



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

IL “DIRITTO A PARTECIPARE AI CONCORSI” E LE “MOLTEPLICI RAGIONI DELL’UNITÀ FAMILIARE” SOLO NEL MATRIMONIO?*

BENEDETTA LIBERALI**

SOMMARIO: 1. La mancata menzione del coniugio fra i motivi di incandidabilità nelle procedure concorsuali: un “diverso” bilanciamento “non irragionevole” fra le esigenze di imparzialità nelle procedure concorsuali e il diritto a parteciparvi, alla luce di ciò che la disposizione dice e non dice. - 2. Il “diritto a partecipare ai concorsi” e le “molteplici ragioni dell’unità familiare” nelle unioni civili ... - 3. (Segue): ... e nelle convivenze *more uxorio*. - 4. Riflessioni conclusive: le prospettive di un (secondo) giudizio costituzionale.

1. *La mancata menzione del coniugio fra i motivi di incandidabilità nelle procedure concorsuali: un “diverso” bilanciamento “non irragionevole” fra le esigenze di imparzialità nelle procedure concorsuali e il diritto a parteciparvi, alla luce di ciò che la disposizione dice e non dice.*

Con la sentenza n. 78 del 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, relative all’esclusione del rapporto di coniugio fra le cause ostative alla candidabilità per le procedure di chiamata di professori di prima e seconda fascia da parte delle Università.

L’art. 18, primo comma, lett. b), (*Chiamata dei professori*) della legge n. 240 del 2010 (*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l’efficienza del sistema universitario*), infatti, nel regolare tale procedura, elenca, fra gli altri, una serie di requisiti che riguardano i rapporti che legano i candidati con i docenti del dipartimento che effettua la chiamata, con il Rettore, il Direttore generale e i componenti del Consiglio di amministrazione dell’Ateneo. In particolare, non possono partecipare ai procedimenti per la chiamata i soggetti che abbiano con questi ultimi un rapporto di parentela o di affinità fino al quarto grado compreso. Il rapporto di coniugio (così come quello di

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Ricercatore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

unione civile) e il rapporto di convivenza di fatto, invece, non vengono espressamente inclusi fra le cause che impediscono la partecipazione al concorso¹.

Secondo il giudice rimettente, la mancanza di una espressa menzione del coniugio determinerebbe una violazione dell'art. 3 Cost., poiché esso costituisce il presupposto dei rapporti di affinità (al contrario espressamente menzionati dalla disposizione censurata) e dell'art. 97 Cost., poiché simile esclusione non garantirebbe il principio di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa.

La Corte costituzionale, al contrario, con sintetica motivazione - ponendosi in frontale contrasto con alcune decisioni dei giudici amministrativi che, in modo discutibile, avevano ritenuto di poter superare il chiaro tenore letterale del citato art. 18 e, in virtù di una interpretazione costituzionalmente conforme, includere il matrimonio fra le cause impeditive della partecipazione ai concorsi² - ritiene che simile differenziazione non sia irragionevole alla luce delle specifiche

¹ Alla luce del richiamo operato dall'art. 18, comma primo, lett. c), della legge n. 240 del 2010 quei medesimi criteri di preclusione si applicano anche per le procedure relative agli assegni di ricerca, ai ricercatori e a "contratti a qualsiasi titolo erogati dall'ateneo".

² Si veda, per esempio, CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, sentenza 4 marzo 2013, n. 1270, che ha ritenuto di dover ricomprendere nell'art. 18, comma primo, lett. b), della legge n. 240 del 2010 anche il rapporto di coniugio sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, "Un'incompatibilità riferita a 'un grado di parentela o di affinità, fino al quarto grado compreso' si fonda sul possibile affievolimento del principio di eguaglianza e della conseguente *par condicio* dei candidati, che deriva dalla familiarità tra giudicante e giudicato. Questa familiarità è certamente della massima intensità nel caso del coniuge, considerato anche il suo obbligo di coabitazione (art. 143, secondo comma, Cod. civ.) che pur non concerne le altre, nominate, situazioni. Così come è da condividere il ragionamento del primo giudice circa il carattere proprio dell'affinità (e secondo cui sarebbe irragionevole che sia causa di incompatibilità il rapporto di affinità, che è con i parenti del coniuge, ma non il rapporto di coniugio). Perciò, stante l'assolutezza della medesima ragione anche in rapporto al principio di imparzialità amministrativa, a maggior ragione la disposizione in questione (art. 18, comma 1, lett. b) e c) l. 30 dicembre 2010, n. 240), va considerata nel senso che include anche il caso del *coniugio* come situazione genetica della medesima incompatibilità. A tutta evidenza, ricorre il caso per cui *lex minus dixit quam voluit*. [...] Inoltre, non prevalendo il matrimonio sul principio di eguaglianza e su quello di imparzialità amministrativa, nessun rilievo in contrario può avere l'argomento per cui si tratterebbe di una scelta del legislatore che intende tutelare il matrimonio, salvo assumere che il biasimevole, ma non infrequente, fenomeno detto del familismo universitario vada addirittura istituzionalizzato".

Si veda anche CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, sentenza 6 agosto 2018, n. 4841, secondo cui il rapporto di coniugio impedisce la partecipazione alla procedura di concorso universitario. Nel caso di specie la candidata "al momento della partecipazione alla selezione conviveva *more uxorio*" e successivamente si sposava con un professore appartenente al medesimo Dipartimento. Secondo il Consiglio di Stato "Il fatto che, come ritenuto dal Tar, *ratione temporis*, alla procedura selettiva non sia applicabile l'art. 18, comma 1 lett. b) della legge n. 240/2010 – norma entrata in vigore il 29.1.2011 successivamente alla pubblicazione [...] del bando relativo alla procedura – non fa venir meno la portata *in apicibus* precettiva del principio d'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa in genere (cfr. art. 1 l. 241/90) e delle procedure concorsuali in specie, nelle quali *a fortiori* la parità di trattamento fra candidati e (con esso quale metro esclusivo di giudizio) il criterio meritocratico sono null'altro che portato pragmatico-applicativo dell'art. 97 cost."

Da ultimo, si veda CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, sentenza 24 dicembre 2018, n. 7216, secondo cui "L'espresso divieto sancito dall'art. 18, co. 1, lett. b), della l. n. 240/2010 [...], dev'essere necessariamente esteso anche al caso del rapporto di coniugio, per quanto non testualmente menzionato nella norma. Tanto si comprende alla luce della *ratio* sottesa alla disposizione. Se l'intento del Legislatore è stato quello di evitare qualsivoglia tipo di interferenza, onde garantire in modo assoluto l'imparzialità nelle tipologie di procedure quali quella in discorso, non avrebbe senso alcuno permettere la chiamata quando ricorre il rapporto di coniugio con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata e non invece quando ricorre la semplice affinità, che certamente è legame interpersonale senza dubbio di minore intensità. Va quindi condiviso l'orientamento secondo il quale l'elemento giustificativo dell'incompatibilità sancita dalla legge, ovvero la familiarità derivante dal rapporto di parentela o affinità tra uno dei candidati e i componenti degli organi dell'Ateneo (che possono incidere su una procedura di chiamata), tale da affievolire il principio di uguaglianza e la *par condicio* tra i candidati, raggiunge la massima intensità proprio nel caso del coniuge, considerato anche l'obbligo di coabitazione che esso implica. Sarebbe quindi illogico, anche in relazione al

peculiarità che caratterizzano il rapporto di coniugio, rispetto a quelli di affinità e di parentela, valorizzando in particolare “il diritto a partecipare ai concorsi” e le “molteplici ragioni dell’unità familiare”.

Proprio considerando queste due ultime nozioni cui la Corte espressamente fa riferimento per sostenere la non irragionevolezza della lamentata esclusione, è possibile tornare a riflettere sulle cd. “conseguenze dell’amore universitario”³ e soffermarsi su alcuni profili problematici che attengono, in generale, al regime delle preclusioni poste per l’accesso ai concorsi e che possono riguardare anche altre tipologie di “relazione che, nell’università come altrove”, si formano “nell’ambiente di lavoro dove si radicano le prospettive future di entrambe le parti”⁴, come le unioni civili e le convivenze *more uxorio*.

I dubbi di illegittimità costituzionale posti alla Corte, inoltre, richiamano l’attenzione su una questione processuale di più ampio respiro, che attiene, in generale, ai rapporti fra attività interpretativa costituzionalmente orientata e valutazione intorno alla non manifesta infondatezza demandate ai giudici comuni da un lato e sindacato di costituzionalità del Giudice delle leggi dall’altro.

Con la sentenza n. 78, pur con un passaggio forse un poco sbrigativo, ma che in fondo costituisce le fondamenta stesse della motivazione, si riassegna rilievo centrale e dirimente per la stessa interpretazione e conseguente applicazione della disposizione censurata - al contrario di quanto ritenuto, come si è visto, in alcune decisioni dai giudici amministrativi - al suo tenore testuale e, dunque, a ciò che essa “dice” e non anche a ciò che implicitamente “potrebbe voler dire”, “si vorrebbe che dicesse” o “dovrebbe poter dire”.

Il punto di partenza della motivazione della decisione nel merito delle questioni sollevate, infatti, è la riconosciuta (e non potrebbe essere diversamente) “espressa” testuale esclusione del coniugio dal novero dei rapporti che precludono l’accesso ai concorsi.

Proprio il chiaro tenore della disposizione ha indotto, ancor prima, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana a escludere di poter pervenire a una interpretazione costituzionalmente conforme e, non condividendo il ricordato percorso interpretativo fatto proprio dal Consiglio di Stato, a sollevare, più correttamente, le relative questioni di legittimità costituzionale.

In tale contesto si pone un’ulteriore questione di prioritaria importanza, che riguarda, come si vedrà oltre, non solo i limiti dell’attività interpretativa (e non creatrice) dei giudici, ma anche il ruolo (sempre più pervasivo) degli atti di indirizzo adottati dall’Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti del diritto⁵.

principio di imparzialità dell’azione amministrativa, non reputare che la norma includa il caso del coniugio come situazione genetica della detta incompatibilità, a maggior ragione se si considera che quest’ultima può derivare dall’affinità, vale a dire dal rapporto con i parenti del coniuge”.

M. G. MATTAROLO, “Le selezioni locali nei regolamenti degli atenei”, in *Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, 2016, III-IV, 382, riteneva, prima della sentenza n. 78 del 2019 della Corte costituzionale, che la questione dell’inclusione anche del rapporto di coniugio fosse stata correttamente risolta dalla giurisprudenza, sottolineando come “una diversa conclusione sarebbe incompatibile con la *ratio legis*”.

³ L’evocativa espressione è di P. VERONESI, “Una *quaestio* sulle ‘conseguenze dell’amore universitario’ ex art. 18, comma 1, lett. b, della ‘legge Gelmini’”, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 gennaio 2019.

⁴ CORTE COST., sentenza n. 78 del 2019.

⁵ Sul ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e sulle problematiche sottese, in particolare, alla qualificazione dei suoi atti si vedano innanzitutto M. D’AMICO, “Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto”, in *Rivista AIC*, 2018, IV, 103 ss., e F. MARONE, “Osservazioni sulla collocazione delle Linee guida dell’ANAC nel sistema delle fonti”,

Con specifico riguardo all'art. 18, primo comma, lett. b), della legge n. 240, infatti, oltre a fare propria la già richiamata discutibile interpretazione estensiva del giudice amministrativo, l'Autorità Nazionale Anticorruzione è giunta addirittura a estenderne ulteriormente l'ambito applicativo, ritenendo compresa nell'elenco dei rapporti preclusivi della partecipazione ai concorsi anche la convivenza *more uxorio*⁶.

2. Il “diritto a partecipare ai concorsi” e le “molteplici ragioni dell'unità familiare” nelle unioni civili ...

La decisione della Corte costituzionale conferisce alla disposizione censurata una “patente di non irragionevolezza”, nella parte in cui essa non vi include il coniugio, considerando le “peculiarità del vincolo matrimoniale rispetto a tutte le altre situazioni personali” ivi previste (ossia affinità e parentela fino al quarto grado compreso). La Corte, in particolare, ritiene che la disposizione “non può ritenersi irragionevole”, nella parte in cui riserva un diverso trattamento ai parenti e agli affini rispetto ai coniugi.

Tali peculiarità consistono, secondo la Corte, nel carattere “volontaristico” del rapporto e negli obblighi relativi a “convivenza, responsabilità e doveri di cura reciproca e dei figli”.

Questi elementi differenziali possono essere unitariamente ricondotti alle “molteplici ragioni dell'unità familiare” (garantita anche dalla “comune residenza coniugale”) cui fa riferimento la stessa Corte e che valgono a rendere non irragionevole l'esclusione del coniugio fra i rapporti che determinano l'incandidabilità nelle procedure di chiamata a professori di prima e seconda fascia.

Il bilanciamento fra il diritto di partecipare ai concorsi universitari e i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, dunque, può essere differenzialmente modulato, nel caso in cui venga in rilievo un rapporto matrimoniale, poiché in esso si inserisce quale ulteriore profilo di valutazione - a differenza dei rapporti di parentela e di affinità - anche l'esigenza di tutelare l'unità familiare.

Se pure le questioni sollevate siano state specificamente ritagliate sul matrimonio e, quindi, la Corte si pronunci solo sulla relativa esclusione dall'elenco dei rapporti che precludono la partecipazione alle procedure di chiamata a professore, ci si può interrogare sul destino delle parti dell'unione civile che, al pari del marito e della moglie, risultano testualmente esclusi dall'ambito applicativo della disposizione.

Proprio in ragione di questa “espresa” esclusione si deve innanzitutto ritenere impercorribile un'interpretazione che, superandone il chiaro tenore letterale, le includa fra i soggetti che non possono partecipare ai concorsi.

in A. PERTICI – M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2019, 65 ss., oltre che, in generale, I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016, e R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁶ AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, Delibera del 22 novembre 2017, n. 1208 (*Approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione*), sulla quale si vedano le osservazioni di F. DAL CANTO, “Le regole dell'anticorruzione nel governo dell'Università”, in A. PERTICI – M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, cit., 232 ss., e C. SICCARDI, “La prevenzione della corruzione e la promozione della trasparenza nel mondo dell'Università e della ricerca”, in *www.forumcostituzionale.it*, 8 maggio 2019, 4 ss.

Analoga e del tutto eccentrica operazione interpretativa, come si è visto, era stata al contrario ritenuta da parte della giurisprudenza amministrativa maggiormente aderente alla *ratio* dell'art. 18, comma primo, lett. b), conducendo alla sua estensione anche ai coniugi pur in assenza di un esplicito riferimento a questi soggetti.

Tale percorso interpretativo, nella prospettiva dei giudici amministrativi, avrebbe dovuto ricondurre direttamente la stessa disciplina a una maggiore coerenza interna, in ragione dell'obiettivo di evitare ogni tipo di interferenza e garantire in modo assoluto l'imparzialità nelle procedure concorsuali, oltre alla considerazione per la quale la stessa affinità deriva proprio dal rapporto di coniugio.

Superando impropriamente il dato letterale della disposizione, si è però impedito che sui profili di asserite irragionevolezza e incoerenza interne si pronunciasse la Corte costituzionale. Più correttamente, quindi, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, prendendo atto della testuale esclusione dei coniugi e non condividendo l'interpretazione estensiva fatta propria dal Consiglio di Stato, ha sollevato i relativi dubbi di illegittimità costituzionale, consentendo l'accesso delle questioni al Giudice delle leggi⁷.

Esclusa, quindi, per le medesime ragioni, la percorribilità di una simile interpretazione (tesa a estendere la portata applicativa della disposizione censurata anche alle parti dell'unione civile e che, dunque, le affianchi agli affini e ai parenti entro il quarto grado), in secondo luogo si potrebbero estendere alle parti dell'unione civile le medesime considerazioni svolte dalla Corte nella sentenza

⁷ Casi problematici analoghi, rispettivamente di impropria sostituzione del giudice comune al Giudice costituzionale nella valutazione intorno alla non manifesta infondatezza e di scorretto superamento della lettera della legge, sono costituiti dalle decisioni rese nella materia della fecondazione medicalmente assistita, regolata dalla legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), da TRIB. CATANIA, ordinanza 3 maggio 2004, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, III, 2088 ss., che dichiara la manifesta infondatezza dei dubbi di illegittimità costituzionale dell'asserito divieto assoluto di effettuare esami di diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni, su cui si veda M. D'AMICO, "Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto ...)?", in www.forumcostituzionale.it, 13 maggio 2014, e da TRIB. MILANO, ordinanza 7 aprile 2009, ined., e ordinanza 23 novembre 2009, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2010, VII-VIII, 774 ss., che avevano ritenuto la manifesta infondatezza dei dubbi di illegittimità costituzionale dell'espresso divieto di ricorrere alla fecondazione con donazione di gameti esterni alla coppia, su cui sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, "Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa", *ivi*, 777 ss.; da TRIB. SALERNO, ordinanza 9 gennaio 2010, n. 191, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, V, 1289 ss., che ha riconosciuto l'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita anche a una coppia né sterile né infertile, superando i testuali limiti posti dalla legge n. 40 del 2004. Nei primi due casi, le relative questioni sono in ogni caso riuscite ad arrivare davanti alla Corte costituzionale, nonostante tali decisioni di manifesta infondatezza (sentenze n. 162 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa; e n. 96 del 2015, che pur occupandosi dell'accesso delle coppie né sterili né infertili alle tecniche assistite al fine di poter effettuare la diagnosi genetica preimpianto ha implicitamente riconosciuto la legittimità di questo tipo di esame); nel terzo caso, invece, il giudice ha ritenuto di poter pervenire a una interpretazione conforme a Costituzione, garantendo direttamente in capo alla coppia richiedente la possibilità di accedere alle tecniche assistite pur in assenza dei requisiti previsti dalla legge n. 40 del 2004: la Corte costituzionale, cinque anni dopo, ha avuto occasione di pronunciarsi sulle medesime questioni, accogliendole e, dunque, garantendo con effetti *erga omnes* il medesimo risultato cui il giudice di Salerno impropriamente aveva ritenuto di poter giungere direttamente (ancora, sentenza n. 96 del 2015).

Sui limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione con specifico riguardo alla lettera delle disposizioni si vedano le osservazioni di M. LUCIANI, "Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione 'conforme a'", in www.federalismi.it, 8 agosto 2007, 6 ss., I. PELLIZZONE, "Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, I, 552 ss., e di M. BIGNAMI, "Il doppio volto dell'interpretazione adeguatrice", in www.forumcostituzionale.it, oltre che, in generale, M. D'AMICO – B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino, 2009, e G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, 123 ss.

n. 78 sul rapporto di coniugio, in ragione dell'omogeneità dei due istituti, senza che si renda necessario sollevare le relative (e identiche) questioni.

Si potrebbe ritenere, infatti, che, proprio sulla base dell'assimilazione fra coniugio e unione civile, anche tale esclusione rifletta una scelta altrettanto consapevole del legislatore, che non ha aggiornato, dopo l'introduzione della relativa disciplina nel nostro ordinamento con la legge n. 76 del 2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*), l'art. 18, comma primo, lett. b), della legge n. 240 del 2010 affiancando agli affini e ai parenti anche le parti dell'unione civile⁸.

Le ragioni dell'omogeneità fra matrimonio e unione civile si ritrovano, come è noto, nella legge n. 76 che, nel regolare per la prima volta l'unione fra persone dello stesso sesso, ha espressamente previsto che per assicurare effettività di tutela dei diritti e dei doveri derivanti dall'unione civile “le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso” (art. 1, comma 20).

Sulla base di questa clausola di equivalenza, dunque, sembrerebbe possibile assimilare i coniugi alle parti dell'unione civile, anche laddove, come nel caso in esame, entrambi non siano stati espressamente menzionati⁹.

Ciò anche considerando le peculiarità che, sempre secondo la Corte, caratterizzano il matrimonio e che sono proprie anche dell'unione civile: in particolare, l'elemento volontaristico, la comune residenza, la coabitazione, le responsabilità e i doveri reciproci. L'art. 1, commi 11 e 12, della legge n. 76 prevede che dall'unione civile “deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione”, che le parti sono “tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni” e che esse “concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune”.

Nonostante i due profili certamente di non secondaria differenziazione fra matrimonio e unione civile che il legislatore del 2016 ha inteso introdurre (non estendendo alla seconda il dovere di fedeltà fra i componenti dell'unione civile e la disciplina che regola le adozioni), si può nondimeno ritenere che analoghi dubbi di illegittimità costituzionale sarebbero ugualmente dichiarati infondati. A seguito della sentenza n. 78 del 2019 (e, ancora prima, a fronte del chiaro tenore della disposizione) anche rispetto alle parti dell'unione civile non può ritenersi affatto

⁸ In senso critico, sulla opposta possibilità si veda P. VERONESI, “Una *quaestio* sulle ‘conseguenze dell'amore universitario’”, cit., 4, che, prima della sentenza n. 78 del 2019 della Corte costituzionale, ha sottolineato come l'estensione dell'art. 18, comma primo, lett. b), della legge n. 240 del 2010 anche al matrimonio da parte dei giudici amministrativi avrebbe potuto condurre a ricomprendervi anche l'unione civile (oltre che la convivenza di fatto).

⁹ Su tale profilo in senso contrario si veda M. G. MATTAROLO, “Le selezioni locali nei regolamenti degli atenei”, cit., 383, che ritiene che la precisazione contenuta nella disposizione della legge n. 76 del 2016 che estende alle parti dell'unione civile le previsioni che riguardano i coniugi (ossia quella per cui essa varrebbe al solo fine di garantire l'effettività dei diritti e degli obblighi) impedirebbe di estendere l'incompatibilità di cui all'art. 18, primo comma, lett. b), della legge n. 240 del 2010 anche alle parti dell'unione civile, dopo averla ritenuta estesa ai coniugi. L'A. in ogni caso sottolinea come la *ratio legis* e le esigenze di trasparenza e di imparzialità dovrebbero condurre a ricomprendere anche l'unione civile nell'ambito applicativo della previsione, al pari del matrimonio.

In generale, sulla cd. clausola di equivalenza, si vedano G. BUFFONE – M. GATTUSO – M. M. WINKLER, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Giuffrè, Milano, 219 ss.

preclusa la partecipazione alle procedure di chiamata di professori universitari di prima e seconda fascia.

La Corte costituzionale non ha inteso specificare tale profilo, chiarendo la portata interpretativa della sua decisione, probabilmente tenendo conto non solo dei termini della questione (incentrata sul solo rapporto di coniugio), ma anche, e soprattutto, della prospettata interpretazione sistematica (che richiama la legge n. 76 e la clausola di equivalenza di cui all'art. 1, comma 20)¹⁰.

3. (Segue): ... e nelle convivenze *more uxorio*.

A seguito della sentenza n. 78 maggiori criticità, invece, si pongono in relazione alla diversa forma di famiglia, disciplinata anch'essa per la prima volta dalla legge n. 76 del 2016, che si fonda sulla convivenza *more uxorio*.

A questo proposito risulta particolarmente significativa e problematica la Delibera del 22 novembre 2017, n. 1208 (*Approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione*), con cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione non solo ha richiamato la giurisprudenza amministrativa che ha interpretato la disposizione censurata nel senso di ricomprendervi anche il non citato rapporto di coniugio¹¹, ma è giunta addirittura a ritenere che la medesima previsione si estenda anche alla convivenza¹².

La già richiamata discutibile operazione interpretativa compiuta dalla giurisprudenza amministrativa con specifico riferimento al matrimonio, la successiva presa di posizione ulteriormente estensiva dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (peraltro fatta propria anche dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca¹³) con riguardo alla convivenza e la circostanza per la quale le questioni definite con la sentenza n. 78 non riguardano quest'ultima tipologia di famiglia inducono a soffermarsi anche sul "destino" dei conviventi che intendano partecipare alle procedure di chiamata.

Al riguardo, resta certamente ferma, ancora una volta, la testuale "espressa" esclusione del rapporto di convivenza (al pari di coniugio e unione civile) fra le cause impeditive della partecipazione ai concorsi universitari e, quindi, si deve ritenere ogni tentativo di estendere in via interpretativa l'ambito applicativo dell'art. 18, comma primo, lett. b), ugualmente del tutto improprio anche e soprattutto alla luce della sentenza n. 78 del 2019.

A differenza di quanto si è prospettato per l'unione civile, invece, tenendo conto delle specificità che segnano indubbiamente la differenza fra convivenza e matrimonio (e, quindi, unione civile), analoga questione di legittimità costituzionale potrebbe essere sollevata rispetto agli artt. 3 e

¹⁰ Pur in senso opposto, P. VERONESI, "Una *quaestio* sulle 'conseguenze dell'amore universitario'", cit., 9, prefigurando gli esiti del giudizio costituzionale definito con la sentenza n. 78 del 2019 auspicava il ricorso allo strumento della declaratoria di incostituzionalità in via consequenziale rispetto alle parti dell'unione civile e anche ai conviventi di fatto.

¹¹ Per i relativi riferimenti si rinvia alla nota n. 2.

¹² M. G. MATTAROLO, "Le selezioni locali nei regolamenti degli atenei", cit., 382 s., richiama alcuni regolamenti di Ateneo che hanno incluso, oltre al rapporto di coniugio, anche quello di convivenza *more uxorio*, fra le cause impeditive della partecipazione ai concorsi.

¹³ Si tratta dell'Atto di indirizzo del 14 maggio 2018, n. 39 (*Atto d'indirizzo della Ministra Sen. Valeria Fedeli avente ad oggetto l'aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione – Sezione Università, approvato con Delibera ANAC n. 1208 del 22 novembre 2017*). Il Ministero a tale proposito ha in ogni caso fatto riferimento alla questione sollevata alla Corte costituzionale, in quel momento ancora pendente, indicando che "all'esito del giudizio di costituzionalità potranno fornirsi eventuali ulteriori indicazioni".

97 Cost. sulla medesima disposizione, nella parte in cui non include anche questa tipologia di rapporto.

La non menzione della convivenza dalla disposizione censurata potrebbe indurre a ritenere, richiamando la stessa sentenza n. 78 del 2019, che il legislatore abbia inteso escludere (altrettanto consapevolmente, al pari del matrimonio) ogni causa ostativa alla partecipazione ai concorsi universitari da parte dei conviventi¹⁴.

Potrebbe risultare tuttavia difficoltoso estendere alla convivenza di fatto in via automatica le considerazioni svolte sul coniugio dalla sentenza n. 78 (al contrario di quanto invece sembra possibile fare, come si è detto, per l'unione civile), considerando la consolidata giurisprudenza costituzionale che mantiene ben ferma la distanza fra le due tipologie di famiglia, in ragione delle caratteristiche che la connotano rispetto al matrimonio e che ben possono legittimare trattamenti differenziati.

In modo costante la Corte, infatti, non ha ritenuto configurabile alcuna “automatica parificazione delle due situazioni, ai fini di una identità di trattamento fra i rispettivi regimi” in ragione della “profonda diversità che caratterizza la convivenza more uxorio rispetto al rapporto coniugale”¹⁵. Questa profonda diversità è determinata, secondo la Corte, dai “caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri che nascono soltanto” dal matrimonio¹⁶, mentre la convivenza di fatto è “fondata sull'affectio quotidiana - liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti”¹⁷.

Nonostante questa irriducibile differenza, non sembra che nel rapporto di convivenza si possano escludere (quantomeno in via automatica e assoluta) quelle medesime esigenze di tutela dell'unità familiare che la Corte ha riconosciuto rendere ragionevole l'esclusione del matrimonio fra le cause impeditive della partecipazione ai concorsi universitari e che sono connesse innanzitutto all'elemento ugualmente volontaristico della sua costituzione, alla convivenza stessa e alla comune residenza (art. 1, commi 42, 43 e 44, della legge n. 76), oltre che ai doveri e alle responsabilità di assistenza morale e materiale reciproci (art. 1, comma 36).

¹⁴ In senso opposto, si veda ancora P. VERONESI, “Una *quaestio* sulle ‘conseguenze dell’amore universitario’”, cit., 4, che ancor prima della sentenza n. 78 del 2019 adombrava la possibilità di estendere l’ambito applicativo del divieto di cui all’art. 18, comma primo, lett. b), della legge n. 240 del 2010 anche alle convivenze di fatto.

¹⁵ CORTE COST., ordinanza n. 7 del 2010. Si veda, anche, CORTE COST., sentenza n. 140 del 2009, secondo cui non si potrebbero assimilare matrimonio e convivenza, al fine di desumerne “l’esigenza costituzionale di una parità di trattamento”. La Corte, in questa decisione, sottolinea che la “stessa Costituzione ha valutato le due situazioni in modo diverso [...]”. Infatti il matrimonio forma oggetto della specifica previsione contenuta nell’art. 29 Cost., che lo riconosce elemento fondante della famiglia come società naturale, mentre il rapporto di convivenza assume anch’esso rilevanza costituzionale, ma nell’ambito della protezione dei diritti inviolabili dell’uomo nelle formazioni sociali garantita dall’art. 2 Cost. (sentenza n. 237 del 1986”).

¹⁶ CORTE COST., sentenza n. 86 del 2009.

¹⁷ CORTE COST., sentenza n. 8 del 1996. La Corte giunge a riconoscere che “la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio rappresenta [...] un punto fermo di tutta la giurisprudenza costituzionale in materia ed è basata sull’ovvia constatazione che la prima è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della seconda (ex plurimis sentenza n. 127 del 1997)” (ordinanza n. 491 del 2000).

Sui profili giuridici sottesi alle convivenze di fatto si vedano L. CONTE, “Le unioni non matrimoniali”, in F. GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 43 ss., e G. BUFFONE, “Nozione ed elementi costitutivi”, in G. BUFFONE – M. GATTUSO – M. M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, cit., 433 ss.

Si veda, inoltre, F. BIONDI, “Quale modello costituzionale”, in F. GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, 3 ss., sulla possibilità di ricostruire una vera e propria “nozione costituzionale di famiglia” (ivi, 4) e, in particolare, sull’interpretazione dell’art. 29 Cost.

Dalla stessa giurisprudenza costituzionale in materia, peraltro, è possibile trarre ulteriori argomenti, che, sempre ben lungi dal rendere omogenee le due situazioni, hanno condotto in diverse occasioni il Giudice delle leggi a riconoscere sia per i coniugi sia per i conviventi il godimento di determinati diritti fondamentali.

E, infatti, la Corte ha ritenuto che, “in relazione ad ipotesi particolari, si possono riscontrare tra convivenza *more uxorio* e rapporto coniugale caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria una identità di disciplina”, che può essere assicurata dalla stessa Corte “attraverso il controllo di ragionevolezza imposto dall’art. 3 Cost. e che, in presenza di determinati presupposti, ha in concreto realizzato (sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988, nelle quali l’elemento unificante tra le due situazioni è stato ravvisato nell’esigenza di tutelare il diritto sociale all’abitazione, collocabile tra i diritti inviolabili dell’uomo *ex art. 2 Cost.*)”¹⁸.

Proprio tenendo conto di queste stesse statuizioni, non sembra potersi dare per scontato che quel medesimo “diritto a partecipare ai concorsi” così chiaramente individuato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 78 del 2019 in capo al marito e alla moglie non possa essere riconosciuto anche ai conviventi, in ragione delle “molteplici ragioni dell’unità familiare” che, certamente tipiche del vincolo coniugale, non possono certamente dirsi assenti o anche solo attenuate nel rapporto di convivenza.

4. Riflessioni conclusive: le prospettive di un (secondo) giudizio costituzionale.

Le motivazioni che sostengono la sentenza n. 78 nel riconoscere la non irragionevolezza dell’esclusione del matrimonio fra le cause impeditive della partecipazione ai concorsi universitari e, dunque, nel chiarire definitivamente, pur in modo alquanto sintetico e conciso, la posizione del coniuge assegnano un rilievo preponderante alle esigenze di unità familiare, nel contesto delle procedure concorsuali.

Tali “molteplici ragioni dell’unità familiare”, infatti, secondo la Corte, legittimano un “diverso bilanciamento” rispetto a quello riservato ai parenti e agli affini entro il quarto grado, garantendo il “diritto a partecipare ai concorsi” e rendendo le esigenze di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione connesse allo svolgimento degli stessi, di conseguenza, recessive¹⁹. L’esclusione dei parenti e degli affini entro il quarto grado, invece, si giustifica alla luce della mancanza di quelle medesime esigenze di unità familiare, che caratterizzano il solo rapporto di coniugio e che si rinvergono in particolare nell’elemento volontaristico, nella convivenza, nella responsabilità e nei doveri di cura reciproca e dei figli.

Fra queste caratteristiche del matrimonio il carattere volontaristico assume un rilievo ancor più significativo, per argomentare non solo l’irriducibile differenza rispetto ai rapporti di parentela e di affinità (rapporti, a tutta evidenza, non ugualmente “volontari”, quantomeno con riguardo alla

¹⁸ CORTE COST., sentenza n. 140 del 2009. La Corte, da ultimo, in modo molto chiaro e richiamando i propri precedenti, è giunta a ritenere che “la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell’una e dell’altro che possano presentare analogie ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell’art. 3 Cost.” (sentenza n. 213 del 2016).

¹⁹ La Corte costituzionale tiene in ogni caso a sottolineare che “l’imparzialità, la trasparenza e la parità di trattamento nelle procedure selettive” possono essere meglio garantite da “meccanismi meno gravosi, attinenti ai componenti degli organi cui è rimessa la valutazione dei candidati” (sentenza n. 78 del 2019).

parentela) che, quindi, rende non irragionevole l'esclusione del matrimonio dall'elenco delle cause impeditive della partecipazione ai concorsi, ma anche (e soprattutto) per dimostrare, al contrario, le conseguenze paradossali (e, quindi, irragionevoli) che determinerebbe il suo eventuale inserimento fra le cause impeditive della partecipazione ai concorsi. Un simile ulteriore motivo ostativo, infatti, sarebbe eludibile e, come sottolinea la stessa Corte, renderebbe del tutto priva di effetti la stessa previsione, frustrandone lo stesso obiettivo e, quindi, risultando ancor più irragionevole.

Se le medesime esigenze di unità familiare, a seguito della sentenza n. 78, non possono essere individuate in capo ai parenti e agli affini (pur, come si è già sottolineato, costituendo il vincolo coniugale il presupposto della stessa affinità), esse certamente possono estendersi, invece, in modo lineare e diretto, alle parti dell'unione civile, attraverso un percorso interpretativo che non supera affatto la lettera della disposizione e che tiene conto della sostanziale equiparazione fra questo tipo di relazione e il matrimonio. Tale equiparazione operata dalla legge n. 76 del 2016, nonché la *ratio* dell'art. 18, comma primo, lett. b), della legge n. 240 e dell'esclusione dei coniugi espressamente individuata dalla Corte costituzionale, al contrario, potrebbero far ritenere del tutto illegittima una eventuale modifica normativa, che includesse espressamente l'unione civile fra le cause impeditive della partecipazione concorsuale.

Le succinte argomentazioni della sentenza n. 78 del 2019, invece, sembrano rendere ancora più intensi i compiti demandati ai giudici comuni nel valutare eventuali profili di non manifesta infondatezza di analoga questione di legittimità costituzionale, con riferimento alla convivenza *more uxorio*, pure esclusa dall'art. 18, comma primo, lett. b).

Stante l'indubbia differenziazione fra matrimonio (e unione civile) e convivenza e a fronte della presa di posizione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (così come del Ministero) che include anche quest'ultima fra le cause di incandidabilità, l'unica soluzione, la più corretta, per chiarire - in un senso o nell'altro - l'esatta delimitazione e la portata del diritto alla partecipazione concorsuale resta il coinvolgimento della Corte costituzionale.

L'ipotesi, peraltro, non sembra affatto peregrina, se si considera che nei bandi di concorso di alcune Università sono stati inseriti ancora quali limiti alla partecipazione non solo il coniugio e l'unione civile, ma anche la convivenza di fatto, con ciò aderendo alla Delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e all'orientamento estensivo della giurisprudenza amministrativa, benché il Ministero, all'indomani della sentenza n. 78, abbia ritenuto "opportuno fornire alcune indicazioni interpretative relativamente ai requisiti di ammissibilità delle procedure in oggetto", invitando le Università "a voler verificare le disposizioni previste nei propri Regolamenti di autonomia al fine di rendere coerenti gli stessi con il richiamato principio", definito dalla Corte costituzionale²⁰.

²⁰ Si tratta delle indicazioni del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca del 18 aprile 2019 (*Procedure ex articoli 18, 22 e 24 della Legge n. 240/2010 – Cause di incompatibilità*).

C. SICCARDI, "La prevenzione della corruzione e la promozione della trasparenza nel mondo dell'Università e della ricerca", cit., 20, richiama specificamente il caso dell'Università degli Studi di Milano che ha adottato nell'aprile del 2018 un nuovo Regolamento relativo alla procedura di chiamata dei professori di prima e seconda fascia, inserendo quali cause ostative alla partecipazione il coniugio, l'unione civile e la convivenza di fatto (art. 11, quarto comma).

Si vedano al riguardo, per esempio, alcuni bandi dell'Università degli Studi di Milano pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale del 23 aprile 2019, n. 32, che fanno riferimento sia al coniugio e all'unione civile, sia alla convivenza di fatto. Con la Circolare del Rettore del 22 maggio 2019, n. 79 (*Rapporto di coniugio – Candidabilità a procedure di chiamata ex art. 18 e 24 Legge 240/2010*) si è annunciato l'immediato aggiornamento di tutti i bandi delle procedure selettive previste dalla legge n. 240 del 2010, che "non siano in linea con i principi affermati" nella sentenza n. 78 del 2019 della Corte costituzionale.

Tale circostanza, dunque, potrebbe offrire l'occasione per l'avvio di procedimenti tesi a farne valere l'illegittimità e imporrebbe, nell'ambito di tali medesimi giudizi, la loro sospensione e la conseguente rimessione alla Corte costituzionale.

Al contrario, sarebbero del tutto illegittimi gli eventuali tentativi dei giudici di pervenire a una interpretazione asseritamente conforme a Costituzione che, superando il chiaro tenore testuale dell'art. 18, comma primo, lett. b), ne estenda l'ambito applicativo anche ai conviventi.

Restano in ogni caso sullo sfondo le criticità che attengono, in generale, all'inquadramento degli atti di indirizzo e delle linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione che, nel caso specifico, superando - come il giudice amministrativo - la lettera della disposizione censurata, ha contribuito all'inserimento da parte delle Università nelle proprie procedure concorsuali anche dell'ulteriore requisito della mancanza di convivenza *more uxorio*.

Emergono con chiarezza, dunque, le ricadute non solo sul piano dei rapporti fra le fonti del diritto, ma anche, e di conseguenza, su quello della stessa garanzia dei diritti, riproponendosi quello che è stato definito un vero e proprio "dilemma", che pone il seguente interrogativo: "quando la pubblica amministrazione si autoassegna un ruolo 'creativo' del diritto, quale sarà poi il rapporto fra la stessa pubblica amministrazione e il suo giudice, quello amministrativo, nel giudizio? Soprattutto, quale sarà questo rapporto nei casi in cui il giudice a sua volta è chiamato [a] giudicare 'per principi?[']"²¹.

Il complesso contesto che si è descritto (caratterizzato da una iniziale interpretazione estensiva rispetto al matrimonio da parte della giurisprudenza amministrativa, richiamata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione che ne ha ritenuto possibile l'estensione ulteriore anche alla convivenza e anche dal Ministero; dalla stessa sentenza n. 78 della Corte, che invece tale interpretazione estensiva ha ritenuto impercorribile; infine, da alcuni bandi di concorso che ancora prevedono quali ulteriori cause di incandidabilità il matrimonio, l'unione civile e, soprattutto, la convivenza di fatto) sollecita, certamente, il delicato compito dei giudici comuni nell'unica direzione rispettosa delle regole del processo costituzionale in via incidentale e rende davvero ineludibile la tempestiva rimessione alla Corte della relativa questione²².

Alla luce delle peculiarità che caratterizzano la convivenza *more uxorio* e tenuto conto della *ratio* della disposizione che individua le stesse cause di incandidabilità, però, questo medesimo contesto rende maggiormente difficile prefigurare con certezza la futura decisione della Corte sul rapporto di convivenza nell'ambito delle procedure concorsuali.

²¹ M. D'AMICO, "Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto", cit., 117.

²² Come sottolinea M. D'AMICO, "Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?", cit., 2, la valutazione intorno ai profili di non manifesta infondatezza delle questioni "non assegna affatto al giudice il compito di selezionare soggettivamente le questioni da trasmettere alla Corte costituzionale, bensì quello di filtrare soltanto le questioni che, sulla base di indici oggettivamente verificabili, siano ritenute del tutto prive di fondamento".