso Linguistico belga (sentenza precitata) dalla Commissione che, fin dal 1965, dichiarava che, benché il campo d'applicazione del diritto protetto dall'articolo 2 del Protocollo n. 1 non sia definito o precisato dalla Convenzione, quest'ultimo comprendeva, *"ai fini dell'esame del presente caso"*, *"l'accesso all'insegnamento custode, primari o, secondario e di grado universitario"*.

Più tardi, in molte decisioni, la Commissione ha rilevato che *"il diritto all'istruzione, ai sensi dell'articolo 2, riguarda all'essenziale l'istruzione elementare e non necessariamente degli studi di grado universitario come quelli di tecnologia"* (X. c. Regno Unito, n. 5962/72, decisione della Commissione del 13 marzo 1975, DR 2, p. 50, e Kramelius c. Svezia, n. 21062/92, decisione della Commissione del 17 gennaio 1996). Nei casi più recenti, lasciando la porta aperta all'applicazione dell'articolo 2 del Protocollo n. 1 all'insegnamento universitario, essa ha preso in considerazione la legittimità di alcune restrizioni all'accesso agli istituti dell'insegnamento di grado universitario (vedere, per quanto riguarda un sistema limitato d'insegnamento di grado universitario, X. c. Regno Unito, n.

8844/80, decisione della Commissione del 9 dicembre 1980, DR 23, p. 228; per quanto riguarda misure d'esclusione temporanea o definitiva da un istituto di insegnamento, Yanasik c. Turchia, n. 14524/89, decisione della Commissione del 6 gennaio 1993, DR 74, p. 14, e Sulak c. Turchia, n. 24515/94, decisione della Commissione del 17 gennaio 1996, DR 84, p. 98).

Dall'insieme delle considerazioni che precedono, risulta che gli istituti dell'insegnamento di grado universitario, se esistono ad un dato momento, rientrano nel campo d'applicazione della prima frase dell'articolo 2 del Protocollo n. 1, dato che il diritto all'accesso a questi istituti costituisce un elemento inerente al diritto che enuncia la suddetta disposizione. Qui non si tratta di un'interpretazione estensiva tale da imporre agli Stati contraenti nuove obbligazioni: essa si fonda sugli stessi termini della prima frase del predetto articolo, letta nel suo contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo di questo trattato normativo che è la Convenzione (vedere, mutatis mutandis, Golder c. Regno Unito, sentenza 21 febbraio 1975, Serie A n. 18, p. 18, § 36).

Stando così le cose, non può ragionevolmente essere sollevato alcun dubbio sull'applicabilità della prima frase dell'articolo 2 del Protocollo n. 1 al caso di specie.

QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

1. Sulla rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate.

Il bando concorsuale di cui si chiede la disapplicazione in parte qua nel giudizio *a quo* costituisce la pura trascrizione delle norme di legge della cui costituzionalità si dubita, sicché in caso di accoglimento delle questioni di costituzionalità di seguito prospettate il ricorso proposto verrebbe accolto, in difetto respinto: *“il decreto ministeriale impugnato, come s'è detto, applica puramente e semplicemente le norme in questione, e quindi, con ogni evidenza, sta e cade con la legittimità costituzionale delle stesse, nei termini che seguono”* (per analogia, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, ord. n. 5134, punto 14).

Appare incontrovertibile, quindi, il rispetto del requisito pregiudiziale di cui all'art. 23, L. 11 marzo 1953, n. 87, proprio perché quello che ci occupa è

l'esempio emblematico di un giudizio che non «*possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale*».

La circostanza che si chiede di sollevare la questione nel corso di un giudizio cautelare non pone neppure problemi in punto di rilevanza. Infatti, *“nessun ostacolo si pone all'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale proposte con le ordinanze iscritte al r.o n. [...] per il fatto che nei tre giudizi, nell'ambito dei quali le stesse ordinanze sono state adottate, le questioni sono sollevate nella fase cautelare. Questa Corte ha costantemente sostenuto che la potestas iudicandi del giudice a quo non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare sia fondata, quanto al fumus boni iuris, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. In tal caso, si deve ritenere provvisoria e temporanea la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 83 del 2013; nello stesso senso, di recente, sentenza n. 200 del 2014)”* (così, C. cost. n. 133 del 2016).

E' noto, infatti, *“che la rilevanza di una questione non è esclusa dalla natura cautelare del giudizio in cui la questione di costituzionalità è sollevata, laddove, come nella specie, la concessione della misura cautelare, sia fondata, quanto al fumus boni iuris, sulla non manifesta infondatezza della questione stessa”* (per analogia, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, ord. n. 5134, punto 16.14).

Tanto basta per affermare con sicurezza la rilevanza della questione di costituzionalità di cui si tratta nel presente giudizio.

2. Sulla violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost.

2.1. Questa difesa, come anticipato, dubita della costituzionalità dell'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 sotto diversi profili.

L'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, è incostituzionale perché palesemente carente dei requisiti di straordinarietà e urgenza che soli, a norma dell'art. 77, secondo comma, Cost., possono

legittimare il Governo a emanare un provvedimento d'urgenza in materie riservate alla competenza legislativa primaria. Com'è noto, con sent. n. 171 del 2007, la Corte ha chiarito che *«con giurisprudenza costante dal 1995 (sentenza n. 29 del 1995), [si è] affermato che l'esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità»*. Si tratta di un sindacato che non impinge nel merito della valutazioni politiche del Governo (in sede di emanazione del D.L.) o del Parlamento (in sede di conversione) perché svolto nell'esercizio della *«funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto»*. Per essere sindacabile la carenza dei presupposti deve *«risultare evidente»* e, in ogni caso, la legge di conversione non sana gli eventuali vizi genetici del provvedimento d'urgenza: *« affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie »* (sent. n. 171 del 2007).

2. Alla stregua di questi consolidati principi, l'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 non supera lo scrutinio di costituzionalità in riferimento al secondo comma dell'art. 77 Cost. proprio per l'evidente carenza dei presupposti costituzionali di necessità e d'urgenza.

Il preambolo del D.L. n. 76 motiva l'emanazione del provvedimento d'urgenza a norma dell'art. 15, L. 23 agosto 1988, n. 400, "ritenuta la straordinaria necessita' e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalita'; Ritenuta altresì la straordinaria necessita' e urgenza di introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilita' del personale delle amministrazioni, nonché di adottare

misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19».

L'introduzione della limitazione al computo dei titoli nell'ambito del concorso che, dopo qualche giorno, sarebbe stato bandito non è riconducibile a nessuna delle motivazioni richiamate nel preambolo del D.L. n. 76 perché nulla ha a che fare con i temi ivi indicati.

Neppure può astrattamente riferirsi alla valorizzazione del merito posto che si tratta di un intervento volto proprio a porre nel nulla i meriti acquisiti dagli studenti nel *cursus studiorum* universitario e post universitario che le norme precedenti ambivano a fare. Del pari non può essere richiamata la necessità di semplificare le procedure di accesso alle scuole di specializzazione sia perché l'abrogazione della valutazione dei titoli non determina nessun impatto sul piano procedimentale del sistema amministrativo universitario, attenendo piuttosto alla semplice attribuzione di un punteggio di merito nelle graduatorie concorsuali.

Soprattutto, però, si deve notare con la massima determinazione che si tratta di un intervento volto a modificare “a regime” il funzionamento dei test di ammissione alle scuole di specializzazione, incidendo definitivamente sul precedente assetto normativo vigente sin dal 1999. Si tratta di una modifica strutturale e definitiva.

Il Parlamento, pertanto, anche su impulso del Governo che avrebbe potuto attivarsi mediante apposita iniziativa legislativa ordinaria *ex art. 71 Cost.*, ha avuto tutto il tempo per modificare la norma in questione senza far ricorso a nessuna procedura straordinaria e derogatoria del corretto riparto costituzionale delle potestà normative come, invece, effettuato a mezzo dell'improprio strumento del decreto legge qui contestato.

La più recente giurisprudenza costituzionale (maturata a proposito del riordino delle Province a mezzo decreto-legge, ma con principi di sistema applicabili pedissequamente al caso qui in esame) ha affermato che « **la trasformazione per decreto-legge dell'intera disciplina ordinamentale di un**

ente locale territoriale, previsto e garantito dalla Costituzione, è incompatibile, sul piano logico e giuridico, con il dettato costituzionale, trattandosi di una trasformazione radicale dell'intero sistema, su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali, e che certo non nasce, nella sua interezza e complessità, da un « caso straordinario di necessità e d'urgenza »» (C. cost., 220 del 2013).

Evidente, peraltro, che nel corso di tutti questi anni non è intervenuto alcun “fatto” nuovo che potesse, anche solo astrattamente, legittimare e giustificare il ricorso allo strumento legislativo *extra ordinem* del decreto-legge. Vi è stata soltanto la maturazione di una diversa valutazione politica – su motivazione totalmente avulse dal merito e volte al risparmio di risorse - se tenere in vita una previsione normativa, ossia un giudizio di opportunità che, seppur legittimamente consolidatosi in seno al Governo, non poteva certo concretizzarsi nella forma normativa del decreto-legge che, per essere costituzionalmente legittimo, avrebbe dovuto essere giustificato da sopraggiunte, oggettive e riconoscibili condizioni straordinarie di necessità e urgenza.

Qui non vi è nulla di straordinario, ma solo un comune (un ordinario appunto) mutamento di indirizzo politico; nessuna necessità di provvedere ed ancor meno nessuna urgenza, posto che il previgente assetto era in essere da oltre un ventennio.

3. L'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 è, altresì, incostituzionale per violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. perché di contenuto eterogeneo rispetto alla restante parte del provvedimento.

La Consulta ha precisato che va considerata « *tra gli indici alla stregua dei quali verificare « se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere», la «evidente estraneità » della norma censurata rispetto alla materia disciplinata da altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita (sentenza n. 171 del 2007; in conformità, sentenza n. 128 del 2008).* La giurisprudenza sopra richiamata

collega il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali, di cui all'art. 77, secondo comma, Cost., ad una 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. 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 C. cost. n. 22/2012).

IV. Sull'irrazionalità della scelta legislativa e la violazione degli articoli, 33, ultimo comma, 34, commi 1 e 2 e 97 Cost.

Gli argomenti esposti in ricorso sono utili a fondare la questione di costituzionalità circa la violazione degli articoli 3, 33, ultimo comma, 34, commi 1 e 2 e 97 Cost. da parte dell'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76.

Qui, dunque, devono ritenersi trascritti.

Se la Costituzione premia i meritevoli che hanno raggiunto i migliori risultati, la norma tacciata di incostituzionalità li mortifica, discriminandoli al fine di distoglierli dalla stessa partecipazione o impedirgli il passaggio in un diverso percorso formativo.

Incomprensibile, poi, ai fini della valutazione del *tertium comparationis*, è la piena valutazione del dottorato. Tale titolo, difatti, viene valutato in toto mentre quello più complesso ed attinente della scuola di specializzazione no. E ciò nonostante la nota equipollenza dei due titoli ai fini della partecipazione ai concorsi pubblici.

V. Sulla creazione di una procedura sostanzialmente riservata ai soggetti privi dei titoli di cui all'art. 19, comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76.

Il nuovo concorso creato dalla norma che si ritiene incostituzionale sembra assumere le sembianze, ove la decurtazione diventi decisiva per parte

ricorrente, di una procedura riservata ad un numero circoscritto di soggetti senza che risultino dall'impianto normativo di riferimento le ragioni giustificatrici della limitazione della platea dei concorrenti alla luce dei principi costituzionali di cui agli artt. 3, 36, 51 e 97, ultimo comma, Cost.

Il concorso disciplinato dalla norma qui in esame, pertanto, costituisce una deroga al criterio generale del principio di eguaglianza e del diritto di tutti, in condizioni di eguaglianza e in possesso dei requisiti di legge, di accedere ai pubblici uffici (art. 51 Cost.). Costituisce, altresì, deroga ai principi costituzionali dettati dall'art. 97 Cost. in tema di organizzazione dei pubblici uffici. Infatti, il concorso riservato, per sua natura, configura una deroga al principio dell'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni mediante procedure pubbliche (e non riservate, appunto), principio che, oltre ad avere valore in sé, appare direttamente strumentale alla realizzazione degli altri canoni fondamentali dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione che, appunto, possono essere assicurati solo dalla più ampia platea di concorrenti ad una selezione pubblica.

Si noti, inoltre, che nella specie siamo innanzi ad un concorso riservato sui generis in quanto non è tanto il titolo di accesso (l'abilitazione) a consentire la riserva di ammissione al percorso concorsuale, quanto il fatto che tale commistione di titoli (altre abilitazioni e/o iscrizioni etc.), ove NON in possesso, è utile a consentire di conseguire il bene della vita cui la selezione concorsuale mira. Il titolo principale di accesso (abilitazione post lauream), difatti, è identico e l'esito del concorso sarà computato in misura analoga per tutti. Tutti i partecipanti, però, verranno gradati non solo in ordine al punteggio ottenuto all'esito di tale prova ma anche con riguardo alla summa con i loro titoli che, tuttavia, a taluni non vengono computati.

Un beneficio premiale (rappresentato dal non essere in possesso di taluni titoli), "riservato" anche agli stessi soggetti che quei titoli non erano riusciti ad ottenerli.

Secondo fermissima giurisprudenza della Sovrana Corte "*ha riconosciuto nel concorso pubblico (art. 97, terzo comma, della Costituzione)*

la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione (sentenze n. 194 del 2002, n. 1 del 1999, n. 333 del 1993, n. 453 del 1990 e n. 81 del 1983), ed ha ritenuto che possa derogarsi a tale regola solo in presenza di peculiari situazioni giustificatrici, nell'esercizio di una discrezionalità che trova il suo limite nella necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, primo comma, della Costituzione) ed il cui vaglio di costituzionalità non può che passare attraverso una valutazione di ragionevolezza della scelta operata dal legislatore. La Corte ha, inoltre, sottolineato che la regola del pubblico concorso possa dirsi pienamente rispettata solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi (sentenza n. 194 del 2002).

*In particolare la Corte ha riconosciuto che l'accesso al concorso possa essere condizionato al possesso di requisiti fissati in base alla legge, **anche allo scopo di consolidare pregresse esperienze lavorative maturate nell'ambito dell'amministrazione, ma ciò 'fino al limite oltre il quale possa dirsi che l'assunzione nell'amministrazione pubblica, attraverso norme di privilegio, escluda o irragionevolmente riduca, le possibilità di accesso, per tutti gli altri aspiranti, con violazione del carattere 'pubblico' del concorso, secondo quanto prescritto in via normale, a tutela anche dell'interesse pubblico, dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione'** (sentenza n. 141 del 1999)" (così, C. cost. n. 34 del 2004).*

Proprio in svolgimento dei principi richiamati, esiste una ormai copiosissima giurisprudenza della Corte sfavorevole alle procedure concorsuali riservate perché palesemente lesive dei richiamati principi di eguaglianza *ex art. 3, primo comma, Cost.*), 51 Cost. (di accesso agli uffici pubblici in condizioni di parità) nonché dei principi della concorsualità nell'accesso agli impieghi pubblici, di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione *ex art. 97 Cost.*

Come ricordato dal Consiglio di Stato in casi simili *"nessuno di tali*

criteri appare funzionale all'individuazione della platea degli ammessi a partecipare alle procedure concorsuali, le quali dovrebbero, viceversa, essere impostate su criteri meritocratici, volti a selezionare le migliori professionalità". Pertanto, "nel restringere irragionevolmente la platea dei partecipanti al pubblico concorso, la disposizione in esame confligge non solo con l'art. 3 Cost., ma anche con i principi enunciati dagli artt. 51 e 97 Cost. Posto che «il merito costituisce, invero, il criterio ispiratore della disciplina del reclutamento del personale docente» (sentenza n. 41 del 2011), la preclusione stabilita dal comma [...] contraddice tale finalità, impedendo sia di realizzare la più ampia partecipazione possibile, sia di assicurare condizioni di effettiva parità nell'accesso" (C. cost., Sent. n. 251 del 2017).

Sul principio secondo cui il pubblico concorso è la forma generale e ordinaria di reclutamento del personale della p.a., cui si può derogare solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico e di buon andamento della pubblica amministrazione, la giurisprudenza della Corte è davvero sterminata. Qui basti solo richiamare, per mero dovere di completezza difensiva, a mo' di campione tra le innumerevoli, le sent. n. 7 del 2015, 137 del 2013, 299 del 2011.

Ove si consideri, poi, che, nella specie, come ampiamente si dirà, è ulteriormente stigmatizzato il fatto che il possesso dei requisiti per l'accesso al procedimento concorsuale di cui si discute *"dipende da circostanze non legate al merito, ma soltanto casuali"* ed anzi è proprio il merito ad essere punito, emerge chiaramente l'incostituzionalità delle norme di cui si discute.

Quello che ci occupa, dunque, appare un caso di scuola, in cui si *"l'accesso al concorso possa essere condizionato al possesso di requisiti fissati in base alla legge, anche allo scopo di consolidare pregresse esperienze lavorative maturate nell'ambito dell'amministrazione, ma ciò 'fino al limite oltre il quale possa dirsi che l'assunzione nell'amministrazione pubblica, attraverso norme di privilegio, ESCLUDA O IRRAGIONEVOLMENTE RIDUCA, LE POSSIBILITÀ DI ACCESSO, PER TUTTI GLI ALTRI ASPIRANTI, CON VIOLAZIONE DEL CARATTERE 'PUBBLICO'*

DEL CONCORSO, secondo quanto prescritto in via normale, a tutela anche dell'interesse pubblico, dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione' (sentenza n. 141 del 1999)" (così, C. cost. n. 34 del 2004).

V.1. Per giustificare la palese deroga al principio della concorsualità pubblica ed alla par condicio di selezione, non può neppure invocarsi utilmente la finalità di più utile gestione delle risorse. Infatti, il fine di cui si discute può (e deve) essere perseguito nel rispetto degli invocati principi costituzionali, non violando il principio meritocratico, bensì mediante strumenti di reclutamento eccezionali (si rinvia ancora a C. cost. n. 251 del 2017).

A conferma che la decurtazione del punteggio a taluni soggetti è mezzo di selezione utile a fini diversi rispetto a quelli che la Costituzione impone.

Se è vero che, per costante giurisprudenza della Corte, le leggi provvedimento non sono di per sé contrarie alla Costituzione (la quale non contiene alcuna riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto) devono però sottostare **«ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio»** (n. 275/2013). A chi scrive, come accennato, pare che sol per il fatto che, anche nella specie, tale “*rigoroso scrutinio*” sia comunque necessario, è alla Corte che deve essere demandato il compito di provvedervi giacché il Giudice a quo dovrebbe rimanere a valle di tale percorso e non, nell'ambito dei suoi poteri sulla valutazione della non manifesta fondatezza, intestarseli. Si tratta, nella specie, di un sindacato un po' più debole della valutazione di non manifesta infondatezza proprio per la tipologia di provvedimento normativo che ci occupa.

Applicando tali principi al caso di specie, non v'è dubbio che le norme in esame non possano superare il vaglio degli articoli 3, 51 e 97 ultimo comma Cost.

In particolare, com'è noto, l'art. 51, comma 1 prima parte dispone che *«Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici*

pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge».

Il principio di uguaglianza è poi stabilito in generale dall'art. 3.

Infine, l'art. 97 comma 4 prevede che «*Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*».

La giurisprudenza della Corte interpreta il requisito del «pubblico concorso» di cui all'art. 97, comma 4 nel senso che esso sia rispettato ove l'accesso al pubblico impiego avvenga per mezzo di una procedura con tre requisiti di massima, sui quali, fra le molte, Corte costituzionale 24 giugno 2010, n. 225 e 13 novembre 2009, n. 293.

ISTANZA CAUTELARE MONOCRATICA

Il ricorso è fondato e verrà certamente accolto.

Codesto On.le T.A.R. ha già accolto analoghe istanze disponendo che **“il Miur consenta la partecipazione alla procedura del ricorrente con il punteggio di cui ai titoli posseduti” (ord. n. 5870/20).**

Stante il fatto che dopo la partecipazione al concorso, avvenuta il 22 settembre 2020, il Ministero dovrà provvedere alla pubblicazione della graduatoria e senza un intervento cautelare di codesto On.le Tribunale, la stessa graduatoria verrebbe redatta senza tener conto di tali punteggi. Una volta redatta, inoltre, vi è il rischio che parte ricorrente sia scavalcato da altri concorrenti così generando evidente danno grave ed irreparabile con conseguenze sulla graduatoria impossibili da rendicontare ex post.

In tal senso l'intervento cautelare della Sezione che, seppur avvenuto in quei casi prima della prova (giacchè in quei casi quei ricorrenti non potevano neanche partecipare alla prova stessa), ben si attaglia anche all'ipotesi che qui occorre di applicazione della misura cautelare prima della pubblicazione della graduatoria. E' quello della pubblicazione della graduatoria, difatti, il momento decisivo oltre il quale l'inserimento dei punteggi genererebbe effetti a catena impossibili da rendicontare in maniera univoca.

“La stretta tempistica determinerebbe un danno grave e irreparabile, che discenderebbe per il ricorrente dal non poter partecipare alla prova munito dei titoli per cui potrebbe, nel caso di superamento della prova stessa, vedersi attribuito il relativo punteggio. Ritenuto, quindi – anche considerato che nella prospettiva del bilanciamento dei contrapposti interessi, venendo in rilievo la mera allegazione di titoli per la partecipazione ad una selezione, alcun grave pregiudizio può ravvisarsi per gli interessi pubblici coinvolti - di dover accogliere la domanda di misure cautelari al fine di consentire al ricorrente di presentare la domanda di partecipazione munita dei titoli, onde consentire di adempiere all’onere di allegazione che ricade su tutti i partecipanti, non potendo, in assenza di tale adempimento, chiedere successivamente che i titoli presi in considerazione dall’Amministrazione ai fini dell’attribuzione del punteggio in graduatoria” (Sez. III, ordd. nn. 5880-81, 82, 89-91 del 14 settembre 2020).

Ai sensi dell’art. 9 del bando, difatti, la graduatoria verrà pubblicata **“Lunedì 5 ottobre 2020 (...) con l’indicazione, per ogni candidato, del punteggio ottenuto e della posizione in graduatoria”.**

Anche del bilanciamento con interesse pubblico, si deve riscontrare che nessun danno potrebbe derivare all’amministrazione dall’inserimento di tali titoli. Anzi, è nello stesso interesse dell’amministrazione non creare situazioni irreversibili con conseguente invalidazione della intera procedura concorsuale oggi sub judice.

Per quanto sopra esposto parte ricorrente

CHIEDE

In via preliminare

-di sospendere l’efficacia dei provvedimenti impugnati disponendo l’inserimento con riserva dei titoli di parte ricorrente in deroga alla previsione di cui all’art. 19 comma 5, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76.

Nel merito

-annullare il bando impugnato anche nelle parti di interesse e nei limiti dell'utilità per parte ricorrente se del caso sollevando questione di costituzionalità.

Con vittoria di spese e compensi di difesa.

Roma-Messina, 23 settembre 2020

Avv. Michele Bonetti

Avv. Santi Delia