

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI DIRIGENTI PUBBLICI EUROPEI

di Barbara Gagliardi

SOMMARIO: 1. Libera circolazione dei lavoratori e impiego pubblico. – 2. I modelli di recepimento del principio di libera circolazione nel settore pubblico. – 3. Pubblici poteri, legittimazione tecnico-professionale e libera circolazione. – 4. Il reclutamento tra dimensione fiduciaria e professionalità.

1. *Libera circolazione dei lavoratori e impiego pubblico*

Il tema della libertà di circolazione dei lavoratori pubblici è tornato recentemente in rilievo per la nota vicenda dei direttori dei musei, o più precisamente dei «poli museali e degli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale»¹, ove alcuni incarichi conferiti a cittadini di altri paesi membri dell'UE sono stati oggetto di ricorso innanzi al giudice amministrativo per violazione della c.d. “riserva di nazionalità”².

¹ Cfr. d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. in l. 29 luglio 2014, n. 106, art. 14, c. 2 bis.

² Sulla vicenda si vedano M. GNES, *La dirigenza pubblica e il requisito della cittadinanza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 143 ss.; ID., *Musei italiani e direttori stranieri: la decisione dell'adunanza plenaria. Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, e G. MASSARI, *La selezione dei dirigenti nei “super-musei”: nuove riflessioni sugli atti interni contrari al diritto UE*, *ivi*, 2018, 609 ss.; F.G. ALBISINNI, *Musei italiani e direttori stranieri. I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, *ivi*, 2017, 492 ss.; M. CAMMELLI, *Direttori dei musei: grandi riforme, piccole virtù e un passato che non passa*, in *Aedon*, 2018, num. 1 (www.aedon.mulino.it). Più ampiamente su libertà di circolazione dei lavoratori e impiego pubblico si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012, 59 ss.; oltre a: V. MARCENÒ – F. PARUZZO, “Non c'è lavoro per tutti”. Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego, in A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017, 211 ss.; D. PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Dir. amm.*, 2017, 753 ss.; M. GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, 7 ss.; G. PEKASSA NDAM, *La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2012, 363 ss.; J.A. FUENTETAJA PA-

La questione è di peculiare interesse perché consente l'analisi dell'apertura ai cittadini dell'Unione degli impieghi nella pubblica amministrazione italiana, e in particolare di quelli della dirigenza, atteso che gli incarichi in questione attribuiscono la titolarità di uffici dirigenziali, generali o meno a seconda della qualificazione offerta dal regolamento di organizzazione del Ministero competente³.

Tale principio, come noto, è stato affermato a più riprese dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, anche con riferimento alla pubblica amministrazione, a partire dall'inizio degli anni '80 in sede di interpretazione dell'art. 39 e poi 45 del Trattato, ove è affermata la libertà fondamentale di circolazione dei lavoratori europei, che importa anzitutto il diritto di accedere, in condizioni di eguaglianza e al riparo da discriminazioni in ragione della nazionalità, ai posti di lavoro disponibili nei paesi membri.

La stessa previsione reca un'eccezione per la pubblica amministrazione (art. 45, § 4, TFUE) ispirata alla tradizione dei moderni Stati nazionali che hanno inteso l'accesso agli impieghi pubblici come un diritto politico e perciò correlato alla cittadinanza, in quanto espressione di un vincolo di appartenenza che è stato storicamente utile al rafforzamento dell'identità nazionale (art. 51, Cost.). In tal senso è quantomeno dall'epoca rivoluzionaria che la riserva di nazionalità per l'esercizio delle funzioni pubbliche si caratterizza come attributo dello *status civitatis*, e dunque come diritto riconosciuto al popolo divenuto sovrano, correlato all'obbligo di fedeltà e di difesa della patria (art. 54, c. 1°, e 52, Cost.), che danno fondamento al diritto esclusivo dei cittadini di accedere a «*toutes dignités, places et emplois publics*» (art. VI, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*)⁴.

STOR, *La libre circulación des empleados públicos*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 5, 2003, 44; M.A. SENDÍN GARCÍA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión europea*, Salamanca, 2005; J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, Groningen, 2001. Ulteriori riferimenti sono indicati in B. GAGLIARDI, *Dipendenti pubblici, libera circolazione e cittadinanza in Europa. Bibliografia ragionata*, in *Ius Publicum Network Review, Reports e documentazione*, sez. Enti pubblici - Funzionari e dipendenti, ottobre 2012, www.ius-publicum.com.

³ Cfr. d.P.C.M. 29 agosto 2014, art. 30, c. 3.

⁴ Sull'obbligo di fedeltà vedi *infra*, nt. 31. Per la giurisprudenza costituzionale sull'art. 52 Cost., si vedano: Corte cost., 12 aprile 1967, n. 53, con nt. di G. LOMBARDI, *Dovere di difesa, servizio militare e status di cittadino*, in *Giur. cost.*, 1967, 343 ss.; Corte

Nell'ordinamento dell'Unione, tuttavia, poiché l'eccezione alla libertà di circolazione per gli impieghi pubblici rappresenta una norma di deroga rispetto a un principio fondamentale, se ne è affermata nel tempo un'interpretazione restrittiva, ove si sono intese come "pubbliche amministrazioni" i soli uffici deputati ad assolvere ad «attività che partecipino all'esercizio di pubblici poteri» (art. 51, § 1, TFUE), caratterizzati cioè contemporaneamente dall'«esercizio – diretto o indiretto – di autorità pubblica» e dalla «cura e salvaguardia degli interessi generali dello Stato o di altri enti pubblici»⁵. Tale interpretazione restrittiva vuole favorire un'applicazione tendenzialmente omogenea del principio, che prescindendo dalle scelte organizzative nazionali e dal perimetro che i singoli ordinamenti riconoscono per quella che può definirsi come "pubblica amministrazione" nel senso più tradizionale del termine, consen-

cost., 14 febbraio 1973, n. 16, e Corte cost., 20 gennaio 1982, n. 31; Corte cost., 17 giugno 1992, n. 278; Corte cost., 18 maggio 1999, n. 172, con nt. di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi – Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1705 ss. Sull'obbligo di difesa della patria e sull'affermarsi della coscrizione militare obbligatoria: D. DALLOZ - A. DALLOZ, *Organisation militaire*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 34ème, II pt., Paris, 1870, 1867 ss. Per una ricostruzione recente dell'evoluzione in materia: P. DEL NEGRO, *Guerra ed eserciti da Machiavelli a Napoleone*, Roma-Bari, 2007, 44. Sulla difesa della patria come locuzione comprensiva di "difesa militare" e "difesa civile", da ultimo: E. CHITI, *L'amministrazione militare*, Milano, 2007, 70; vedi anche A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006, 234 ss.

⁵ C. giust., 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione c. Repubblica francese*; C. giust., 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*; C. giust., 27 novembre 1991, C-4/91, *Bleis*; C. giust., 2 luglio 1996, C-290/94, *Commissione c. Repubblica ellenica*; C. giust., 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust., 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust., 1° dicembre 1993, C-37/93, *Commissione c. Regno del Belgio*; C. giust., 30 maggio 1989, C-33/88, *Allué*; C. giust., 2 agosto 1993, C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué*; C. giust., 30 settembre 2003, C-47/02, *Anker*; C. giust., 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*; C. giust., 11 settembre 2008, C-447/07, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust., 10 dicembre 2009, C-460/08, *Commissione c. Repubblica Ellenica*; C. giust., sez. III, 10 dicembre 2009, C-345/08, *Pesla*. Si vedano inoltre Commissione, Comunicazione dell'11 dicembre 2002, COM(2002) 694 def., *Libera circolazione dei lavoratori - realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*; Commissione, Comunicazione del 18 marzo 1988, n. 88/C72/02, *Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri*.

tendo al contempo la massima espansione di uno dei fondamentali diritti affermati dai Trattati.

La libera circolazione dei lavoratori prima, e quella dei cittadini poi (art. 21, TFUE), si pone a principio “fondante” dell’ordinamento dell’Unione, nel senso che è dall’affermazione di tale libertà che è derivata quella degli ulteriori diritti nel tempo riconosciuti ai cittadini europei: non tanto quelli espressamente posti dalle norme del Trattato, che si tratti della protezione consolare o del diritto elettorale alle elezioni amministrative ed europee (artt. 20 e ss., TFUE), ma anche e soprattutto dei diritti di accesso alle prestazioni sociali e previdenziali, o alla tutela giurisdizionale, o ancora al ricongiungimento familiare, affermatasi tutti in quanto corollario della libertà di circolazione, che, per l’effetto, ha assunto il suddetto carattere fondativo dell’ordinamento dell’Unione⁶.

Tale interpretazione della libertà di circolazione ha consentito al giudice europeo di dichiarare la violazione del diritto UE – e dunque di aprire l’accesso – a una serie di impieghi nelle pubbliche amministrazioni nazionali: infermieri, insegnanti, musicisti presso enti lirici e orchestre municipali e comunali, impieghi della gente di mare, lettori di lingua straniera, impiegati nelle aziende e società statali o locali di gestione dei servizi pubblici, negli enti che gestiscono poste, telecomunicazioni e radiotelevisione, nella ricerca a scopo civile, e così via. Solo di recente la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi su una posizione di vertice amministrativo (presidente di autorità portuale)⁷, relativa per di più all’ordinamento italiano, adottando una decisione nel senso dell’ob-

⁶ Da ultimo si vedano in tema di esenzioni fiscali per disabilità: C. giust., 24 ottobre 2019, C-35/19, *BU*; sulle prestazioni previdenziali: C. giust., 14 marzo 2019, C-174/18, *Jacob e Lennertz*, C. giust., 14 marzo 2019, C-134/18, *Vester*, C. giust., 7 marzo 2018, C-651/16, *DW*, C. giust., 6 ottobre 2016, *Adrien e a.*; in tema di accesso ai benefici previsti dalle norme di diritto fallimentare (cancellazione dei debiti): C. giust., 11 luglio 2019, C-716/17, *A.*; sul diritto di soggiorno del partner che sia cittadino di uno Stato terzo con il quale il cittadino dell’Unione abbia una «relazione stabile debitamente attestata»: C. giust., 12 luglio 2018, C-89/17, *Banger*. Sulla libertà di circolazione come diritto fondativo dell’ordinamento UE si veda: R. CAVALLO PERIN, *Crisis del estado de bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, in J. L. PIÑAR MAÑAS (a cura di), *Crisis economica y crisis del estado de bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, Madrid, 2013, 155 ss. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 18 ss.

⁷ C. giust., 10 settembre 2014, C-270/13, *Haralambidis*.

bligo di apertura che prelude, come si vedrà, a quella assunta in sede nazionale sui direttori dei musei.

Tutto ciò senza dimenticare che, sebbene per taluni impieghi possa escludersi l'accesso, l'ammissibilità in astratto della riserva non vale a limitare la tutela europea una volta che i cittadini di altri paesi membri siano in servizio nelle pubbliche amministrazioni nazionali: in altri termini, al lavoratore europeo che abbia in qualche modo circolato si applica comunque la tutela antidiscriminatoria dell'art. 45, a prescindere dal fatto che si tratti di un dipendente pubblico o privato, e che l'impiego assunto rientri nel perimetro di quelli per cui l'ordinamento dell'Unione ammette (ma non impone) la riserva di nazionalità⁸. I funzionari pubblici assurgono perciò a quella condizione di *marketbürger* che tuttora segna lo *status* di *civis pleno iure* dell'ordinamento dell'Unione⁹, ove la tutela del cittadino non economicamente attivo continua ad essere a carattere diminuito, anche in ragione del ridimensionamento della cittadinanza europea affermatasi nelle più recenti evoluzioni¹⁰.

Come noto, la tutela antidiscriminatoria implica, secondo il lessico europeo, il divieto di discriminazioni dirette e indirette (art. 45, § 2, TFUE), oltre che di ostacoli che in qualunque modo impediscano o scoraggino l'esercizio della libertà di circolazione, pur se privi di carattere discriminatorio¹¹. Con peculiare riguardo all'impiego pubblico ciò

⁸ C. giust., 22 giugno 2017, C-20/16, *Bechtel*.

⁹ E. FERRARI, *L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 931, nt. 1.

¹⁰ La giurisprudenza europea più recente sembra aver segnato un passo indietro rispetto al riconoscimento della cittadinanza UE quale "status fondamentale dei cittadini degli Stati membri" (in tal senso: C. giust., 23 febbraio 2010, C-480/08, *Teixera*; C. giust., 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani*; C. giust. CE, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast*; C. giust., 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*). Al contrario la tendenza rilevabile da ultimo riafferma per il cittadino non economicamente attivo il possesso di sufficienti risorse economiche quale condizione della libertà di circolazione, seppur in base a un esame concreto della situazione individuale: C. giust., 14 giugno 2016, C-308/14, *Commissione c. Regno Unito*; C. giust., 25 febbraio 2016, C-299/14, *García-Nieto*; C. giust., 15 settembre 2015, C-67/14, *Alimanovic*; C. giust., 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*. In tema: J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford, 2018, 87 ss.; N. NIC SHUIBHNE, "What I Tell You Three Times Is True": *Lawful Residence and Equal Treatment after Dano*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 908 ss.

¹¹ Cfr. giurisprudenza citata *supra*, in nt. 6, si vedano: C. giust., 21 gennaio 2016,

si traduce non soltanto nel suddetto limite alla riserva di nazionalità, ma altresì nell'obbligo di garantire eguali condizioni di partecipazione alle procedure indette per il reclutamento, assicurandosi il mutuo riconoscimento di titoli di studio ed esperienze professionali maturate in altri paesi membri¹², insieme al divieto di requisiti linguistici o culturali che dissimolino nei fatti una preferenza per i nazionali¹³. Del pari la tutela si riflette sul rapporto di lavoro una volta costituito e cessato, garantendo ai dipendenti pubblici uguali diritti previdenziali a prescindere dalla provenienza geografica, o ancora il diritto al riconoscimento delle esperienze pregresse, anche se maturate in altri paesi membri, ai fini della definizione dell'anzianità di servizio, o dell'attribuzione di ulteriori benefici.

2. I modelli di recepimento del principio di libera circolazione nel settore pubblico

Il diritto dei cittadini di accedere agli impieghi pubblici al riparo da discriminazioni irragionevoli trova assai spesso espresso accoglimento nelle costituzioni nazionali dei paesi d'Europa quale peculiare applicazione del principio di eguaglianza¹⁴, consentendo per l'effetto di indivi-

C-515/14, *Commissione c. Repubblica di Cipro*; C. giust., 5 dicembre 2013, C-514/12, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH*; C. giust., 8 novembre 2012, C-461/11, *Ulf Kazmierz Radziejewski*.

¹² Da ultimo sul riconoscimento dei diplomi per l'accesso a posti d'impiego pubblico: C. giust., 6 ottobre 2015, C-298/14, *Brouillard*. Si vedano inoltre: C. giust., 26 giugno 2019, C-729/17, *Commissione c. Repubblica Ellenica*; C. giust., 6 dicembre 2018, C-675/17, *Preindl*; C. giust., 17 marzo 2011, C-372/09 e C-373/09, *Peñarroja Fa*.

¹³ Una rassegna sui requisiti professionali e linguistici rinvenibili negli ordinamenti dei singoli Stati membri e a carattere potenzialmente discriminatorio è rinvenibile in J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Current Issues and State of Play, Part II – Country Files, Report for the European Commission*, 2010. Da ultimo per l'affermazione dell'obbligo di richiedere la dimostrazione del requisito linguistico per l'accesso a posti d'impiego pubblico «in maniera proporzionata e non discriminatoria»: C. giust., 5 febbraio 2015, C-317/14, *Commissione c. Regno del Belgio*.

¹⁴ Si vedano ad es. la Costituzione del Portogallo, art. 47, co. 2: «*Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso*»; quella Spagnola del 1978, art. 23, co. 2: «*(Los ciudadanos) tienen*

duarvi uno di quei principi generali che fanno parte del diritto dell'Unione europea in quanto risultanti dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (art. 6, § 3, TUE)¹⁵. La proclamazione di un siffatto diritto di cittadinanza è in alcuni casi completata da una norma speculare, seppur autonoma, che – nella prospettiva del perseguimento dell'interesse pubblico – enuncia il principio del concorso quale generale modalità di reclutamento nella pubblica amministrazione¹⁶. Tuttavia,

derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes», ma anche art. 103, co. 3: «*La Ley regulará (...) el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad»;* in Francia la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (inserita a preambolo della *Constitution* del 1958), art. VI: «*Tous les Citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents»;* la Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), art. 33, co. 2: «*Ogni Tedesco ha, secondo le proprie qualità, attitudini e capacità specifiche, parità di accesso ad ogni pubblico ufficio»;* la Costituzione dei Paesi Bassi, art. 3 (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*): «*Tutti i cittadini olandesi devono avere uguale accesso ai pubblici impieghi»;* la Costituzione belga, art. 10: «*Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers»;* quella rumena, art. 16, c. 2: «*Funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condițiile legii, de persoanele care au cetățenia română și domiciliul în țară. Statul român garantează egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea acestor funcții și demnități»;* quella lituana, art. 33: «*Citizens shall have the right to participate in the governance of their State both directly and through their democratically elected representatives as well as the right to enter on equal terms in the State service of the Republic of Lithuania»;* quella greca, art. 4, c. 4: «*Only Greek citizens shall be eligible for public service, except as otherwise provided by special laws».*

¹⁵ In tema si vedano da ultimo: M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 2019, 1097-1118; S. CASSESE, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939 ss.; M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" in the Case-Law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue and Its Finest*, *ivi*, 949 ss.; M. COMBA, *Common Constitutional Traditions and National Identity*, *ivi*, 973 ss.; O. PORCHIA, *Common Constitutional Values and the Rule of Law: an Overview from the Eu Perspective*, *ivi*, 981 ss.

¹⁶ Oltre alla Costituzione italiana (art. 97, c. 4, Cost.), si vedano ad es. quella slovena, art. 122, Cost.: «*L'impiego nell'amministrazione dello Stato è possibile solo sulla base di competizioni aperte, salvo i casi previsti dalla legge»;* quella portoghese citata *supra*, in nt. 13.

anche ove la Costituzione faccia proprio il solo punto di vista del diritto individuale a un reclutamento imparziale e non discriminatorio, si ritiene pacificamente che il modello concorsuale abbia pari rango, poiché del primo è il precipuo strumento di attuazione¹⁷.

L'affermazione del diritto al reclutamento negli impieghi pubblici quale attributo della cittadinanza nazionale ha nondimeno subito ovunque il temperamento derivante dal recepimento del principio europeo di libera circolazione, secondo diversi modelli che – come ben evidenziano le più recenti rassegne sulle pubbliche amministrazioni dei paesi membri dell'Unione¹⁸ – giungono a configurare applicazioni del principio anche molto differenziate.

Così, nella maggior parte dei casi gli Stati membri enunciano in una previsione a carattere generale l'interpretazione della nozione di “pubblica amministrazione” accolta dalla giurisprudenza europea, riprendendo in termini più o meno coincidenti l'esclusione dal diritto di circolazione degli impieghi caratterizzati dall'esercizio di funzioni d'autorità e dal perseguimento degli interessi generali dello Stato. Alla previsione di ordine generale si accompagna molto spesso una “lista” d'impieghi riservati che può essere posta da un atto attuativo unitario o da singole disposizioni sparse, collocate nelle norme di disciplina dei vari “corpi” d'amministrazione (così ad es. in Italia, Francia, Estonia, Grecia, Cipro, Lettonia, Lituania, Lussemburgo e così via).

A volte la norma generale non riproduce l'interpretazione accolta dal giudice europeo, ma ne fornisce una propria, seppur ispirata ad una logica in qualche misura assimilabile, specie ove si valorizzi la componente d'autorità che caratterizza gli impieghi riservati, come quando si faccia riferimento a quelli caratterizzati dal «potere di limitare diritti e libertà degli individui» (Estonia)¹⁹.

¹⁷ In Francia *Conseil Constitutionnel*, 30 août 1984, n° 84-178 DC; in tema: F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 342.

¹⁸ Le più complete rassegne sui modelli di recepimento del principio di libera circolazione nei paesi membri dell'UE sono quelle offerte da J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Current Issues and State of Play*, cit. e poi da P. MINDERHOUD e B. FRIDRIKSDOTTIR, *Report on Posts in the Public Sector Reserved for Nationals. Developments in the 27 Member States in 2009-2012, Prepared for the European Commission by the Network on Free Movement of Workers*, July 2013.

¹⁹ In Ungheria invece il riferimento – invero forse eccessivamente vago e inidoneo a fini di certezza del diritto – è alle “*function subject to national security control or ... im-*

Se questa è la scelta prevalente (norma generale e singole previsioni attuative), vi sono anche talune ipotesi in cui le norme di attuazione difettano del tutto e la decisione circa l'apertura o l'esclusione dei cittadini europei è presa caso per caso, con la definizione del singolo procedimento di reclutamento (così ad es. in Austria, Germania e Belgio).

Vi sono persino ordinamenti in cui manca sinanco la previsione generale e l'eventuale esclusione riguarda ipotesi "eccezionali", a testimonianza di una cultura giuridica dell'impiego pubblico che in larga misura si differenzia dal modello "di carriera" tipico dell'Europa continentale, ove, come si è anticipato, l'accesso è assurto dalla tradizione a diritto politico, dunque di cittadinanza: così in Irlanda la riserva è prevista per la diplomazia, mentre altri impieghi altrove prevalentemente esclusi – tra cui anzitutto quelli nelle forze dell'ordine – sono aperti ai cittadini nazionali.

Anche là ove si opti per quello che si è detto essere il modello prevalente, le "liste" degli impieghi "chiusi" differiscono in modo significativo non soltanto per il carattere unitario o viceversa "frammentario" (perché contenute in atti diversi, di disciplina dei singoli corpi o settori d'amministrazione, come avviene ad es. in Grecia o in Francia), ma anche per il numero o novero di impieghi riservati e per il relativo criterio di individuazione.

Talora la lista è assai circoscritta, come avviene in Danimarca, ove tuttavia è d'interesse rilevare come per i cittadini europei si escluda comunque la formale attribuzione dello *status* di funzionario pubblico ("*civil servant*"), a beneficio della collocazione in posizioni "equivalenti".

La modalità di individuazione degli impieghi esclusi differisce a seconda che l'opzione sia per un criterio di tipo "funzionale" – dandosi rilievo alle mansioni e ai poteri associati al posto preso in considerazione – o invece si abbia riguardo a interi corpi o settori d'amministrazione.

Tale ultima scelta, secondo cui gli europei sono esclusi da *tutti* gli impieghi in un corpo o in una peculiare divisione organizzativa – che si tratti di un ministero o di un'agenzia – merita una peculiare attenzione,

portant and sensitive functions and the posts of a head of unit": cfr. P. MINDERHOUD e B. FRIDRIKSDOTTIR, *Report on Posts in the Public Sector Reserved for Nationals*, cit., 30.

rischiando di legittimare riserve che superano la *ratio* europea, viceversa incentrata sulle mansioni e i poteri associati al posto da ricoprire.

È infatti evidente che pur nei ministeri o nelle agenzie riconducibili alle c.d. “*fonctions régaliennes*” o d’autorità – che si tratti ad es. del Ministero degli Esteri, degli Interni, della Difesa e così via (come avviene ad es. in Bulgaria) – esistono impieghi e mansioni del tutto estranei all’esercizio del pubblico potere, così come non pare rispondere a una tale logica l’esclusione di interi “corpi” o ruoli d’amministrazione (es. in Spagna), che gli stessi coincidano con peculiari settori o siano trasversali a più enti o partizioni amministrative.

In Italia l’occasione di riflettere sul modello di recepimento del principio di libera circolazione è stata di recente offerta, come si è anticipato, dalla vicenda dei direttori dei musei, ove – a fronte del ricorso esperito da alcuni cittadini italiani per l’annullamento del conferimento dell’incarico di livello dirigenziale a candidati privi della cittadinanza nazionale – il giudice amministrativo ha rigettato il motivo fondato sulla violazione della riserva di nazionalità scegliendo di non applicare le norme italiane di attuazione del principio europeo²⁰.

L’intento della costituzione dei poli museali e istituti di cultura di rilevante interesse nazionale è stato d’altra parte dichiaratamente quello di adeguare l’Italia agli “standard internazionali”, dunque anche con l’assunzione di chi tali standard abbia direttamente sperimentato, consentendo nel contempo un’apertura della cultura italiana ad una dimensione più ampia, che ne faciliti la diffusione e valorizzazione.

Il nostro ordinamento accoglie il modello prevalente secondo cui una norma generale e di rango primario riproduce la definizione di impiego riservato offerta dalla giurisprudenza dell’Unione e, a propria volta, è attuata da una fonte secondaria che pone l’elenco degli impieghi esclusi (d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, di attuazione dell’art. 38 del testo unico del pubblico impiego).

Più precisamente, la norma primaria consente ai cittadini dell’Unione – e poi anche ai cittadini di paesi terzi titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo, o dello *status* di rifugiato o di quello di protezione sussidiaria, che ai primi sono assimilati – di accedere in condi-

²⁰ Cons. St., ad. plen., 25 giugno 2018, n. 9; nello stesso senso già Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3666. In senso contrario: Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2018, n. 677.

zioni d'eguaglianza rispetto ai nazionali ai posti di lavoro presso la pubblica amministrazione, purché «non implicino esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, *ovvero* non attengano alla tutela dell'interesse nazionale». Di tale previsione si era già in passato evidenziato il carattere eccessivamente estensivo, atteso che trasforma in disgiuntivo un requisito che il diritto europeo vuole invece come cumulativo (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 38).

La non applicazione scelta dal giudice amministrativo ha reso inutile la legge di interpretazione autentica intervenuta nelle more del giudizio, con cui il legislatore aveva chiarito che alle procedure di selezione pubblica internazionale previste per i direttori dei musei non si applicano i limiti di accesso di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 165 del 2001, cit.²¹. L'effetto tuttavia non è solo di rendere superflua tale previsione, ma è ovviamente anche quello di offrire un precedente suscettibile di rimettere, almeno in parte, in discussione i criteri di identificazione degli impieghi sottratti alla libera circolazione così come recepiti nell'ordinamento nazionale.

Le norme di attuazione infatti precludono ai cittadini europei l'accesso a (tutti) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, oltreché ai posti «con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni, nonché delle regioni e della Banca d'Italia» (d.P.C.M. n. 174 del 1994, cit., art. 1, lett. a e b). Le «funzioni di vertice amministrativo» sono definite come quelle che «comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi», oltre che quelle «di controllo di legittimità e di merito», risultandone per l'effetto esclusi tutti i posti che comportino la titolarità di organi in molteplici settori dell'amministrazione, anche ove ai cittadini europei sia riconosciuto il diritto di elettorato rispetto ai corrispondenti organi politici. Data infatti l'inclusione degli enti locali tra le amministrazioni ivi considerate, si giunge alla situazione per cui i cittadini europei possono votare ed essere letti come sindaci e consiglieri comunali (art. 22, § 1, TFUE), ma non possono partecipare ai concor-

²¹ D.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96, art. 22, co. 7 *bis*, di interpretazione autentica del d.l. n. 83 del 2014, cit., art. 14, c. 2 *bis*.

si che diano accesso alle funzioni di dirigente – o “vertice amministrativo” – delle medesime amministrazioni, ivi compresi gli incarichi caratterizzati dalla predominanza di elementi “tecnici” o di gestione economica, come nel caso del governo del territorio o della disciplina del commercio, o persino di quelli strumentali alla mera organizzazione interna dell’ente e prevalentemente incapaci di produrre effetti nei confronti dei terzi (es. gestione del personale, bilancio, ecc.).

Secondo le norme del Trattato è lo *status* di “cittadinanza amministrativa” fondato sulla residenza a dimostrare un sufficiente vincolo di appartenenza alla comunità locale²² ai fini del riconoscimento del diritto di elettorato (art. 22, § 1, TFUE), completando la cittadinanza europea che a tal fine pare di per sé sola insufficiente²³. Lo stesso *status* tuttavia non può essere invocato per consentire la partecipazione ai concorsi per i posti di vertice amministrativo indetti dai medesimi enti territoriali. Ciò malgrado la crescente rilevanza della residenza quale indice di un soddisfacente «livello di integrazione nella società»²⁴, vieppiù invocato a

²² Sulla residenza come cittadinanza amministrativa nel senso di «appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana», che attribuisce la «legittimazione agli obblighi di polizia amministrativa e ai servizi pubblici»: R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 202, ss.; ID., *L’ossimoro della locuzione “cittadinanza globale”*, in *Dir. amm.*, 2005, 216 ss. Si vedano inoltre: C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 485 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, 3 ss.

²³ Secondo taluni per la stessa assenza di un’identità europea che possa dirsi largamente condivisa, atteso che ad oggi essa può dirsi percepita per lo più dalla classe medio-alta il cui stile di vita è in genere più mobile, in tal senso da ultimo: P. L. LINDSETH, *The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance*, in F. BIGNAMI (ed.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, New York, 2020, 505 ss., ove in particolare si richiama J.W. MÜLLER, *What is Populism?*, Philadelphia, 2016.

²⁴ Si veda ad es. la giurisprudenza sull’attribuzione di provvidenze economiche agli studenti europei, ove si ammette che possa essere subordinata all’esercizio di un’attività lavorativa o alla residenza prolungata nel paese di destinazione, o ad altri elementi che comunque testimonino un «legame effettivo con la società di tale Stato»: C. giust., 14 dicembre 2016, C-238/15, *Linares Verruga e a.*; C. giust., 2 giugno 2016, C-233/14, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*; C. giust., 26 febbraio 2015, C-359/13, *Martens*; C. giust., 4 ottobre 2012, C-75/11, *Commissione c. Repubblica d’Austria*; C. giust., 18 novembre 2008, C-158/07, *Förster*; C. giust., grande sezione, 15 marzo 2005, C-209/03,

legittimazione della pretesa a prestazioni e benefici sociali che trovano un correlato nel dovere di solidarietà assunto dall'individuo nei confronti del gruppo (in questo caso locale) di appartenenza²⁵.

Il modello di recepimento del principio di libera circolazione usato nell'ordinamento italiano combina tale criterio funzionale, che appunto valorizza le mansioni e i poteri associati al posto, con quello viceversa fondato sul "grado" attribuito – l'esclusione come si è detto vale per tutta la dirigenza pubblica – o sul settore di amministrazione.

Così non soltanto si escludono gli europei dalla dirigenza pubblica, ma più ampiamente sono riservati ai cittadini nazionali *tutti* i posti (*sic!*) dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, dell'interno, di grazia e giustizia, della difesa, delle finanze e del Corpo forestale dello Stato, a prescindere dal tipo di mansioni in concreto esercitate²⁶.

Bidar, C. giust., 23 marzo 2004, C-138/02, *Collins*. Per una diversa conclusione: C. giust., 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*. In tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, Padova, 2018, 115 ss. In Italia ammette la richiesta di peculiari requisiti in capo al cittadino extracomunitario per l'accesso a prestazioni sociali, al fine di comprovarne l'inserimento stabile e attivo nella comunità di residenza: Corte cost., 15 marzo 2019, n. 50. In tema da ultimo si veda M. CONSITO, *L'accesso al welfare e i limiti all'universalità delle prestazioni: ipotesi di discriminazione indiretta dello straniero*, in M. NALDINI, T. CAPONIO, R. RICUCCI (a cura di), *Famiglie in emigrazione. Politiche e pratiche di genitorialità*, Bologna, 2019, 46 ss.

²⁵ Osserva come sia «la residenza – e non la cittadinanza – a rendere attuale e far sorgere i doveri di solidarietà verso tutti (*erga omnes*) gli appartenenti alla comunità di riferimento, sia essa un comune, una regione e infine una nazione», dandosi dunque contemporaneamente diverse appartenenze, a comunità di diverso livello, che fondano diritti e doveri di solidarietà a propria volta differenziati: R. CAVALLO PERIN, *Migrazioni, diritti dell'uomo e circolazione tra ordinamenti giuridici*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019, 140.

²⁶ Per alcuni esempi recenti di concorsi riservati ai cittadini italiani in ragione dell'amministrazione che bandisce, senza distinguere con riferimento al tipo di mansioni: d.m. Min. Interno, 26 aprile 2008, per l'attribuzione di n. 115 posti con il profilo professionale di assistente amministrativo contabile nell'amministrazione civile dell'Interno, uffici periferici; Commissione per l'attuazione del progetto Ripam, Concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura di n. 44 posti di funzionario dell'area della promozione culturale, del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, pubbl. in GU n. 56 del 17-7-2018. Altri esempi sono in V. MARCENÒ, *Lo straniero e il pubblico impiego tra "privilegio" del cittadino e dignità del lavoro*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 235.

L'accoglimento della prospettazione europea viceversa induce al superamento dell'impostazione tipica del pubblico impiego c.d. "di carriera", ove – per usare l'espressione francese – si distingue il "grado" dall' "impiego" in concreto esercitato, nel senso che si riconosce al singolo dipendente la titolarità del primo, mentre il secondo rimane a disposizione dell'amministrazione²⁷, alla cui valutazione discrezionale è rimessa in concreto l'attribuzione delle mansioni, con un esercizio del c.d. *ius variandi* del datore di lavoro che è circoscritto soltanto dal necessario rispetto del principio di equivalenza (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 52).

La valorizzazione delle mansioni associate al posto che deriva dall'impostazione europea trova spiegazione nel fatto che solo talune possono essere soggette alla riserva di nazionalità – quelle che in concreto comportano l'esercizio di funzioni di autorità e la salvaguardia degli interessi generali dello Stato – mentre le altre, che pur possono essere esercitate da dipendenti assunti nei medesimi ruoli organici, devono essere necessariamente aperte ai cittadini europei.

Proprio in Francia si è ritenuto che l'interpretazione europea della libertà di circolazione minacciasse il modello d'impiego di carriera accolto dalla disciplina sulla *fonction publique*²⁸ nelle sue essenziali caratteristiche costitutive²⁹, a partire dal tipico reclutamento basato sul si-

²⁷ Da ultimo si vedano Ch. FORTIER, *Le cas de la France: du statut général des fonctionnaires à un code général des relations professionnelles?*, in J.-P. DUNAND – P. MAHON – S. PERRENOUD (éds.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève-Zurich-Bâle, 2016, 394; A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Paris, 2019, 133.

²⁸ La questione della compatibilità tra modello di carriera e accesso dei cittadini europei è affrontata da *Conseil d'Etat*, 31 janvier 2002, n° 366.313: «pour apprécier si un corps ou un cadre d'emplois est accessible aux ressortissants des autres États membres de la Communauté (...), il convient de se référer aux missions qui leur sont assignées par leur statut particulier. Si ces missions correspondent, pour l'essentiel, à celles mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus, l'accès à ce corps ou à ce cadre d'emplois est fermé aux ressortissants communautaires».

²⁹ È nel solco del recepimento del diritto dell'Unione europea che il legislatore francese ha introdotto per la prima volta i contratti a tempo indeterminato nel pubblico impiego con la l. loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, *portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, art. 13; cfr. D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, in *Mélanges en*

stema delle scuole amministrative³⁰, secondo un argomento che è stato invero utile a favorire una più larga introduzione del contratto nella gestione di rapporti di lavoro sino a tempo recente disciplinati esclusivamente da fonti di diritto pubblico³¹.

l'honneur de Jacqueline Morand-Deville, Paris, 2007, 368 ss.; F. MELLERAY, *Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946?*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2006, 185 ss.; J.M. LE MOYNE DE FORGES, *La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, in *Actualités juridiques Droit Administratif (AJDA)*, 2005, 2285 ss.; ID., *Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique?*, in *Revue française d'Administration publique (RFAP)*, 2010, 702; ID., *Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles?*, *ivi*, 2003, 1917 ss.; F. KAUFF-GAZIN, *L'influence des concepts de droit communautaire sur le droit de la fonction publique ou comment le droit communautaire opère la réduction du champ du droit public...*, in G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR, D. RITLÉNG (sous la direction de), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, 2007, 203 ss.; H. OBERDOFF, *L'influence du droit communautaire sur la fonction publique*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (sous la direction de), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2008, 1041 ss.; C. FERRARI-BREEUR, *La loi du 26 juillet 2005 ou le droit communautaire cause réelle et prétexte à une modification du droit français de la fonction publique*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, n. 35, 29 Août 2005, 1305 ss.; J. BOURDON, *Vers une banalisation du droit de la fonction publique?*, in *Actualités Juridiques Fonction Publique (AJFP)*, 2005, 284 ss.; M. POCHARD, *Les implications de la libre circulation: plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2003, 1906 ss.; G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2003, 1194 ss.

³⁰ A partire dal c.d. "arrêt *Burbaud*", C. giust., 9 settembre 2003, C-285/01, *Burbaud*, che ha riguardato il caso di una cittadina portoghese già amministratrice ospedaliera nel paese di provenienza cui si era negata la mobilità verso analogo impiego nella sanità francese poiché non aveva frequentato la corrispondente scuola amministrativa (*École des Hautes Études en Santé Publique*, EHESP). In tale occasione la Corte di giustizia ha dichiarato l'obbligo sproporzionato perché la ricorrente aveva frequentato una simile formazione nel paese di origine, oltre ad avervi già esercitato le stesse mansioni. La crisi del sistema delle scuole è testimoniata dalle proposte di abolizione dell'Ena recentemente avanzate dal Presidente della Repubblica Macron: *Macron confirme la disparition de l'ENA et des grands corps*, in *Le Monde.fr*, 26 avril 2019.

³¹ Per la recente evoluzione verso la «*déviaton contractualiste*», con significativo aumento delle possibilità di ricorrere al contratto in luogo del regime di diritto pubblico nella *fonction publique* francese si veda la l. n° 2019-828 du 6 août 2019, *de transformation de la fonction publique* (c.d. "loi *Dussopt*"), su cui A. TAILLEFAIT, *Transformer n'est*

3. *Pubblici poteri, legittimazione tecnico-professionale e libera circolazione*

La decisione del giudice amministrativo di non applicare le norme di attuazione del testo unico del pubblico impiego che escludono i cittadini europei da tutta la dirigenza pubblica si appunta sulle mansioni tipicamente associate al posto di direttore di museo, che solo eccezionalmente comportano l'esercizio di poteri autoritativi, e viceversa si concretano per lo più in funzioni di gestione che «obbediscono a considerazioni di natura principalmente economica»³², in quanto «prevalentemente rivolte alla gestione economica e tecnica» del bene museale³³.

È dunque la legittimazione tecnico-professionale degli incarichi a determinarne la necessaria apertura, che non trova un limite nell'esercizio di pubblici poteri poiché, nel caso in questione, sono residuali le ipotesi in cui gli incarichi si traducano nell'emanazione di atti d'autorità.

Già nel XIX secolo vi sono norme, quantomeno nell'Europa continentale, che consentono il reclutamento di stranieri per i posti di impiego che sono espressione al massimo livello di scienza, e dunque di un sapere che è per definizione senza confini, ma anche e soprattutto libero e non asservito a condizionamenti politici, ove il riferimento è ai professori universitari³⁴.

pas bifurquer: à propos de la «loi Dussopt», in *Actualité Juridique Fonctions Publiques*, 2019, 314 ss.; D. JEAN-PIERRE, *Transformation de la fonction publique et flexicurité. La déconstruction du droit statutaire (JCP A)*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2019, 2364 ss.

³² Così la Corte di Giustizia, interpellata sull'affidamento dell'incarico di Presidente dell'autorità portuale di Brindisi a un cittadino greco, ha dichiarato l'obbligo di apertura in ragione del tipo di compiti a esso correlati: C. giust., 10 settembre 2014, C-270/13, cit. Per il prosieguo della vicenda: Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210.

³³ Così Cons. St., sez. VI, n. 3666/2017, cit.

³⁴ In Italia trattasi di possibilità prevista sin dalla l. 13 novembre 1859, n. 3972 (legge Casati), art. 166. Le origini sono da rintracciarsi nella medievale *licentia ubique docendi*, che testimonia la tradizione internazionale dell'Accademia. In tema: M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale, Verso un mercato unico dei servizi professionali*, Napoli, 2012, 6; J. VERGER, *Les Universités au Moyen Age*, Paris, 1973, 24 ss.; A. ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 13, 2009, 2 ss.; H. RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, vol. I, London, rist. 1936, 8 ss.; A.O. NORTON, *Readings in the History of Education: Mediaeval Universities*, Cambridge, 1909, 96 ss.; U.

Così la dirigenza è depositaria di una “cultura d’amministrazione” che è imparziale e che ne fonda – sin dalla comparsa dei moderni Stati nazionali – la legittimazione a operare al servizio del “sovrano”, non importa ora se a propria volta investito per legittimazione popolare o divina.

La legittimazione burocratica, propria del modello legale o razionale dello stato di weberiana memoria³⁵, si impone in tutta Europa (e non solo³⁶) in sostituzione di altri criteri tipici dell’organizzazione del potere

GUALAZZINI, *L’origine dello Studium Bolognese nelle più antiche vicende della Licentia Docendi*, in *Studi e memorie per la storia dell’Università di Bologna*, Bologna, 1985, 97 ss.; A.B. COBBAN, *The Medieval Universities: their Development and Organization*, London, 1975, 27. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, cit., 125 ss.

³⁵ Oltre, ovviamente, a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922-1956), trad. it. *Economia e società*, Milano, 1980, vol. IV, 147 ss., si vedano E. STUMPO, *L’organizzazione degli stati: accentramento e burocrazia*, in N. TRANFAGLIA - M. FIRPO (diretto da), *La storia: L’Età Moderna, I quadri generali*, Torino, 1987, 432 ss.; V. FERRONE, *I meccanismi di formazione delle élites sabaude. Reclutamento e selezione nelle scuole militari del Piemonte nel Settecento*, in P. ALATRI (a cura di), *L’Europa tra Illuminismo e Restaurazione*, Scritti in onore di Furio Diaz, Roma, 1993, 159; J.A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno*, in E. ROTELLI - P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, Vol. I, *Dal Medioevo all’età moderna*, Bologna, 1972, 86 ss.; J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, *ivi*, 230 ss. Sulla professionalità come elemento caratterizzante la dirigenza pubblica si consenta inoltre il rinvio a R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 322 ss.; B. GAGLIARDI, “Al servizio dell’integrazione”: il funzionario pubblico europeo, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, in *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana*, Studi a cura di L. FERRARA, D. SORACE, Firenze, 2016, 555 ss.

³⁶ Un’amministrazione professionale, in quanto selezionata secondo un sistema di tipo concorsuale, è sicuramente quella del mandarinato cinese del celeste impero, cui anzi si imputa la stessa originaria elaborazione del modello del concorso, poi importato in Europa dai missionari gesuiti nel XV-XVI secolo: S. CASSESE, *L’ideale di una buona amministrazione*, Napoli, 2007, 18; ID., *Teoria e pratica dell’uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 11 ss.; A. ZOLA, «Kefu»: il sistema degli esami nella Cina imperiale, in *Dir. amm.*, 1996, 365 ss.; D. PAPPANO, *L’emersione di un diritto amministrativo in Cina*, in *Dir. amm.*, 2010, 722; J.M. EYMERI DOUZANS, *Les concours à l’épreuve*, in *Revue française d’administration publique (RFAP)*, 2012, 308; B.A. ELMAN, *Political, Social and Cultural Reproduction via Civil Service Examination in Late Imperial China*, in *The Journal of Asian Studies*, vol. 50, N. 1 (Feb., 1991), 7 ss.; J. GERNET, *Le monde chinois* (1972), trad. it. *Il mondo cinese. Dalle*

di stampo medioevale (venalità delle cariche, ereditarietà) e contribuisce all'affermazione di una burocrazia professionale con una crescente specializzazione.

Il consolidarsi della professionalità come elemento caratterizzante la burocrazia europea è segnato dal diffondersi di concorsi ed esami professionali quale metodo predominante di selezione e dall'individuazione di saperi propri dell'amministrazione, in cui il ruolo predominante è certo svolto dalla cultura giuridica (c.d. *juristenmonopol*), ma che si contraddistinguono altresì per la contaminazione di elementi di scienza dell'amministrazione, scienze delle finanze, economia politica, ecc.³⁷ e in cui non manca l'apporto della "tecnica" in senso stretto, che si tratti delle scienze statistiche e matematiche, di quelle ingegneristiche o – in tempi più recenti – di quelle informatiche³⁸.

L'apporto dell'ordinamento europeo – anzitutto dell'Unione, ma anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – con l'affer-

prime civiltà alla Repubblica popolare, Torino, 1978, 283 ss.; E. BALAZS, *La bureaucratie céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle* (1968), trad. it. *La burocrazia celeste: ricerche sull'economia e la società della Cina nel passato*, Milano, 1971, 20-22. Un altro esempio di interesse è offerto dall'impero Ottomano del XV sec., ove i funzionari erano formati nella scuola del Palazzo di Topkapi: B. MILLER, *The Palace School of Muhammad the Conqueror*, Cambridge, 1941.

³⁷ Sulla predominanza del diritto nella formazione dei funzionari pubblici (in Italia e non solo): F. CAMMARANO, *La costruzione dello stato e la classe dirigente*, in G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO (a cura di), *Storia d'Italia. 2. Il nuovo stato e la società civile, 1861-1887*, Roma-Bari, 1995, 29; S. CASSESE, *Questione amministrativa e questione meridionale. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall'unità ad oggi*, Milano, 1977, 19 ss.; S. SEPE, *Burocrazia e apparati amministrativi: evoluzione storica e prospettive di riforma*, Milano, 1996, 154 ss.; C. ALBA TERCEDOR, *Les élites administratives en Espagne: vieilles inerties et nouveaux défis*, in *Revue française d'administration publique* (RFAP), 2012, 41; M.B. VINCENT, *Serviteurs de l'Etat: les élites administratives en Prusse de 1871 à 1933*, Paris, 2006, 17. Sulle scienze camerali e d'amministrazione: P.A. SCHIERA, *Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, 1968, 206; E.R.L. LABOULAYE, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, 576. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, "Al servizio dell'integrazione": il funzionario pubblico europeo, cit., 564 ss.

³⁸ Sul ruolo dei tecnici nell'amministrazione italiana: G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 469 ss.

mazione del “diritto pubblico (o amministrativo) europeo”³⁹, insieme al consolidarsi della dimensione internazionale della comunità scientifica anche nei settori delle scienze umane e sociali, rendono sempre più evidente la portata sovranazionale della legittimazione burocratica. Ne consegue la crescente difficoltà a giustificare riserve di nazionalità per posti d’impiego la cui precipua legittimazione sia data dalla titolarità di una tal cultura specialistica e sovranazionale, specie ove questi non si accompagnino all’esercizio di pubblici poteri, ma al contrario comporino la mera erogazione di prestazioni di servizio (es. medici, insegnanti), o ancora l’esercizio di compiti a carattere economico-gestionale sprovvisti di elementi di autoritatività. Tale osservazione può valere anche nell’ambito di amministrazioni di per sé titolari di prerogative tipicamente pubblicistiche, inducendo per l’effetto a una differenziazione degli impieghi e della relativa accessibilità in ragione delle mansioni ad essi associate, secondo un assunto che circoscrive le possibilità di rotazione degli incarichi e mette effettivamente in discussione lo “*ius variandi*” del datore di lavoro pubblico, o – secondo l’espressione in uso nell’ordinamento francese – la separazione del grado dall’impiego⁴⁰.

Nel caso di esercizio di pubblici poteri è la dimensione di diritto politico dell’accesso agli impieghi (art. 51, Cost.) a porsi quale freno all’apertura nei confronti dei cittadini europei, ove il peculiare vincolo di fedeltà (art. 54, Cost.), sotteso allo *status* di cittadinanza nazionale⁴¹,

³⁹ Si vedano di recente: J.-B. AUBY - J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Introduction*, in J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruxelles, 2014, 21 ss.; B. STIRN, *Vers un droit public européen*, Paris, 2012; G. DELLA CANANEA, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, III ed., 2011, 1 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, III ed., 2011, 121 ss.

⁴⁰ Vedi *supra*, nt. 27.

⁴¹ Sulla fedeltà come presupposto della riserva di nazionalità: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. II, pt. III, 1935, CXXXVIII. Sul dovere di fedeltà: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 129 ss.; A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 4; C. PINELLI, *Il 1° comma dell’art. 98. Il vincolo dei funzionari al «servizio esclusivo della Nazione»*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 420-421; L. VENTURA,

impedisce il reclutamento di quanti non condividano l'appartenenza a quella medesima comunità sovrana, poiché, secondo il lessico dell'Unione, non sono ad essa legati da quel «rapporto particolare di solidarietà» – o “*affectio societatis*” – proprio della cittadinanza⁴². Il limite si afferma tutte le volte che l'impiego determini l'esercizio di poteri d'autorità capaci di limitare, nei casi previsti dalla legge, i diritti dei singoli nell'interesse di quella medesima comunità (secondo la nozione di “funzione”)⁴³, poteri che non trovano equivalenti nel lavoro alle dipendenze delle imprese, cui manca quella rilevanza giuridica nei confronti dei terzi che tuttora fonda la specialità del «servizio della Nazione» (art. 98, Cost.)⁴⁴, ove il termine, come noto, allude a quella comunanza di territorio, lingua, cultura, religione, costumi e storia che «compone la natura di ciascun popolo»⁴⁵.

La cittadinanza non è un requisito necessario nel caso dei direttori dei musei perché agli stessi non sono normalmente attribuiti poteri autoritativi, né, come espressamente afferma il giudice amministrativo, si tratta di “apicali”, ove ad essere richiamato è il criterio, e linguaggio, in uso nella giurisprudenza costituzionale per circoscrivere l'ammissibilità dei modelli di *spoils system*, caratterizzati dalle nomine fiduciarie e dalla decadenza automatica degli incarichi dirigenziali al rinnovo degli organi di governo.

Nei casi, circoscritti, di incarichi apicali, al vincolo di fedeltà alla Nazione si giustappone un carattere fiduciario che deriva da consonanza politica, poiché – a prescindere dal tipo di poteri esercitati – si ritiene imprescindibile un rapporto con gli organi politici caratterizzato da fi-

La fedeltà alla Repubblica, Milano, 1984; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 169 ss.

⁴² Cfr. giurisprudenza citata *supra*, in nt. 5.

⁴³ Da ultimo sul legame tra sovranità nazionale, diritti soggettivi e autorità, affermatosi sin dalla Rivoluzione francese: R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 20. Sul nesso tra perseguimento degli interessi pubblici e requisito di cittadinanza: Cons. St., sez. II, parere 31 marzo 2004, n. 2592/03.

⁴⁴ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, cit., 327 ss.

⁴⁵ P.S. MANCINI, *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino nel dì 22 gennaio 1851*, Torino, 1851, 22 ss.

ducia personale, fondata essenzialmente sulla comune militanza⁴⁶. Tali sono gli incarichi di quanti siano destinati a operare a diretto contatto con gli organi di governo, fungendo da “elemento di raccordo” rispetto alla struttura amministrativa, perché chiamati alla concreta realizzazione del “compromesso” tra livello politico e amministrativo. Compromesso con cui si impone agli organi di governo come a quelli burocratico-professionali di individuare soluzioni rispettose del principio di “distinzione” tra politica e amministrazione⁴⁷ e coerenti, allo stesso tempo, con quello di legittimazione democratica, che esclude una qualsiasi soluzione di continuità tra organi politici e struttura burocratica.

Occorre infine osservare come i caratteri assunti dall'amministrazione pubblica per influenza del diritto dell'Unione autorizzino a intro-

⁴⁶ Si vedano Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23; Corte cost., 10 marzo 2017, n. 52; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 15; Corte cost., 22 novembre 2016, n. 269; Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 20; Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37; Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 27; Corte cost., 17 giugno 2013, n. 152; Corte cost., 30 luglio 2012, n. 212; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310; Corte cost., 25 luglio 2011, n. 246; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 228; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 124; Corte cost., 20 ottobre 2010, n. 304; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224; Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34; Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351; Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161; Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104; Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233; Cass., sez. lav., 5 maggio 2017, n. 11015. Cfr. in questo volume i contributi di R. CAVALLO PERIN, *Atti di indirizzo politico e attività di gestione tra spoils system e difetto assoluto di giurisdizione*, cit., 31 ss.; S. BATTINI, *Responsabilità dirigenziale e spoils system: complementarità o contraddizione?*, cit., 37 ss.; oltre a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 183 ss.; L. SALTARI, *Profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in S. BATTINI e L. FIORENTINO (coord. da), *Venti anni di “politica e amministrazione” in Italia*, IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 1/2014, 79 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 193 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, *ivi*, 135 ss.

⁴⁷ Sul principio di distinzione (o separazione) tra politica e amministrazione, da ultimo: C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 17 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, in G. GARDINI (a cura di), *op. ult. cit.*, 163 ss.; S. BATTINI, *La separazione tra politica e amministrazione in Italia: ieri, oggi e domani*, *ivi*, 193 ss.; ID., *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.

durre una differenziazione tra cittadini europei ed extraeuropei, superando la lettera delle norme di legge che hanno, come si è detto, ormai parificato i soggiornanti di lungo periodo, a prescindere dalla provenienza geografica (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 38, c. 3 *bis*).

Non solo il diritto di circolazione dei primi trova copertura nei Trattati – e dunque in fonti parificate a quelle costituzionali (art. 117, co. 1°, Cost.) – ma è la stessa caratterizzazione dell'amministrazione pubblica nazionale in "funzione europea", non importa ora se secondo i modelli dell'amministrazione indiretta, integrata o della c.d. co-amministrazione⁴⁸, a legittimare soltanto per essi un'interpretazione ulteriormente riduttiva della riserva di nazionalità.

Da tempo è stato evidenziato il *continuum* istituzionale in cui operano le amministrazioni nazionali e le istituzioni dell'Unione, secondo un modello che si estende anche alle più classiche funzioni d'autorità, che si tratti delle forze di polizia (si pensi ad es. alla cooperazione di polizia⁴⁹), agli organi di controllo (es. la Corte dei conti⁵⁰), o sinanco alla funzione giurisdizionale, ove è il "dialogo tra le Corti" a segnare la continuità. Da tale continuità istituzionale, che porta al mescolarsi e so-

⁴⁸ In tema si vedano, da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 3 ss.; C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 256 ss.; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007; J. ZILLER, *Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen*, in *Traité de droit administratif européen*, cit., 327 ss.; J.L. SAURON, *Les réseaux d'administrations nationales et de l'Union européenne*, *ivi*, 401 ss.; E. CHITI e C. FRANCHINI, *Le figure organizzative*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 67 ss.

⁴⁹ In tema da ultimo: P. RUBECHINI, *L'ordine pubblico: verso una funzione amministrativa europea*, in L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 407 ss. Un altro esempio di interesse è rappresentato dalla c.d. "gendarmeria" europea (*Eurogendfor*) istituita dal Trattato di Velsen del 2007, la cui ratifica è stata autorizzata con l. 14 maggio 2010, n. 84, che pur riguarda solo alcuni stati membri (Spagna, Francia, Italia, Paesi Bassi e Portogallo).

⁵⁰ R. CAVALLO PERIN, *Le nuove prospettive del ruolo della Corte dei conti italiana nel sistema delle Istituzioni*, in *La cooperazione tra Corte dei Conti europea e Corte dei conti italiani. Esame comparato delle metodologie e dei procedimenti di controllo*, Corte dei Conti, Quaderno n. 1, 2009, 45 ss.

vrapporsi di funzioni disciplinate dall'ordinamento europeo e svolte "per conto" delle istituzioni dell'Unione, o secondo le regole da queste definite, e altre viceversa riservate alla sovranità degli Stati membri, deriva altresì il c.d. "doppio cappello"⁵¹ dei funzionari delle amministrazioni nazionali, che sono al contempo, anche, funzionari dell'ordinamento sovranazionale.

Il medesimo *continuum* istituzionale autorizza a "rileggere" il vincolo di fedeltà tradizionalmente sotteso allo *status* di cittadinanza: se la fedeltà europea non può sostituire quella nazionale, così come la cittadinanza europea non è sostitutiva di quella nazionale ma ad essa si giustappone, certo può ritenersi che l'una si vada ad "aggiungere" all'altra, segnando una duplice dimensione di appartenenza.

4. Il reclutamento tra dimensione fiduciaria e professionalità

Se la legittimazione tecnico-professionale dei dirigenti – insieme all'assenza, o scarsa rilevanza dei poteri autoritativi associati all'incarico – giustifica l'apertura del ruolo a candidati privi della cittadinanza nazionale, ne dovrebbe altresì discendere la selezione mediante procedura a carattere comparativo, atteso che, come si è anticipato, non solo il modello concorsuale si è storicamente affermato contestualmente alla professionalizzazione della burocrazia amministrativa, ma più precisamente si tratta di una componente della medesima legittimazione professionale.

Il concorso, infatti, si caratterizza in quanto idoneo all'accertamento della rispondenza del profilo professionale del candidato rispetto alle esigenze dell'amministrazione (verifica minima di professionalità), ma ancor più come strumento capace di selezionare il miglior candidato tra quelli disponibili secondo un modello che presuppone come proprio essenziale carattere quello comparativo.

Di talché stupisce la qualificazione offerta dal giudice ordinario per tali procedure, definite come "procedure di interpello" in cui predomina la fase non comparativa poiché il Ministro sceglie il candidato nell'ambito

⁵¹ O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, 23 e 55.

di una terna di idonei compilata da una commissione appositamente nominata, senza essere vincolato da una graduatoria in senso proprio⁵². Ne discende, per l'effetto, il disconoscimento del carattere concorsuale e l'affermazione della giurisdizione ordinaria in luogo di quella del giudice amministrativo, che viceversa l'ordinamento mantiene per le sole procedure di assunzione a carattere concorsuale, oltretutto per gli impieghi tutoria in regime di diritto pubblico (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63).

In tal modo gli incarichi dirigenziali sono assimilati ad atti di gestione del rapporto d'impiego assunti con le capacità di diritto privato del datore di lavoro (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 5, c. 2), senza che rilevi il fatto che, nel caso dei direttori dei musei, si costituisce direttamente il rapporto di lavoro e per di più con una procedura aperta al pubblico.

Come noto, ad analoga conclusione si è giunti con riguardo al conferimento degli incarichi dirigenziali al personale di ruolo dell'amministrazione, che – anche in ragione dell'espressa qualificazione ad essi offerta dal legislatore⁵³ – sono ritenuti atti di gestione del rapporto e dunque attratti all'orbita della giurisdizione ordinaria.

L'attribuzione della competenza al giudice ordinario porta coerentemente con sé la cultura di riferimento del medesimo, con un sindacato volto alla tutela dei diritti soggettivi del dirigente, e dunque precipuamente alla luce dei principi di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione contrattuale (artt. 1175 e 1375 c.c.)⁵⁴, che ta-

⁵² Cass. civ., sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413, con nt. di M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 489 ss.; nello stesso senso già Cass. civ., sez. un., 5 aprile 2017, n. 8799. Contraria Cons. St., sez. VI, n. 677/2018, cit.

⁵³ La giurisdizione sugli incarichi dirigenziali è espressamente attribuita al giudice ordinario dal d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, c. 1. In tema: Cass. civ., sez. lav., 30 ottobre 2014, n. 23062; Cass. civ., sez. lav., 18 dicembre 2012, n. 23351; Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27888. Cfr. G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 57 ss.; P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007, 220 ss.

⁵⁴ Cass. civ., sez. un., 17 aprile 2007, n. 9095; Cass. civ., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 251; Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2005, n. 14330; Id., 1 ottobre 2003, n. 14672; Id., 6 febbraio 1998, n. 1274; Id., 25 maggio 1998, n. 5199; Cass. civ., sez. lav., 5 novembre 1998, n. 11142. Il superamento di un concorso, «indipendentemente dalla nomina e, a

lora si ritiene diano consistenza a un “interesse legittimo di diritto privato” del ricorrente⁵⁵. Ciò che manca è, ovviamente, un sindacato attento ai profili di interesse pubblico, secondo i caratteri offerti anzitutto dal vizio di eccesso di potere.

E ciò benché nel tempo lo stesso giudice ordinario si sia aperto a una tutela costituzionalmente orientata, ove i canoni sulle obbligazioni definiti dal codice civile sono letti «alla luce dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione»⁵⁶, dunque con una peculiare considerazione degli interessi pubblici sottesi alla scelta dei dirigenti, da cui è discesa l'affermazione di obblighi di pubblicità e trasparenza certo estranei alla tutela del lavoratore nell'impresa⁵⁷.

Allo stesso tempo il giudice ordinario si arresta a una tutela prevalentemente risarcitoria, e ciò nonostante la legge gli attribuisca il potere di adottare «tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati»⁵⁸, secondo una conclu-

fortiori, dopo la conclusione del contratto di lavoro, consolida nel patrimonio dell'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo»: Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2017, n. 7483 e n. 7484.

⁵⁵ Cass. civ., sez. lav., 1 luglio 2019, n. 17636; Id., 21 febbraio 2019, n. 5191; Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32625; Id., 4 settembre 2018, n. 21599; Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2012, n. 13710; Id., 17 aprile 2012, n. 5999; Id., 15 febbraio 2010, n. 3451; Id., 19 dicembre 2008, n. 29817.

⁵⁶ Tra le molte si vedano Cass. civ., sez. lav., 26 febbraio 2014, n. 4583, ove si evidenzia come «la riconduzione della disciplina del lavoro pubblico alle regole privatistiche del contratto e dell'autonomia privata individuale e collettiva, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario, non ha eliminato la perdurante particolarità del datore di lavoro pubblico che, pur munito nella gestione degli strumenti tipici del rapporto di lavoro privato, per ciò che riguarda l'organizzazione del lavoro resta pur sempre condizionato da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria generale».

⁵⁷ Ad es. con l'affermazione dell'obbligo di motivare l'attribuzione dell'incarico comparando i curricula dei candidati: Cass. civ., sez. lav., 10 novembre 2017, n. 26694.

⁵⁸ D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, c. 2. Ove venga in rilievo un atto amministrativo presupposto, è ribadito il potere di disapplicazione del giudice, che tuttavia non pare pertinente nell'ipotesi considerata, atteso l'affermato carattere di diritto privato del potere esercitato. Per un'ipotesi di disapplicazione dell'atto di macro-organizzazione illegittimo da cui è conseguita la revoca di un incarico dirigenziale, con condanna della p.a. al ripristino: Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677. Per l'esclusione del potere di annullamento: Cass. civ., sez. lav., 26 marzo 2014, n. 7107. Viceversa spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sul ricorso (esperito da un'organizzazione sindacale)

sione che si appunta proprio sull'assenza di un diritto soggettivo in senso stretto in capo al dirigente, la cui posizione è per lo più ritenuta, come si è detto, un interesse legittimo di diritto privato⁵⁹.

V'è da dire, tuttavia, che gli incarichi dirigenziali rispetto a cui si è affermato tale orientamento sono effettivamente rivolti a personale di ruolo, il cui rapporto di servizio è già costituito per effetto di una selezione concorsuale, che si tratti di un concorso o di un corso-concorso (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 28), viceversa attratta alla giurisdizione amministrativa e conformata secondo il modello del concorso pubblico delineato dalla tradizione giuridica generalizzatasi a partire dalla Rivoluzione francese e dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (se non da epoca precedente)⁶⁰.

Diversamente nel caso in esame, ove il procedimento è finalizzato all'assunzione in ruolo del personale, seppur in forza di un contratto a tempo determinato. Ciò che tuttavia rileva, ai fini del disconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario, è, come si è detto, la supposta natura non concorsuale della selezione che è definita "procedura d'interpello", con una sovrapposizione – o confusione – rispetto a quella rivolta al personale interno, effettivamente normalmente qualificata in tal senso in contrapposizione a quella "per avvisi pubblici". Conclusione invero non dissimile da quella formulata in via generale per i "dirigenti a contratto" della pubblica amministrazione⁶¹.

per l'annullamento degli atti di macro-organizzazione con cui la p.a. abbia discrezionalmente scelto di conferire un incarico dirigenziale all'esterno invece che al personale di ruolo: Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2018, n. 29080 e n. 29081.

⁵⁹ Cass. civ., sez. lav., n. 26694/2017, cit., ove si riconosce in capo al dirigente il risarcimento del danno da perdita di *chance*. In tema si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

⁶⁰ Cfr. F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics*, cit., 348 ss.

⁶¹ Cioè assunti ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19, c. 6; cfr. Cass. civ., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22431, secondo cui la procedura di conferimento dell'incarico di direttore generale dell'Università non ha carattere concorsuale perché «la commissione si limita alla verifica dei requisiti di idoneità dei candidati alla copertura dell'incarico, in base alla valutazione dei curricula ed all'esito di un colloquio, senza attribuire punteggi o formare una graduatoria; manca una valutazione comparativa tra i diversi candidati in relazione a parametri preordinati e vincolanti; la nomina viene effettuata solo sulla base del confronto con il profilo ideale del candidato che sia più corrispondente alla professionalità ricercata»; Cass. civ., sez. un., 8 giugno 2016, n. 11713,

Nel caso dei direttori dei musei, la selezione prende avvio da un avviso pubblico volto a suscitare le candidature poi esaminate da una commissione di esperti nominata *ad hoc*, che procede altresì a una serie di colloqui con i migliori candidati, ai fini dell'individuazione di una "terna" da sottoporre all'organo competente alla nomina (ministro o direttore generale della direzione musei, a seconda che l'incarico sia di livello generale o meno). Più precisamente, questi individua «il candidato cui conferire l'incarico (...) sulla base dell'analisi condotta dalla commissione e del giudizio finale da questa espresso», ove la nomina è formalizzata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per gli incarichi di livello dirigenziale generale, o con determinazione del direttore generale Musei per quelli di seconda fascia⁶².

Il riferimento alla "terna" dei candidati, insieme a una certa indeterminatezza del criterio di selezione del vincitore – che come si è detto avviene «sulla base dell'analisi condotta dalla commissione» – consente al giudice di concludere per il carattere non necessariamente comparativo della procedura: benché la commissione proceda all'attribuzione di punteggi, l'organo di nomina ne sarebbe svincolato, potendo decidere in base ad autonome valutazioni discrezionali sulla falsa riga di quanto avviene per gli incarichi dirigenziali in ambito sanitario (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 102, art. 15, c. 7 *bis*)⁶³.

ove per escludere il carattere concorsuale si fa leva sull'assenza della nomina di una commissione esaminatrice come della formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati redatta all'esito di una valutazione comparativa, privilegiandosi la scelta, «del tutto fiduciaria, del candidato da collocare in posizione di vertice»; Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21600; Id., 30 settembre 2014, n. 20571; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2017, n. 1367; lascia perplessi la differenziazione formulata dal giudice tra le procedure consistenti in una «selezione comparativa» (concorsi pubblici) e quelle volte «ad accertare tra coloro che hanno presentato domanda quale sia il profilo professionale maggiormente rispondente alle esigenze di copertura dall'esterno dell'incarico dirigenziale» (non concorsuali): Cons. St., sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4684, sugli incarichi ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁶² Si veda in particolare la procedura definita dal bando di concorso di cui al D. Dir. gen. MiBACT, 7 gennaio 2015, artt. 5-6, in attuazione del d.M. MiBACT, 27 novembre 2014, recante la *disciplina dei criteri e delle procedure per il conferimento degli incarichi dirigenziali*, e del d.M. MiBACT, 23 dicembre 2014, recante *Organizzazione e funzionamento dei musei statali*.

⁶³ In particolare sul carattere non concorsuale della procedura di conferimento degli incarichi dirigenziali in sanità, in ragione della scelta «essenzialmente fiduciaria ope-

Si omette peraltro di evidenziare come per la dirigenza sanitaria la “terna” dei candidati idonei abbia sostituito la previgente “rosa”, ove la prima è effettivamente redatta in ordine di merito, mentre la seconda seguiva quello alfabetico e lasciava l’organo di nomina evidentemente libero nell’individuazione del prescelto⁶⁴. Conseguentemente si precisa che, qualora il direttore generale dell’azienda sanitaria intenda nominare uno dei candidati che non ha conseguito il migliore punteggio, debba «motivare analiticamente la scelta», evidenziando le speciali ragioni – a carattere senz’altro professionale – che inducono a preferirne il profilo (d.lgs. n. 102 del 1992, cit., art. 15, c. 7 *bis*).

L’enfatizzazione del carattere “fiduciario” della scelta conclusiva induce a ritenere la nomina dei direttori dei musei estranea al modello concorsuale, secondo una conclusione che suscita perplessità anzitutto poiché in contraddizione con la legittimazione professionale che viceversa ne consente l’apertura ai cittadini europei. Se questi ultimi possono essere selezionati perché non si tratta di “fiduciari” degli organi di governo, pare illogico tornare a qualificare la scelta in termini di fiduciarità ai fini del riparto di giurisdizione. Ancor più è irragionevole escludere la selezione comparativa e concorsuale fondata sull’accertamento dei meriti professionali, ove si tratti per l’appunto di selezionare soggetti legittimati proprio ed esclusivamente per tali meriti, in quanto sprovvisti di quell’“apicalità” che il giudice costituzionale ha definito come una necessaria contiguità agli organi di governo, di per sé capace di legittimare la deroga al principio del concorso pubblico⁶⁵.

rata dal direttore generale»: Cass. civ., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9281, contraria Cons. St., sez. III, 24 marzo 2014, n. 1402 ove se ne ritiene il carattere concorsuale, avendo il direttore conferito l’incarico sulla base delle valutazioni espresse da una commissione all’uopo nominata, in ragione di una valutazione comparativa; Cass. civ., sez. un., 13 ottobre 2011, n. 21060.

⁶⁴ Il riferimento alla rosa degli idonei è stato superato con il d.l. 13 settembre 2012 n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. decreto Balduzzi). In tema: Cass. civ., sez. lav., 1 dicembre 2017, n. 28880; Id., 31 gennaio 2017, n. 2511; Id., 9 maggio 2016, n. 9281.

⁶⁵ Si veda M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, cit., ove si conclude come il rischio di una lettura “pan-privatistica” del rapporto di lavoro pubblico lo «ammanti di insindacabilità», svalutando le garanzie di parità di trattamento tra i candidati e imparzialità della selezione.