

## **Sul diritto/dovere di disapplicazione delle norme da parte dei funzionari della Pubblica Amministrazione**

In riferimento al recente Decreto legislativo numero 1/2022, può essere necessario sviluppare alcune riflessioni relative ad importanti elementi di criticità del suddetto Decreto, per le ripercussioni che ne derivano sul piano della gestione amministrativa e funzionale dei nostri Atenei. Di solito, i vertici di ogni istituzione pubblica, quando devono applicare una nuova norma, affermano sempre che sono tenuti a farlo e non possono fare altrimenti.

Questa è un'affermazione imprecisa, nella misura in cui ai funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione (PA) è semmai richiesta l'applicazione della Legge (nel senso più ampio possibile) e non di una norma avulsa dal contesto normativo generale. In tal senso, il funzionario della PA dovrà sempre accertarsi che tale norma presenti determinati requisiti, che ne rendano legittima l'applicabilità.

Preliminarmente è utile svolgere alcune brevissime considerazioni proprio in riferimento agli obblighi che, per i funzionari pubblici, derivano dal disposto dell'art. 28 della nostra Costituzione, che recita, testualmente: *«I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici»*. L'interpretazione letterale di tale precetto porta dunque all'individuazione di una doppia e diretta responsabilità: una in capo al singolo dipendente pubblico ed una in capo all'Amministrazione (e, quindi, allo Stato) a tutela degli interessi legittimi del cittadino (garantiti, dalla Costituzione, ex art. 113) da condotte illecite, illegittime, o lesive tenute dalla PA e dai suoi funzionari: pertanto, se a produrre un danno a terzi è un pubblico dipendente, nell'esercizio dei propri compiti istituzionali, allora di quel danno risponderà «economicamente» sia il funzionario che anche l'ente di appartenenza, e l'art. 113 della Costituzione, all'ultimo comma prevede che *«La Legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»*.

Orbene, si tratta di capire come tale principio generale possa trovare concreta applicazione nel momento in cui un pubblico funzionario si trova a dover decidere se applicare o disapplicare una norma che presenta elementi di incostituzionalità; e giova precisare che detto funzionario, soprattutto nel caso in cui ricopra mansioni dirigenziali di alto livello, è assolutamente tenuto ad essere in grado di fare tale valutazione.

La questione è stata ovviamente ampiamente dibattuta, divenendo oggetto di numerosissime sentenze le quali, nel corso degli anni, sono riuscite a fare chiarezza, entro certi limiti, su una questione assai delicata, quella appunto della cosiddetta “disapplicazione della Legge” da parte di un funzionario pubblico, e sono emerse due distinte interpretazioni, che sono un fondamento giurisprudenziale ormai consolidato:

1. La prima concerne il rapporto tra l'applicazione di una Legge, o disposizione, che possa essere in contrasto con i principi e le disposizioni della nostra Legge fondamentale: proprio al fine di evitare che il funzionario si sostituisca all'autorità giudiziaria per ogni Legge che può essere chiamato ad applicare (con il rischio di una paralisi della PA), il Legislatore ha precisato che il funzionario della PA è sempre tenuto ad applicare dette disposizioni, ma pur sempre nel rispetto della Legge penale, nel qual caso il funzionario deve infatti sempre disapplicare ordini o disposizioni che la violino (per fare un esempio estremo, si pensi ad una norma che impone di picchiare o segregare gli Studenti che non rispondono correttamente alle domande di un esame). Questo aspetto è disciplinato anche dal *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*, contenuto nel DPR n. 3-1957, che recita: *«L'impiegato non deve comunque eseguire l'ordine del*

*superiore quando l'atto sia vietato dalla Legge penale».*

Quando invece la rilevanza penale è da escludere, si deve tuttavia tener conto delle seguenti ulteriori precisazioni, che discendono dal *Testo unico del pubblico impiego* (D.lgs. 165/2001): «*se ritiene che l'ordine sia palesemente illegittimo, il dipendente deve farne rimostranza a chi lo ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l'ordine è rinnovato per iscritto ha il dovere di darvi esecuzione; il dipendente non deve, comunque, eseguire l'ordine quando l'atto sia vietato dalla Legge, o costituisca illecito amministrativo*». La Corte di Cassazione, con una recente pronuncia (Corte di Cassazione, sentenza n. 31086 del 30 novembre 2018), ha riassunto i termini della questione nel modo seguente: «*il riferimento alla soggettiva percezione da parte del destinatario dell'ordine non elide la necessità di una illegittimità "palese", ma è finalizzato a fare sì che tutti i dipendenti pubblici, di ogni ordine e grado, collaborino alla legalità dell'agire della PA*». E ancora «*Ne risulta confermato che non sussiste un obbligo incondizionato del pubblico dipendente di eseguire le disposizioni, ivi incluse quelle derivanti da atti di organizzazione, impartite dai superiori o dagli organi sovraordinati, visto che il dovere di obbedienza incontra un limite nell'obiezione circa l'illegittimità dell'ordine ricevuto (Corte dei Conti Sicilia, sentenza 27 marzo 2014, n. 117e)*». E poi conclude «*È in quest'ottica che la normativa di legge e contrattuale stabilisce che l'esercizio della facoltà del dipendente di non eseguire un ordine, previa rimostranza a chi lo ha impartito, richiede, oltre alla palese illegittimità dell'ordine, anche che il dipendente non si limiti ad un mero rifiuto, ma concreti le sue motivate obiezioni, indicando le ragioni con dichiarazioni indirizzate a colui dal quale proviene l'ordine*».

Quindi il pubblico impiegato, se ritiene che l'ordine sia illegittimo, deve farne rimostranza al proprio superiore, indicandone le ragioni. Se il superiore insiste, deve dare esecuzione, tranne nel caso in cui si versi in un caso di violazione della legge penale o illegittimità "palese"; in tal caso potrà continuare a rifiutare di eseguire l'ordine.

2. La seconda fattispecie riguarda, invece, la questione dell'applicazione di una legge, o disposizione, che possa essere in contrasto con i principi fondamentali dei Trattati istitutivi dell'Unione europea; una responsabilità dello Stato "legislatore" è infatti stata riconosciuta per violazione del Diritto comunitario, per la prima volta in via giurisprudenziale con la sentenza 19 novembre 1991, pronunciata a definizione del celebre caso Francovich (Cause riunite C-6/90 e C-9/90, in Racc. p. I-5357), e poi confermata da una lunga serie di sentenze: Cassazione civile, sez. I, 10/09/2013, n. 20695; Cassazione civile, sez. VI, 12/04/2013, n. 9026; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 11/11/2013, n. 1540; Cassazione civile, sez. lav., 18/07/2012, n. 12367; Consiglio di Stato, sez. VI, 23/02/2009, n. 1054; Corte giustizia UE, sez. II, 29/04/1999, n. 224; Consiglio di Stato, sez. IV, 18/01/1996, n. 54; Corte Costituzionale, 11/07/1989, n. 389; Corte Giustizia UE, 22/06/1989, n. 103, ...

In altre parole, i funzionari della PA sono sempre tenuti ad applicare una Legge anche laddove sia incostituzionale, a meno che non lo sia palesemente o che la sua applicazione non abbia risvolti penali; viceversa la giurisprudenza afferma altresì che la P.A. deve disapplicare una legge in contrasto con i principi comunitari e, nel caso del DL in questione tale contrasto è immediatamente evidente, se non altro per le limitazioni imposte in un ambito – quella della libera circolazione – che è principio fondante del Diritto comunitario.

Su questo aspetto, peraltro, vi è da ricordare che i Regolamenti e le Direttive dell'UE sono immediatamente applicabili (cfr. Predieri et al) e hanno prevalenza su tutte le norme interne degli Stati aderenti; e visto che il ben noto Regolamento comunitario sul Green Pass, emanato nel 2020 (paragrafo 36 Regolamento UE n 953/2021) dispone di evitare "discriminazione diretta o indiretta" tra possessori e non possessori del Green Pass, cioè, nel caso della versione "rafforzata" (Super

Green Pass), tra vaccinati e non vaccinati, se i vertici di un Ateneo vogliono essere in regola dal punto di vista legale, sono a maggior ragione tenuti a disapplicare il DL 1/22.

Vi è peraltro un ulteriore elemento di criticità di questo DL: l'obbligo che ne deriva (e che concerne l'ambito sanitario, disciplinato dall'art. 32 della Costituzione, che prevede tassativamente che obblighi in tema di salute siano dati solo e soltanto da Leggi approvate dal Parlamento in via definitiva) dispone – con risvolti di illiceità anche penali – che esso venga espletato, anche in assenza di una sua conversione in Legge: ciò non dovrebbe potersi dare nel caso di trattamenti sanitari, neanche in condizioni di “stato emergenziali”, in quanto trattasi di obblighi che producono effetti irreversibili; infatti, è palese che il DL – per essere pienamente operativo e perfezionato – deve essere prima convertito in Legge entro 60 gg, pena decadenza del DL stesso: cosa succede se il DL in questione non viene convertito (quindi decade) con riferimento alle situazioni non reversibili che si vengono a creare in capo ai soggetti obbligati ad un trattamento sanitario effettuato nelle more della conversione in Legge?! Chi risulta responsabile di questa indebita applicazione?!

Peraltro, applicando le disposizioni contenute del D.L 7 gennaio 2022, n.1, relativo all'obbligo di possesso del Super Green Pass per il personale universitario, i funzionari incaricati di farlo eseguire si espongono al rischio di essere segnalati al Procuratore della Corte Penale Internazionale per partecipazione a crimini contro l'umanità e crimini di guerra, ai sensi dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

L'articolo 7 dello Statuto di Roma definisce infatti “crimine contro l'umanità” ogni atto persecutorio adottato contro un gruppo sociale, in questo caso identificabile dal suo status vaccinale. È evidente che la condotta del governo ricade in questa fattispecie, dove il requisito dell'intenzionalità nel cagionare danno al “gruppo sociale dei non vaccinati” è dato dall'evidenza, ormai acclarata e riconosciuta dalla comunità scientifica internazionale, dell'inefficacia dei vaccini covid nel fornire l'immunità sterilizzante richiesta dal Decreto: è dimostrato che questi trattamenti – non possono essere definiti “vaccini” in quanto non immunizzanti – non bloccano né l'infezione, né la trasmissione del virus, soprattutto rispetto alle varianti, e recenti studi suggeriscono addirittura un'efficacia negativa contro la variante Omicron. Dato che vaccinati e non vaccinati contribuiscono gli uni e gli altri alla trasmissione e alla diffusione del Sars-CoV-2, costringere i non vaccinati a sottoporsi all'inoculazione, pena l'esclusione dal mondo del lavoro e la perdita del sostentamento economico, rappresenta una persecuzione senza giustificazione nemmeno in termini di conformità allo scopo sanitario di proteggere la comunità, ed in quanto tale denunciabile alla Corte Penale Internazionale.

Sulla base della considerazione di cui sopra – i vaccini covid in realtà non sono vaccini ma meri trattamenti che, forse, in alcuni casi, riducono la gravità dei sintomi della malattia –, è ragionevole concludere che il governo italiano, con partecipazione e collaborazione dei funzionari della PA, sta obbligando il corpo docente e gli amministrativi delle Università italiane a sottoporsi ad un esperimento medico/biologico (cfr. art. 8 Statuto di Roma) dagli esiti incerti, in quanto, oltre all'inefficacia dimostrata nell'immunizzare, non ci sono dati sulla sicurezza dei sieri nel lungo periodo, e anche con riferimento alla sicurezza nel breve e medio periodo una ormai cospicua letteratura scientifica solleva dubbi sull'opportunità della vaccinazione di massa coatta; in caso di inadempienza, ai docenti e agli amministrativi che non vogliono o non possono vaccinarsi viene sottratto il diritto costituzionalmente garantito al lavoro e allo stipendio, con le inevitabili e drammatiche ripercussioni sulla propria vita privata e familiare.

Infine, una riflessione che colpisce soprattutto le figure del Rettore e, in subordine, del Direttore Generale: la Legge 81/2008 sulla sicurezza sui luoghi di lavoro impone al datore di lavoro (leggasi Rettore) la nomina di un Responsabile della sicurezza e l'estensione di un Documento unico di valutazione dei rischi; orbene, i vari decreti e la situazione di notevole incertezza sui meccanismi di contagio hanno imposto dei nuovi capitoli di valutazione dei rischi, che il rispetto del DL 1/22 non

allevia, anzi, aggrava sensibilmente, con grave pregiudizio a carico delle figure dirigenziali di un Ateneo. Si consideri infatti quanto segue: vi è ormai ampia evidenza scientifica che i tamponati negativi sono molto più sicuri sia dei vaccinati che dei non vaccinati, in quanto entrambe queste ultime categorie hanno la medesima possibilità di contagiare persone sane, che siano o meno vaccinate. Ebbene, visto che compito inderogabile del Rettore è di garantire la salute sul luogo di lavoro, egli rischia denuncia da parte di chiunque, sano (si pensi a Studenti vaccinati, o non vaccinati, ma tamponati negativi, e docenti vaccinati autorizzati ad accedere alle aule perché in possesso di Green Pass), venga contagiato all'interno dei locali del nostro Ateneo, sia per causa di un vaccinato che di un non vaccinato. Per questo avrebbe senso imporre i tamponi a tutti indistintamente, se davvero si vuole operare nell'interesse della collettività e, al contempo, se ci si vuole sollevare da responsabilità oggettive.

In conclusione, è bene che i vertici dell'Ateneo siano consapevoli del fatto che essi non sono affatto tenuti all'applicazione incondizionata del DL in questione, anzi, e che se vogliono essere ligi e rispettosi delle norme italiane e comunitarie, devono essere molto cauti nell'applicare il DL 1/22.

Chiedo che su tutti questi punti si provveda ad effettuare un interpello urgente all'Avvocatura dello Stato, per stabilire riassuntivamente se i funzionari e dirigenti dell'Ateneo siano davvero tenuti, come sembra ragionevole, a disapplicare il DL 1/22 in quanto:

- a. trattasi di DL e non ancora di Legge, quindi illegittimo in quanto se applicato produce effetti irreversibili in caso di non conversione;
- b. nel caso in cui non vi siano risvolti penali, il funzionario può dover preliminarmente esplicitare i suoi dubbi al riguardo nei confronti, ad esempio del Ministero, e chiedere conferme in risposta all'espressione motivata delle sue perplessità;
- c. sussistono criticità dal punto di vista penale (che esistono trattandosi di imposizioni che incidono sull'inviolabilità del proprio corpo), anche in relazione allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale;
- d. sono in contrasto con i principi fondamentali dei Trattati istitutivi dell'Unione europea;
- e. sono in contrasto con il paragrafo 36 Regolamento UE n 953/2021, che è norma giuridicamente superiore alle norme interne;
- f. non garantisce, anzi, aggrava i problemi relativi alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui alla Legge 81/2008.

Inserito: 13 gennaio 2022  
*Scienza e Democrazia/Science and Democracy*  
[www.dmi.unipg.it/mamone/sci-dem](http://www.dmi.unipg.it/mamone/sci-dem)