

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 8248 del 2011, proposto da:

Mario Greco, rappresentato e difeso dagli avv. Laura Giordani e Bruno Nicoloso, con domicilio eletto presso Laura Giordani in Roma, via G.Avezzana n.51;

contro

Università degli studi di “Roma TRE”, in persona del Rettore pro tempore, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;;

per la riforma

dell' ordinanza cautelare del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 03755/2011, resa tra le parti, concernente COLLOCAMENTO IN QUIESCENZA DECORRENZA 01.11.2011 - DISAPPLICAZIONE PROLUNGAMENTO IN SERVIZIO L. N° 240/2010 - M.C.P.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell’Università degli Studi di Roma 3;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2011 il Cons. Roberto Garofoli e uditi per le parti gli avvocati Nicoloso, Giordani e l'avvocato dello Stato Stijano;

1. A seguito di istanza in data 11 marzo 2008, il professore appellante è stato autorizzato, con decreto del Rettore dell'Università "Roma TRE" n. 895 del 2008, a permanere in servizio per un ulteriore biennio oltre il normale limite d'età per collocamento a riposo ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 30 dicembre 1992, n. 503, con conseguente previsione di definitivo collocamento a riposo a far data dal 31 ottobre 2013.

Nelle more è intervenuto il decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133) che, all'art. 72, comma 10, ha annullato tutti i trattenimenti in servizio già autorizzati, con effetto dal 1° gennaio 2010, stabilendo, altresì, al comma 7, che i dipendenti qualora interessati al trattenimento, fossero tenuti a presentare una nuova istanza dai 24 ai 12 mesi precedenti il limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento.

Con nuova istanza del 9 novembre 2009 l'appellante ha quindi inoltrato domanda di trattenimento in servizio per un biennio ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 503 del 1992, come modificato dalla legge n. 133 del 2008, accolta con decreto del Rettore dell'Università "Roma TRE" 10 dicembre 2010.

E' quindi sopravvenuta la legge 30 dicembre 2010, n. 240, la quale, all'art. 25, ha disposto che "l'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 non si applica ai professori universitari".

Conseguentemente, con provvedimento prot. n. 7441/11 il Rettore dell'Università "Roma TRE", facendo applicazione e richiamando in motivazione l'art. 25 della legge n. 240 del 2010, ha rigettato l'istanza di trattenimento in servizio presentata dall'appellante, conseguentemente collocato a riposo.

2. L'odierno appellante, con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, ha impugnato, chiedendone in via incidentale la sospensione, il citato provvedimento del Rettore della Università "La Sapienza" di Roma, con il quale è stato disposto il rigetto dell'istanza di trattenimento in servizio ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992 ed il conseguente collocamento a riposo a far data dal 1° novembre 2011.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con ordinanza cautelare n. 3674 del 6 ottobre 2011 ha rigettato l'istanza cautelare proposta dall'odierno ricorrente.

Per ottenere la riforma di tale ordinanza e, quindi, l'accoglimento della domanda cautelare proposta, il ricorrente ha proposto appello innanzi al Consiglio di Stato, deducendo, sotto diversi profili, l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 della citata legge n. 240 del 2010, nella misura in cui preclude ogni possibilità di trattenimento in servizio dei professori universitari.

3. Con ordinanza n. 4895/11 del 9/11/11, questa Sezione, pronunciandosi in sede cautelare, ha disposto la sospensione del giudizio per la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, come da separata ordinanza.

Al fine di conciliare il carattere accentrato del sindacato di costituzionalità con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.; art. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), questo Consiglio di Stato, nell'ordinanza appena citata, ha concesso una misura cautelare "interinale", fino alla camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale, ordinando all'Amministrazione di ripronunciarsi sull'istanza di trattenimento in servizio presentata dal ricorrente, alla luce del quadro normativo esistente anteriormente all'entrata in vigore del citato art.

25 legge n. 240 del 2010, e, in particolare, dei criteri fissati dall'art. 72, comma 7, decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133).

4. Il Collegio ritiene che la questione di costituzionalità dell'art. 25 della legge n. 240 del 2010 (secondo cui "l'articolo 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, non si applica a professori e ricercatori universitari", con l'ulteriore specificazione che "i provvedimenti adottati dalle università ai sensi della predetta norma decadono dalla data di entrata in vigore della presente legge, ad eccezione di quelli che hanno già iniziato a produrre i loro effetti"), sia rilevante e non manifestamente infondata.

5. Con riferimento al requisito della rilevanza si osserva che la norma in esame è certamente applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio.

Con il provvedimento amministrativo impugnato in primo grado è stata respinta l'istanza del ricorrente proprio facendo applicazione dell'art. 25 legge n. 240 del 2010 che, alla luce del suo chiaro tenore letterale, preclude irrimediabilmente la possibilità di trattenimento in servizio per professori e ricercatori universitari, escludendo che nei loro confronti possa essere applicata la disciplina contenuta nell'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992.

5.1. L'applicazione che l'Università ha fatto di tale norma risulta corretta, atteso che non esistono spazi per una diversa interpretazione. Ed infatti, anche se l'istanza di trattenimento in servizio è stata presentata anteriormente all'entrata in vigore della norma, quest'ultima doveva comunque essere applicata. Ciò risulta chiaramente dall'ultimo periodo dell'art. 25 legge n. 240 del 2010, che specifica che "i provvedimenti adottati dalle università ai sensi della predetta norma decadono alla data di entrata in vigore della presente legge, ad eccezione di quelli che hanno già iniziato a produrre i loro effetti": se la norma, per espressa previsione legislativa, si applica anche ai casi in cui il provvedimento è già stato adottato, ma non ha iniziato a produrre effetti, essa deve, a maggior ragione, applicarsi laddove, come accade nel presente giudizio, l'istanza di trattenimento era stata solo presentata, ma non ancora positivamente riscontrata.

5.2. L'eventuale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 25 legge n. 240 del 2010 avrebbe così l'effetto di rimuovere l'ostacolo normativo all'applicazione dell'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992, consentendo, quindi, al ricorrente di ottenere che la sua istanza di permanenza in servizio sia esaminata (ed eventualmente accolta) dall'Università sulla base dei criteri introdotti dall'art. 72, comma 7, decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge n. 133 del 2008.

5.3. La rilevanza della questione non è parimenti esclusa dalla natura cautelare del giudizio nell'ambito del quale la questione di costituzionalità viene sollevata.

Il problema dei rapporti tra incidente di legittimità costituzionale e giudizio cautelare è oggetto di una significativa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Sul punto, la Corte costituzionale è costante nel ritenere inammissibile la questione di legittimità costituzionale per difetto di rilevanza qualora essa venga sollevata dopo l'adozione del provvedimento cautelare. Si afferma che, in tal caso, la rimessione alla Corte è tardiva in relazione al giudizio cautelare, ormai concluso, e prematura in relazione al giudizio di merito, in ordine al quale, il collegio, in mancanza della fissazione della relativa udienza di discussione, è privo di potere decisorio.

Per evitare, tuttavia, che la legge sospettata di incostituzionalità possa precludere definitivamente la tutela cautelare mortificando le esigenze di tutela immediata ad esse sottese – il che si tradurrebbe

in una palese violazione di fondamentali principi costituzionali (artt. 24 e 113 Cost.), o sovranazionali (art. 6 e 13 CEDU) – la giurisprudenza, nel tentativo di conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha sperimentato due soluzioni.

La prima consiste nel concedere la sospensiva, disapplicando la legge sospettata di incostituzionalità, rinviando al giudizio di merito la rimessione della questione di legittimità costituzionale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2; Cons. Giust. Amm., ordinanza 20 giugno 2001, n. 458).

La seconda consiste, invece, nella scomposizione del giudizio cautelare in due fasi: nella prima fase si accoglie la domanda cautelare “a termine”, fino alla decisione della questione di costituzionalità contestualmente sollevata; nella seconda fase, all’esito del giudizio di costituzionalità, si decide “definitivamente”, tenendo conto, per valutare se sussiste il *fumus boni iuris*, della decisione della Corte costituzionale, sulla domanda cautelare.

Tra le due soluzioni possibili, il Collegio ritiene preferibile la seconda, perché è quella che meno si allontana dai principi su cui si fonda il nostro sistema di giustizia costituzionale: essa evita, infatti, che il giudice a quo possa disapplicare “definitivamente” la legge, sottraendosi contestualmente anche all’obbligo, di cui all’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, di sollevare la questione di costituzionalità.

Tale soluzione, del resto, risulta anche in linea con quella accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea in ordine alla questione, per alcuni versi analoga, dei rapporti tra giudizio cautelare e questione pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea sulla validità di un atto comunitario.

La Corte di giustizia ha riconosciuto al giudice nazionale, nei casi di urgenza, il potere, di sospendere “interinalmente” l’esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale emanato in attuazione di un regolamento comunitario della cui legittimità dubiti, a condizione che: a) sollevi contestualmente la questione pregiudiziale per l’accertamento della validità del regolamento; b) rinvi la definizione del giudizio cautelare all’esito della decisione della Corte di giustizia sulla questione pregiudiziale (Corte giustizia U.E. 19 giugno 1990, C-213/89, *Factotame*; Id. 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 e C-92/89; Id., 9 novembre 1995, C-465/93, *Atlanta*).

Anche l’iter procedimentale delineato dalla Corte di giustizia è, quindi, nel senso dell’articolazione bifasica del giudizio cautelare: il giudice nazionale non può sospendere e rinviare al merito la pregiudiziale di validità, ma deve rimettere subito la questione alla Corte e concedere la misura cautelare in via meramente provvisoria, fino alla decisione della questione pregiudiziale.

Nonostante le innegabili diversità, questa fattispecie presenta anche alcune significative affinità con le situazioni nella quali viene in rilievo il rapporto tra processo cautelare e incidente di costituzionalità. In entrambi i casi, infatti, il giudice a quo, per concedere la tutela cautelare e apprestare una tutela giurisdizionale effettiva per i diritti dei singoli, esercita un potere di disapplicazione “provvisoria” (ora della norma comunitaria, ora della legge incostituzionale), rimettendo contestualmente la questione di validità al giudice cui il controllo di quelle norme sospettate di illegittimità spetta in via esclusiva (la Corte di giustizia in un caso, la Corte costituzionale nell’altro).

Anche la Corte costituzionale, infine, con riferimento a questioni di legittimità sollevate in sede cautelare, ha, in più occasioni, osservato che la potestas iudicandi non può ritenersi esaurita quando

la concessione della misura cautelare, come nella specie, è fondata, quanto al *fumus boni iuris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dovendosi in tal caso la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale (*ex plurimis*: sentenze n. 444 del 1990, n. 367 del 1991; n. 30 e n. 359 del 1995; n. 183 del 1997, n. 4 del 2000 nonché l'ordinanza n. 24 del 1995 e n. 194 del 2006).

5.4. Sempre in ordine alla rilevanza della questione, si osserva che nel caso di specie il requisito del *periculum in mora* merita positivo apprezzamento. E' evidente, infatti, che il tempo necessario per la decisione del ricorso nel merito potrebbe arrecare al ricorrente un pregiudizio grave e irreparabile, anche in considerazione del fatto che verrebbe a scadere il biennio in relazione al quale egli ha presentato la richiesta di trattenimento in servizio.

6. La questione di legittimità costituzionale non è manifestamente infondata.

6.1. L'art. 25 legge n. 240 del 2010, escludendo senz'altro l'applicazione dell'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992 ai professori e ricercatori universitari, sembra, infatti, porsi in contrasto con gli articoli 3, 33, 97 Cost..

Il Collegio ritiene, in particolare, che la deroga che la norma introduce rispetto alla disciplina generale di cui al citato articolo 16 d.lgs. n. 503 del 1992 appare irragionevole (perché non sorretta da una adeguata ragione giustificatrice), comunque sproporzionata rispetto alla finalità perseguita, e lesiva sia del principio del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), sia del principio dell'autonomia universitaria (art. 33, ultimo comma, Cost.), nella misura in cui priva le Università, discriminandole rispetto a qualsiasi altro ente pubblico, di ogni potere di valutazione in ordine alla possibilità di accogliere le istanze di trattenimento in servizio presentate dal personale docente, anche laddove tale prolungamento risulti funzionale a specifiche esigenze organizzative, didattiche o di ricerca. Si impedisce così alle università di dar corso ad una adeguata, seppur eccezionale, misura organizzativa in tema di provvista di personale, escludendone senza rimedio quello caratterizzato da una ben difficilmente ripetibile qualificazione scientifica, la cui disponibilità inerisce invece la specialità del servizio pubblico proprio delle università, consistente nella concreta trasmissione del sapere. L'effetto è, in danno dell'interesse generale e della funzionalità ad esso di quel servizio, quello dell'irrimediabile dispersione di risorse preziose, quanto oggettivamente infungibili a un tale riguardo.

La norma, inoltre, trovando applicazione anche nei confronti dei professori e dei ricercatori universitari che abbiano maturato un'aspettativa giuridicamente consolidata in ordine alla possibilità di permanere in servizio risulta lesiva del principio del legittimo affidamento e della sicurezza giuridica, che pure trova il suo fondamento, secondo quanto più volte affermato dalla Corte costituzionale, nell'art. 3 della Costituzione.

6.2. Giova, al riguardo, ricostruire brevemente la disciplina generale – contenuta nell'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992 – che si pone come *tertium comparationis* alla cui stregua valutare la ragionevolezza della differente disciplina introdotta dall'art. 25 legge n. 340 del 2010.

L'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 503 del 1992, dopo aver riconosciuto la facoltà per “i dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti”, specifica, nel periodo successivo (introdotto dall'art. 72, comma 7, del decreto-legge 25 giugno 2008, n.112), che “in tal caso è data facoltà all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di trattenere in

servizio il dipendente in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal dipendente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi”.

La norma generale, la cui applicabilità è esclusa dall'art. 25 legge n. 340 del 2010 per i professori e ricercatori universitari, prevede, quindi, in seguito alle modifiche introdotte dall' art. 72, comma 7, d.-l. n. 112 del 2008, un sistema nel quale il trattenimento in servizio del dipendente pubblico non è più rimesso ad un vero e proprio diritto potestativo del medesimo, della cui scelta l'Amministrazione deve limitarsi a prenderne atto, come accadeva, invece, in base all'originaria formulazione dell'art. 16.

In seguito alle modifiche intervenute nel 2008, l'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992 non contempla più un diritto soggettivo alla permanenza in servizio del pubblico dipendente, ma prevede che l'istanza che il dipendente ha facoltà di presentare venga valutata discrezionalmente dall'Amministrazione (la quale ha facoltà di accoglierla), e che essa possa avere accoglimento solo in concreta presenza degli specifici presupposti individuati dalla disposizione, i primi dei quali sono legati ai profili organizzativi generali dell'amministrazione medesima (“in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali”) e i seguenti alla situazione specifica soggettiva e oggettiva del richiedente (“in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi”).

6.3. Come la giurisprudenza amministrativa ha chiarito (cfr., in particolare, Cons. Stato, VI, 6 giugno 2011, n. 3360), con l'innovazione introdotta dall'art. 72, comma 7, d.-l. n. 112 del 2008, la permanenza in servizio oltre l'ordinario limite di età è divenuto istituto da considerare ormai eccezionale a causa delle esigenze generali di contenimento della spesa pubblica espressamente perseguito con la manovra di cui allo stesso decreto-legge, e segnatamente con le disposizioni del Capo II, tra cui è quella in esame. Pertanto la sua determinazione in concreto va sorretta, se nel senso della protrazione del servizio, da adeguate giustificazioni in relazione ai parametri di valutazione indicati dalla disposizione, la cui ragione va puntualmente esternata. Tra questi, secondo l'interpretazione giurisprudenziale deve considerarsi prevalente la considerazione delle effettive “esigenze organizzative e funzionali” dell'amministrazione, rispetto a cui “la particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti” rappresenta un criterio giustificativo necessario, ma ulteriore, e non già la ragione determinante.

Si tratta, infatti, di dar corso ad un'ipotesi eccezionale di provvista di docente, che deve essere adeguatamente giustificata da oggettivi e concreti fatti organizzativi, tali da imporre che si faccia ricorso ad un tale particolare strumento.

Questo Consiglio di Stato ha così precisato che l'esternazione di una tale giustificazione della scelta – insieme a quella sugli altri elementi richiesti, a seguire, dalla disposizione – è necessaria per dar conto del come e perché l'Amministrazione si determini, derogando alle esigenze di risparmio perseguite dalla legge, a seguire questa speciale via (cfr. ancora Cons. Stato, VI, 6 giugno 2011, n. 3360).

Non così è quando l'Amministrazione si determini negativamente, ricorrendo allora la situazione ordinaria di normale estinzione del rapporto lavorativo per raggiungimento dei limiti di età, che non richiede una speciale esternazione circa la particolare esperienza professionale dell'interessato.

La ratio della modifica del 2008 è, infatti, essenzialmente di contenimento finanziario e questo prevale, perché così vuole questa legge, sulla qualità professionale del docente: sicché è nella prima valutazione che va incentrata la scelta e ne va, se positiva rispetto alla disponibilità offerta dall'interessato, manifestata la ragione.

L'innovazione del 2008 ha invertito, quindi, il rapporto tra regola ed eccezione della legislazione del 1992. L'uso del termine "facoltà" descrive null'altro che la possibilità, da parte dell'interessato, di domandare all'Amministrazione il trattenimento in servizio, ma non più un diritto all'ufficio. La struttura della fattispecie definita dalla disposizione del 2008 si configura come eccezionale e sottopone l'accoglimento a rigorose condizioni.

7. Rispetto a tale disciplina, che, come si è appena visto, sottopone il mantenimento in servizio a rigorose condizioni, la scelta radicale, contenuta nell'art. 25 legge n. 240 del 2010, di escludere sempre e comunque per professori e ricercatori universitari ogni possibilità di mantenimento in servizio, appare irragionevole e sprovvista di una sostanziale giustificazione e, come tale, in contrasto con uno dei corollari del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., ovvero con il principio di ragionevolezza della legge.

Non pare ravvisarsi, infatti, una idonea ragione giustificatrice che possa essere addotta a sostegno della definitiva e totale esclusione, per questa speciale categoria di dipendenti pubblici, di qualsiasi possibilità di mantenimento in servizio oltre il normale periodo di servizio.

7.1. Non sembra, in particolare, rappresentare una valida giustificazione l'esigenza, che talvolta emerge anche nel corso dei lavori preparatori della legge n. 240 del 2010, di favorire il ricambio generazionale nelle Università. Qui, infatti, non è in discussione la realizzazione di tale obiettivo, che certamente rientra nella discrezionalità del legislatore, ma il bilanciamento che il legislatore deve compiere tra il suo perseguimento e la tutela di altri valori di primario rilievo costituzionale che possono essere incisi dalla scelta legislativa (cfr. Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239).

Nel caso di specie, la scelta legislativa appare sbilanciata e sproporzionata, perché, in nome dell'esigenza del ricambio generazionale, il legislatore non si fa carico delle negative ripercussioni che potrebbero derivarne sui principi del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e della tutela dell'autonomia universitaria (art. 33 Cost.).

Ciò emerge in maniera evidente se si considera che gli obiettivi che la norma persegue vengono già adeguatamente perseguiti dall'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992 che, in seguito alle modifiche del 2008, prevede l'eccezionalità del mantenimento in servizio, tanto da specificare che esso possa essere assentito solo in presenza di specifici e stringenti presupposti.

Nell'ambito di un sistema che già prevede come regola generale, anche per favorire il ricambio generazionale nell'ambito della pubblica amministrazione, l'eccezionalità del mantenimento in servizio, la scelta di escludere radicalmente, per i professori e i ricercatori universitari, ogni possibilità di prolungamento rischia di rappresentare una limitazione eccessiva e sproporzionata.

8. L'automatismo dell'interruzione del servizio al compimento dell'età prevista, e la totale esclusione di ogni possibilità di diversa valutazione da parte dell'Amministrazione, finisce, in particolare, per minare quei valori, anch'essi di rango costituzionale, che la norma generale (l'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992), qui richiamata come *tertium comparationis*, cerca al contrario di assicurare.

8.1. Si tratta, in primo luogo, del principio del buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.: l'art. 25 legge n. 240 del 2010 impedisce alle Università di poter disporre il mantenimento in servizio per un ulteriore biennio anche quando la continuità del servizio si imporrebbe in vista della necessità di soddisfare specifiche "esigenze organizzative e funzionali", cui l'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992 fa espresso riferimento. Il valore costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione – che non può non prendere in considerazione il

ricordato obiettivo della trasmissione delle conoscenze - è, in tal modo, totalmente obliterato, e questo, oltre a rilevare come autonomo profilo di incostituzionalità, rende ancor più evidente il vulnus, recato dalla rigidità introdotta, al richiamato principio di ragionevolezza.

8.2. Un ulteriore profilo di possibile incostituzionalità viene in rilievo anche in relazione all'art. 33, comma 6, Cost., che tutela l'autonomia funzionale delle Università, riconoscendo il "diritto delle stesse di governarsi liberamente attraverso i suoi organi e, soprattutto, attraverso il corpo dei docenti nelle sue varie articolazioni, così risolvendosi nel potere di autodeterminazione del corpo accademico (cosiddetto autogoverno dell'ente da parte del corpo accademico)" (Corte cost., 9 novembre 1988, n. 1017).

L'autonomia universitaria – che è autonomia organizzativa, contabile, didattica e scientifica – rischia di essere pregiudicata da una norma che preclude, invece, proprio alle Università ogni decisione sulla permanenza in servizio del proprio personale docente.

In tal modo, la disparità di trattamento tra categorie di pubblici dipendenti (i professori e ricercatori universitari rispetto al restante personale pubblico) viene a tradursi in una disparità di trattamento anche tra i relativi enti di appartenenza, negandosi proprio alle Università, titolari di un'autonomia funzionale costituzionalmente garantita, ogni margine di autonomo apprezzamento.

9. Un ulteriore profilo di irragionevolezza deriva dalla violazione del principio della sicurezza giuridica e di tutela del legittimo affidamento maturato in capo ai professori e ricercatori universitari per effetto della previgente normativa.

La Corte costituzionale ha già avuto occasione di affermare che nel nostro sistema costituzionale non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti.

Secondo la stessa giurisprudenza costituzionale, rappresenta, tuttavia, condizione essenziale che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto (cfr. sentenze n. 236 e n. 24 del 2009; n. 11 del 2007; n. 409 del 2005; n. 446 del 2002; n. 416 del 1999, n. 360 del 1995, n. 573 del 1990, n. 822 del 1988 e n. 349 del 1985).

Il principio del legittimo affidamento, in particolare, deve ritenersi violato (con conseguente incostituzionalità della legge per violazione del principio di uguaglianza, sotto il profilo del difetto di ragionevolezza), nel caso in cui la nuova norma incida, con una disciplina peggiorativa, su aspettative giuridicamente qualificate, che siano pervenute ad un livello di consolidamento così elevato da creare, appunto, quell'affidamento costituzionalmente protetto nella conservazione del pregresso trattamento.

Nel caso di specie, l'art. 25 legge n. 240 del 2010 sembra tradire il principio del legittimo affidamento nella misura in cui prevede che la disciplina da esso introdotta si applichi indistintamente a tutti i professori e ricercatori universitari, anche a quelli che, come il ricorrente, per molti anni hanno fatto affidamento su una disciplina che consentiva il mantenimento in servizio per un ulteriore biennio: inizialmente a semplice richiesta, e poi, in seguito alle modifiche introdotte dall'art. 72, comma 7, decreto-legge n. 112 del 2008, previa valutazione discrezionale dell'Amministrazione.

Al momento dell'entrata in vigore della norma censurata, il ricorrente era in procinto di iniziare il biennio di prolungamento, tanto che era già stato autorizzato in tal senso con decreto rettorale adottato sulla base della originaria disciplina dell'art. 16 d.lgs. n. 503 del 1992. Egli, pertanto, può ritenersi titolare non di una aspettativa di mero fatto, ma di una aspettativa giuridicamente rilevante, ormai pervenuta, per effetto del tempo trascorso e del provvedimento di autorizzazione al trattenimento in servizio già adottato, ad un livello di consolidamento tale da creare un legittimo affidamento.

Sotto tale profilo, l'art. 25 della legge n. 240 del 2010, nella misura in cui esclude dalla nuova disciplina soltanto i beneficiari di un provvedimento di mantenimento in servizio che abbia già iniziato a produrre effetti, opera una irragionevole disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente identiche, tutte comunque caratterizzate da un legittimo affidamento nel prolungamento biennale del rapporto.

10. Per quanto esposto, appare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 25 della legge 240 del 2010, in relazione agli articoli 3, 33 e 97 della Costituzione.

Per l'effetto, vanno trasmessi alla Corte costituzionale gli atti del giudizio sospeso con ordinanza pronunciata in data odierna.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), pronunciando sul ricorso in epigrafe, visti gli artt. 134 della Costituzione; 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1; 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli articoli 3, 33 e 97 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale di cui in parte motiva.

Ordina la immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina che a cura della segreteria della Sezione la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Roberto Garofoli, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)