

Margherita Ramajoli

Sulle nomine dei direttori museali decide il giudice ordinario

in Gior.dir.amm., 2019, 4, 489 ss

Corte di Cassazione, sez. un., ord. 18 gennaio 2019, n. 1413 – Pres. Tirelli, Est. Genovese – Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo c. I.B.

Competenza e giurisdizione – Lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni – Procedura per il conferimento degli incarichi di direttore di museo archeologico nazionale – Natura concorsuale – Esclusione – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza

La procedura di selezione pubblica per il conferimento dell'incarico di direttore di un museo archeologico nazionale a livello dirigenziale ha natura sostanzialmente non concorsuale. Infatti essa, sebbene sia aperta a soggetti esterni, è dominata dalla fase con cui il Ministro o il Direttore generale operano la propria scelta fiduciaria all'interno di una terna predisposta da una Commissione di esperti chiamata a valutare titoli e *curricula* e ad effettuare colloqui con i candidati.

Di conseguenza le controversie in materia appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, in applicazione del principio di concentrazione delle tutele, non potendo frazionarsi la giurisdizione in relazione alle singole fasi della procedura.

Orientamenti giurisprudenziali:

Conformi Cass., sez.un., ord. 5 aprile 2017, n. 8799; 17 febbraio 2017, n. 4227; 3 febbraio 2014, n. 2290

Difformi Ad.pl., 25 giugno 2018, n. 9; Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2018, n. 677; sez. VI, 24 luglio 2017, nn. 3665 e 3666; Tar Lazio, sez. II quater, 24 maggio 2017, nn. 6170 e 6171; Tar Lazio, sez. II quater, 7 giugno 2017, n. 6719

Il commento
di Margherita Ramajoli

Le Sezioni Unite riconoscono la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla procedura per il conferimento dell'incarico dei direttori dei musei archeologici nazionali, dopo che sulla vicenda si era già espresso il giudice amministrativo, compresa l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. L'ordinanza della Cassazione, nel qualificare come sostanzialmente non concorsuale la procedura pubblica di selezione, sollecita qualche riflessione sulla regola generale del concorso pubblico e sulle sue deroghe, sul complesso intreccio tra i poteri privati della pubblica amministrazione come datore di lavoro e il carattere fiduciario di alcune nomine dirigenziali e, infine, sugli incerti criteri di riparto della giurisdizione in materia.

Le questioni

Quando si dava ormai per archiviata l'annosa vicenda della selezione pubblica dei dirigenti museali arrivano le Sezioni Unite della Cassazione a scompaginare di nuovo le carte in punto di giurisdizione. Infatti l'ordinanza delle Sezioni unite n. 1413 del 2019, resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, riconosce la competenza

giurisdizionale del giudice ordinario sulle controversie relative alla procedura di selezione per il conferimento d'incarichi di direttore dei musei archeologici nazionali a livello dirigenziale, dopo che non poche sentenze del giudice amministrativo, compresa l'Adunanza plenaria, avevano sempre ritenuto sussistente la propria giurisdizione¹.

Le Sezioni Unite individuano il fondamento della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nella natura non concorsuale della procedura selettiva dei candidati aspiranti direttori museali. La premessa maggiore è che il Testo Unico sul pubblico impiego ha riservato alla giurisdizione del giudice amministrativo unicamente le "controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", mentre le restanti controversie sono "tutte" demandate al giudice ordinario (art. 63, rispettivamente comma 4 e comma 1)². La premessa minore è che alla procedura di selezione della dirigenza delle istituzioni museali non viene riconosciuta natura concorsuale. La conclusione è la conseguente assegnazione alla cognizione del giudice ordinario delle relative controversie.

La pronuncia riapre così la vicenda della nomina di direttori non italiani di musei, che ha generato nel tempo un vivace contenzioso, concentrato, almeno sino all'ordinanza in commento, su una questione di diritto sostanziale, e cioè se la cittadinanza italiana sia o meno un requisito indispensabile per l'accesso alla dirigenza³.

Questa questione involge il piano delle fonti nazionali e sovranazionali di disciplina, dal momento che l'ammissibilità dell'accesso di cittadini europei a posti di lavoro della pubblica amministrazione italiana impone di sciogliere il controverso rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto interno.

La conclusione sullo specifico punto era stata individuata dall'Adunanza plenaria n. 9 del 2018, che ha aperto a cittadini europei l'accesso a qualsiasi posto di dirigente non comportante esercizio di pubblici poteri. Secondo l'Adunanza plenaria la disciplina nazionale⁴, impedendo in maniera assoluta la possibilità di attribuire posti di livello dirigenziale nelle amministrazioni statali a cittadini di altri Stati membri dell'Unione

¹ Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 24 maggio 2017, nn. 6170 e 6171; 7 giugno 2017, nn. 6719 e 6720; Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, nn. 3665 e 3666, in questa *Rivista*, 2017, 492 ss., con commenti di M. GNES, *L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, 493 ss.; M.P. MONACO, *L'annullamento della nomina dei direttori dei musei: la vicenda processuale*, 500 ss.; F.G. ALBISINNI, *I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, 508 ss.; e in *Dir. rel. ind.*, 2018, 294, con nota di V. LUCIANI, *La nomina di cittadini "comunitari" alla direzione di musei italiani: il dialogo intermittente tra giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza comunitaria*; Cons. St., Ad. pl., 25 giugno 2018, n. 9, in questa *Rivista*, 2018, 609, con nota di M. GNES, *Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, 609, e di G. MASSARI, *La selezione dei dirigenti nei "super-musei": nuove riflessioni sugli atti interni contrari al diritto UE*.

² A parte le eccezioni di ordine soggettivo, che qui non rilevano. Infatti le controversie relative ai rapporti di lavoro del personale rimasto in regime di diritto pubblico (ad esempio, i magistrati ordinari, amministrativi e contabili e gli avvocati dello Stato) sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 63, comma 4, del TUPI e art. 133, comma 1, lett. i, c.p.a.). Sul punto cfr. A. CORPACI, *La tutela giurisdizionale dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1993, 605 ss.

³ Sulla vicenda cfr., oltre agli Autori citati alla nt. 1, altresì D. PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Dir. amm.*, 2017, 753 ss.; M. CAMMELLI, *Direttori dei musei: grandi riforme, piccole virtù e un passato che non passa*, in *Aedon*, n. 1/2018; S. AMOROSINO, *La conclusione della "telenovela" giurisdizionale sui direttori stranieri dei musei*, in *Urb. app.*, 2018, 441 ss.; M. GNES, *La dirigenza pubblica e il requisito della cittadinanza*, in questa *Rivista*, 2018, 143 ss.; L. CASINI, *Politica e amministrazione: "the Italian Style"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 13 ss.; L. SACCHI, *La selezione della dirigenza per il governo e l'amministrazione del patrimonio culturale*, in *Aedon*, n. 1/2019.

⁴ Art. 1, comma 1, lett. a, del D.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, e l'art. 2, comma 1, del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487.

europea, è in contrasto con l'art. 45 del TFUE, così come interpretato dalla Corte di giustizia. Infatti la disciplina europea stabilisce che il principio generale della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione non si applichi agli impieghi nella pubblica amministrazione, ma tale eccezione è stata intesa nel senso che gli Stati membri possono legittimamente riservare ai propri cittadini solo i posti che comportano l'esercizio diretto, costante e specifico di pubblici poteri, finalizzato alla tutela dell'interesse nazionale⁵.

Da questo contrasto tra la disciplina europea e la disciplina italiana è fatto scaturire un obbligo in capo alla pubblica amministrazione e al giudice nazionale di disapplicare la normativa che riserva ai nostri cittadini tutti gli incarichi dirigenziali, dovendosi valutare caso per caso se sussistono quei profili di esercizio del potere pubblico che giustificano una deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori⁶.

Ma nel momento in cui la vicenda veniva considerata definitivamente conclusa, le Sezioni Unite sono intervenute sulla pregiudiziale questione di giurisdizione, che, come ogni questione di giurisdizione, sottende una questione di diritto sostanziale. Dallo specifico angolo di visuale della Cassazione adita in sede di regolamento di giurisdizione la questione di diritto sostanziale da risolvere attiene non più alla relazione tra fonti del diritto nazionale e fonti del diritto europeo, quanto piuttosto al complicato intreccio tra diritto amministrativo e diritto privato nell'ambito del procedimento per l'accesso alla dirigenza pubblica.

È presumibile che il giudice ordinario, riconosciuto come avente giurisdizione in materia al posto del giudice amministrativo, non rimetterà in discussione la questione dell'accesso di cittadini Ue agli incarichi di direttore di museo statale così come risolta dall'Adunanza plenaria. Infatti il giudice ordinario è sempre stato molto più "europeista" del giudice amministrativo in tema di libera circolazione dei lavoratori⁷, ma, quand'anche scegliesse la strada di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, quest'ultima difficilmente smentirebbe la soluzione trovata dall'Adunanza plenaria alla questione della cittadinanza.

Al di là di questo specifico profilo la riapertura dei giochi processuali generata dall'ordinanza delle Sezioni Unite sollecita qualche riflessione critica sull'incerta distribuzione del contenzioso in materia fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa e sulla sua coerenza con i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di certezza del diritto.

Ancora prima e a monte, la decisione stimola qualche notazione sulla nozione di "procedura pubblica selettiva di natura non concorsuale", caratterizzata da una commistione tra elementi di tipo comparativo ed elementi di tipo fiduciario, e sul suo rapporto con la regola costituzionale del concorso pubblico per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, nonché sul complesso intreccio tra i poteri privati del

⁵ Ciò a far data già da Corte di giustizia Ue, 17 dicembre 1980, *Commissione c. Belgio*, C-149/79, par. 10. In tema cfr. B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012.

⁶ Cons. St., Ad. pl., n. 9/2018, cit., punto 5 della decisione.

⁷ Cfr., da ultimo, Trib. Firenze, sez. lav., ord. 26 giugno 2018, che ha dichiarato il carattere discriminatorio della condotta del Ministero della Giustizia in relazione al concorso pubblico per assistente giudiziario, nella parte in cui ha previsto tra i requisiti per l'accesso al concorso la cittadinanza italiana.

datore di lavoro pubblica amministrazione e il carattere discrezionale e fiduciario di alcune nomine dirigenziali.

La vicenda

Un aspirante alla nomina di direttore dei musei archeologici nazionali di Napoli, Taranto e Reggio Calabria impugna le nomine dei vincitori delle selezioni tramite ricorso straordinario al Capo dello Stato. L'allora Mibact (Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo), amministrazione resistente, domanda la trasposizione della controversia davanti al Tar Lazio con un atto di opposizione. Quest'ultimo però è dichiarato inammissibile per tardività dal giudice amministrativo, il quale pertanto restituisce gli atti all'amministrazione per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria⁸. Contro la decisione del giudice amministrativo il Mibact propone ricorso per regolamento di giurisdizione, ai sensi dell'art. 41 c.p.c., per ottenere la declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della domanda di annullamento della procedura di selezione per il conferimento degli incarichi, stante il suo carattere non concorsuale in mancanza di prove d'esame e di graduatorie finali.

Le Sezioni Unite, dopo avere affrontato la questione preliminare dell'ammissibilità di un regolamento preventivo in pendenza di un ricorso straordinario al Capo dello Stato⁹, accolgono il ricorso del Ministero dichiarando la giurisdizione del giudice ordinario, davanti al quale vengono rimesse le parti.

L'ordinanza disarticola il particolare procedimento di selezione pubblica previsto dal legislatore¹⁰ e ritiene che il suo ultimo segmento, in cui il Ministro o il Direttore generale musei effettuano la loro scelta fiduciaria, sia "palesamente dominante" sulle fasi pubblicistiche prodromiche, in cui una commissione di esperti valuta titoli e *curricula* ed effettua colloqui con i candidati, individuando una terna di soggetti da sottoporre al Ministro o al Direttore generale.

A detta delle Sezioni Unite la dominanza della fase finale del procedimento conferisce allo stesso un carattere "sostanzialmente non concorsuale" e la cognizione giudiziale della controversia viene devoluta al giudice ordinario in applicazione del principio di concentrazione delle tutele, in ragione del quale la determinazione della giurisdizione non può avvenire per fasi.

La motivazione dell'ordinanza risulta oltremodo laconica e avrebbe richiesto un maggiore sforzo argomentativo. Vero è che la Corte si riallaccia in maniera espressa alla propria consolidata giurisprudenza in tema di incarichi ai dirigenti medici (art. 15-*ter* del d.lgs. n. 502/1992)¹¹ e in maniera implicita alla propria -parimenti consolidata-

⁸ Tar Lazio, 17 gennaio 2017, n. 1235.

⁹ In particolare le Sezioni Unite hanno precisato che, ove sia stato proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato, e l'opposizione dell'amministrazione intimata, ancorché senza contestazioni in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa, sia stata dichiarata inammissibile dal Tar competente per tardività, con conseguente rimessione degli atti all'amministrazione per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria, "il regolamento preventivo di giurisdizione ben può essere proposto in tale sede, deducendosi la non riconducibilità della controversia nell'ambito della giurisdizione amministrativa ... fino al momento della pronuncia del necessario parere del Consiglio di Stato, che costituisce l'antecedente necessario alla decisione del Presidente della Repubblica".

¹⁰ La procedura è disciplinata dal d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. in l. 29 luglio 2014, n. 104 e dal d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171.

¹¹ Cfr., da ultimo, Cass., sez.un., 17 febbraio 2017, n. 4227; 13 ottobre 2011, n. 21060.

giurisprudenza in materia di incarichi dirigenziali a soggetti esterni nelle Regioni e negli enti locali (art. 110 TUEL)¹², incarichi entrambi conferiti a seguito di selezione pubblica in ordine alla quale è stata riconosciuta sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Tuttavia il fatto di ribadire un proprio orientamento pregresso non elimina i dubbi su tale posizione¹³, a sua volta portato di ambigue scelte legislative.

Infatti sullo sfondo si pone la questione nevralgica relativa all'inquadramento delle procedure di selezione pubblica aperte anche a soggetti esterni, contraddistinte dalla previsione della nomina di una commissione giudicatrice che formula punteggi in relazione ai titoli e ai *curricula* e presceglie, a seguito di colloqui, alcuni soggetti a discapito di altri, formando una rosa di candidature all'interno della quale il Ministro o il Direttore generale effettuano la loro scelta. Il conferimento di incarichi dirigenziali per un tempo determinato a soggetti esterni all'amministrazione è una deroga al principio costituzionale dell'accesso tramite pubblico concorso, che la Corte costituzionale ha riconosciuto come valevole anche per le assunzioni a tempo determinato¹⁴? Qualche precisazione s'impone.

Ma il concorso pubblico non è la regola?

Il sistema d'accesso ai rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni è crocevia tra due distinte coppie di opposti: da un lato, quella tra pubblico e privato; dall'altro, quella tra politica e amministrazione.

La problematicità da sempre insita nel sistema d'accesso al pubblico impiego è testimoniata dalle due divergenti letture dell'originaria assoluta libertà dell'amministrazione comunale di assumere e di licenziare i propri segretari. Una lettura è "basata sulla piena autorità politica del comune", "l'altra sulla sua subordinazione alle norme del diritto privato"¹⁵.

Questa ambivalenza attraversa l'intera storia dell'accesso ai ranghi della pubblica amministrazione e permane ai giorni nostri. La legislazione già dai primi anni del secolo scorso (legge 25 giugno 1908, n. 290) ha assunto il concorso come mezzo normale, pur se non esclusivo, per accedere ai pubblici uffici. La procedura concorsuale è considerata limite a un'assoluta libertà di nomina, rimedio a possibili arbitri e favoritismi degli organi politici¹⁶.

Nondimeno la stessa legislazione riconosce ai Ministri un ampio potere discrezionale per le assunzioni nelle amministrazioni centrali, stabilendo che "il Ministro, con decreto non motivato e insindacabile, può negare l'ammissione al concorso" (art. 1, comma 3, del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960, sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'Amministrazione dello Stato).

¹² Cfr., da ultimo, Cass., sez.un., 4 settembre 2018, n. 21600.

¹³ Tra l'altro non seguita da una parte della giurisprudenza amministrativa. Se Cons. St., sez. V, 4 aprile 2017, n. 1549, ha riconosciuto il proprio difetto di giurisdizione sulle controversie relative alle procedure per la copertura, ai sensi dell'art. 110 TUEL, dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali, mediante contratto a tempo determinato, previa selezione pubblica, di contro Tar Latina, sez. I, 26 aprile 2018, n. 236; Tar Perugia, sez. I, 10 giugno 2016, n. 494, hanno ritenuto sussistente in materia la propria giurisdizione.

¹⁴ Corte cost., 23 aprile 2013, n. 73.

¹⁵ R. ROMANELLI, *Sulle carte interminate. Un ceto di impiegati tra privato e pubblico: i segretati comunali in Italia, 1860-1915*, Bologna, 1989, 186.

¹⁶ V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1919, V ed., 103, 106; S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, rist. 1988, 193; cfr. anche le considerazioni di prospettiva svolte da S. CASSESE e J. PELLEW, *Il sistema del merito nel reclutamento della burocrazia come problema storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 767 ss.

Già più di un secolo fa viene introdotta una modalità d'accesso agli impieghi pubblici assai simile a quella all'origine della ordinanza qui in commento e la cui natura è tutt'altro che chiara. Per l'incarico di segretario e di capi ufficio comunali una Commissione forma una terna di idonei all'interno della quale il Consiglio comunale effettua la propria scelta (art. 94 del r.d. 12 febbraio 1911, n. 297). Ma la procedura ha fatto affiorare qualche perplessità, al punto che Borsi sottolinea che "poco vale ... la prescrizione del concorso, se non è accompagnata da quella che il giudice del medesimo sia un collegio diverso dal Consiglio e dalla Giunta comunale"¹⁷.

Il periodo repubblicano segna una cesura per quanto riguarda i sistemi d'assunzione nel pubblico impiego. La regola del concorso trova generale consenso in Assemblea costituente e viene suggellata solennemente all'art. 97, comma 3, Cost., ma la fondamentale innovazione apportata dalla Costituzione in materia compare all'art. 51¹⁸, il quale precisa che tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici "in condizioni di eguaglianza" secondo i requisiti stabiliti dalla legge. Ciò dà modo a Esposito di affermare che l'art. 97 Cost. "stabilisce che non da rapporti di personale fiducia dei capi o del popolo, ma da esame obiettivo e spersonalizzato delle capacità, deve essere determinato l'accesso ai pubblici impieghi"¹⁹, e a Pototschnig che "l'art. 51, a differenza dell'art. 3, proclama il principio di uguaglianza non solo davanti alla legge, ma anzitutto davanti all'autorità cui appartiene l'ufficio pubblico ... autorità che non potrà dunque reclutare i titolari di questi uffici ... a sua piena discrezione, ma dovrà farlo osservando condizioni di uguaglianza"²⁰.

La regola del concorso pubblico non a caso è contenuta all'art. 97 Cost., presentando un forte nesso con i principi d'imparzialità e buon andamento, al punto da costituirne applicazione concreta. Ciò è stato più volte valorizzato dal giudice costituzionale, a detta della quale il concorso pubblico, "quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, rest(a) il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione"²¹.

Tuttavia è la stessa Costituzione a prevedere espressamente una deroga al concorso pubblico in "casi stabiliti dalla legge". La *ratio* originaria alla base della deroga è identificabile nella tutela di categorie particolarmente disagiate di lavoratori, come nel caso degli invalidi civili, oppure nell'esigenza di far fronte a situazioni temporanee, come nel caso della chiamata di avventizi²². Infatti, come precisato dalla Corte costituzionale, le deroghe al principio del pubblico concorso sono da ritenere legittime se relegate a ipotesi del tutto eccezionali delle quali sia possibile dimostrare la ragionevolezza²³.

¹⁷ U. BORSI, *Per una disciplina legislativa del concorso ad impieghi comunali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 5.

¹⁸ C. PINELLI, *Commento all'art. 97, comma 3, Cost.*, e U. POTOTSCHNIG, *Commento all'art. 97 (e 51) Cost.*, entrambi in *Commentario della Costituzione. La Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1994, rispettivamente 320 ss., 321, e 361 ss., spec. 367 ss.

¹⁹ C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, ora in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 246.

²⁰ U. POTOTSCHNIG, *op.cit.*, 368.

²¹ Giurisprudenza costante; cfr., per tutte, Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453; sulla giurisprudenza costituzionale in materia cfr. R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, nota a Corte costituzionale, 16 maggio 2002, n. 194, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 1994; B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso negli ordinamenti autonomi*, ivi, 2007, 41 ss.

²² M. CASULA, *Amministrazione*, in ARCHIVIO ISAP, *La burocrazia statale in Italia*, Milano, 1966, 104 ss.

²³ Da ultimo Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37, in questa *Rivista*, 2016, 33, con nota di L. SALTARI, *L'accesso alla dirigenza pubblica per concorso non conosce eccezioni*.

Ma in concreto l'utilizzo indebito di sistemi d'accesso alternativi al concorso ha fatto smarrire alla selezione pubblica la dimensione di principio, trasformando la regola in eccezione e le deroghe in norma²⁴.

Per quanto qui rileva, gli incarichi dirigenziali apicali sono da sempre stati interessati dalla non applicazione del principio del concorso pubblico. Come osservato sopra, è risalente nel tempo il potere riconosciuto agli organi politici di nominare alcuni vertici dell'amministrazione senza concorso, in base a una scelta fiduciaria ampiamente discrezionale. Attualmente il potere di conferimento degli incarichi *intuitu personae*, "nel senso che si fonda(no) su valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico"²⁵, è conosciuto come *spoils system* e ha alla base l'idea che la distinzione tra politica e amministrazione affermata sul piano funzionale (indirizzo e controllo alla prima e gestione alla seconda) debba essere compensata sul piano strutturale da maggiori poteri degli organi politici in ordine al conferimento degli incarichi dirigenziali (art. 19 del d. lgs. n. 165/2001)²⁶.

Via via altre brecce -anche se meno estese- sono state aperte nel muro costituzionale del concorso pubblico. Come già accennato e come ripreso dalla stessa ordinanza in commento, una particolare modalità selettiva, caratterizzata da una scelta fiduciaria e discrezionale del direttore generale che attribuisce l'incarico direttivo scegliendo all'interno di una rosa di candidati idonei selezionata da un'apposita Commissione, ha riguardato i dirigenti medici (art. 15-ter, d.lgs. n. 502/1992).

Dubbi sulla legittimità costituzionale di tale procedura sono stati avanzati dal giudice amministrativo, che, adito per l'annullamento di un provvedimento di conferimento dell'incarico di dirigente medico, ha sostenuto che la disciplina contrastasse sia con il principio secondo cui l'accesso ai pubblici impieghi avviene per concorso, sia con i principi d'imparzialità e di buon andamento dell'organizzazione amministrativa, in quanto attribuita all'amministrazione di una facoltà di scelta arbitraria.

Tuttavia la Corte costituzionale non si è pronunciata sul merito della questione, dichiarandola manifestamente inammissibile per difetto di motivazione sulla sua rilevanza. In particolare, il giudice costituzionale ha ritenuto che il giudice amministrativo avesse "apoditticamente" affermato la propria giurisdizione²⁷.

Il punto è fondamentale e richiede qualche ulteriore considerazione, dal momento che il criterio di riparto della giurisdizione in materia non è affatto chiaro, né pacifico.

Nella giungla del riparto della giurisdizione

Attualmente esiste un rapporto di concorrenzialità tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa per le controversie in materia di lavoro con le pubbliche

²⁴ C. PINELLI, *op.cit.*, spec. 356 ss.; S. BATTINI, *Il "pubblico" nel lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Rass.lav.*, 2007, 329 ss.

²⁵ Così Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233, in questa *Rivista*, 2006, 911 ss. con nota di S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*.

²⁶ Su questo legame tra profili funzionali e profili strutturali cfr. A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018, 59 ss., 74 ss.; il meccanismo dello *spoils system* è stato criticato dalla dottrina sotto svariati profili, che qui non possono essere affrontati, e pertanto sul punto si rinvia a S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in questa *Rivista*, 2002, 1341 ss.; ID., *La Dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in *Il lavoro nelle p.a.*, 2005, 1039 ss.; ID., *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1 ss.; cfr. altresì in tema P. CERBO, *La cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali fra gestione, politica e legge*, *ivi*, 2007, 450 ss.

²⁷ Corte cost., ord. 10 marzo 2005, n. 196.

amministrazioni. Nel corso del tempo si è registrato un moto pendolare: dall'originaria giurisdizione del giudice ordinario si è passati a una concorrenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo per poi giungere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e approdare infine ai giorni nostri a una nuova, non sempre ben delimitata, concorrenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo²⁸.

Il moto pendolare tra giurisdizioni solo in parte è la conseguenza processuale dei mutamenti in ordine alla qualificazione sostanziale del rapporto di lavoro pubblico. Anche altri fattori hanno giocato un ruolo nel produrre oscillazioni di riparto della giurisdizione. È stato infatti dimostrato come per le Sezioni Unite da almeno un secolo la qualificazione della situazione giuridica soggettiva non sia mai stata la *causa petendi*, quanto piuttosto il corollario della decisione sulla competenza giurisdizionale in materia di pubblico impiego: anziché attribuire la giurisdizione del giudice ordinario a seguito dell'individuazione dell'esistenza di un diritto soggettivo in capo al privato, si qualificava come diritto la situazione giuridica soggettiva del lavoratore una volta riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario²⁹.

Solo l'introduzione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sull'intera materia del pubblico impiego negli anni Venti del secolo scorso ha consentito di prescindere dalla qualificazione della situazione giuridica soggettiva vantata dal dipendente. Anzi la *ratio* della riserva in capo al giudice amministrativo delle relative controversie è stata individuata proprio nella difficoltà di dimostrare in concreto la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi in capo al lavoratore pubblico o aspirante tale³⁰.

Negli anni Novanta la sostituzione di regole e strumenti di diritto pubblico con regole e strumenti di diritto privato nella disciplina dei rapporti di lavoro con le amministrazioni non ha generato un trasferimento integrale delle controversie in materia al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro. L'odierno assetto, cui si è giunti a seguito di movimenti progressivi³¹, mantiene le controversie sugli atti di macro-organizzazione e sulle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in quanto esse restano ancora disciplinate dal diritto pubblico³².

L'attuale frazionamento della tutela giurisdizionale genera problemi applicativi, percepibili con evidenza nel caso in cui un candidato debba prima censurare davanti al giudice amministrativo la legittimità delle operazioni concorsuali e, ottenuto l'annullamento dell'atto di approvazione della graduatoria, contestare davanti al giudice

²⁸ Di concorrenza tra giurisdizioni parla, con toni polemici, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Milano, 2008, 299 ss.

²⁹ S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro*, 174, nt. 63; ma cfr. altresì A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, 1985, 64 ss.

³⁰ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1985, III ed., 101. Sulla giurisdizione esclusiva in materia come strumento che permise una elaborazione unitaria e coerente della materia dal punto di vista sostanziale cfr. M.S. GIANNINI, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 293 ss.

³¹ Sul complesso processo normativo che ha condotto dal riparto di giurisdizione disegnato dai d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e 31 marzo 1998, n. 80, all'attuale art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Testo Unico sul pubblico impiego) cfr. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 47 ss.

³² Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, comma 1, e 63, commi 1 e 4 del Testo Unico sul pubblico impiego, il giudice ordinario, nel caso in cui al suo cospetto vengano in questione "atti amministrativi presupposti", procede alla loro disapplicazione, qualora li riconosca illegittimi (art. 63, comma 1, del citato TUPI).

ordinario la successiva stipula del contratto di lavoro con altro candidato risultato vincitore sulla base della graduatoria annullata³³.

Ma le concrete questioni di riparto tra le giurisdizioni risultano amplificate nel momento in cui si cerca di precisare il perimetro della nozione, apparentemente semplice, di concorso pubblico.

Secondo la Cassazione non si potrebbe parlare di concorso pubblico vuoi quando non vi è alcuna spendita di potere discrezionale in capo all'amministrazione, vuoi, all'estremo opposto, quando la discrezionalità esercitata è così ampia da sconfinare nell'ambito delle scelte politiche.

Il primo caso ricorre nelle assunzioni tramite iscrizione nelle liste di collocamento obbligatorio. Qui pacifica è la sussistenza della giurisdizione ordinaria, dal momento che l'assunzione è configurabile come un atto di accertamento dei requisiti previsti dalla disciplina di settore, privo di discrezionalità, con conseguente qualificazione rispettivamente in termini di diritto soggettivo ("diritto all'assunzione", "diritto alla nomina") della situazione giuridica soggettiva di coloro che si trovano nelle condizioni prescritte per l'iscrizione nei suddetti elenchi e in termini di "atto dovuto" per la pubblica amministrazione dell'atto di assunzione al lavoro³⁴.

Altrettanto pacifica -per lo meno in giurisprudenza³⁵- è la sussistenza della giurisdizione ordinaria nell'ipotesi esattamente contraria e cioè quando sia rimessa all'amministrazione la scelta, del tutto fiduciaria e *intuitu personae*, del candidato cui conferire l'incarico pubblico. Ciò si verifica nel caso di attribuzione di incarichi dirigenziali di vertice secondo il meccanismo già evocato dello *spoils system*³⁶.

Ma l'ipotesi che ha dato origine all'ordinanza qui in commento appartiene a una problematica zona di confine caratterizzata da alcune specificità volte al conferimento di incarichi dirigenziali, anche e non solo ad esterni, per un tempo determinato e nei limiti di un contingente di posti³⁷.

In questa procedura di selezione pubblica il legislatore ha previsto una commistione tra elementi comparativi ed elementi fiduciari³⁸.

Mentre la giurisprudenza amministrativa valorizza e ritiene prevalenti i tratti di tipo comparativo, le Sezioni Unite considerano dominanti i tratti di tipo fiduciario.

³³ In tema cfr. Cass., sez.un., 21 dicembre 2018, n. 33213; 23 marzo 2017, n. 7483. Cass., sez.un., 7 giugno 2012, n. 9185, intervenuta su Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3403. Critiche al sistema di riparto della giurisdizione sono rivolte, da angolature diverse, da S. BATTINI, *Il rapporto*, cit., 382; e da M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., spec. 299 ss.

³⁴ Tra le tante cfr. Cass., sez.un., 22 luglio 2003, n. 11404; 7 dicembre 1999, n. 911.

³⁵ Assai critici sul punto si sono mostrati S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; ID., *Il rapporto di lavoro*, cit., 676 ss.; A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali, le dispute di Pomponazzi e le garanzie del diritto pubblico*, in *Il dir. econ.*, 2009, 529 ss., 533, a detta dei quali gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali sono espressione di un potere amministrativo.

³⁶ Da ultimo Cass., sez.un., 27 giugno 2018, n. 16961. In tema cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2017, n. 2526, in *Giur. it.*, 2017, 2721, con nota di S. MORELLI, *Le controversie in tema di conferimento di dirigenze pubbliche tra G.O. e G.A.*; sez. V, 25 febbraio 2016, n. 784.

³⁷ L'ipotesi non è completamente assimilabile a quella introdotta dall'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, che prevede la possibilità di conferire incarichi dirigenziali temporanei solo ed esclusivamente fuori dai ranghi dell'amministrazione, dopo avere accertato che la professionalità non sia rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione e nei limiti del 10 e dell'8 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti rispettivamente alla prima e alla seconda fascia. Su questo meccanismo cfr., da ultimo, G. VECCHIO e M. VECCHIO, *Rapporto fra fiduciarità e qualità delle nomine e degli incarichi di vertice dirigenziali*, in *Astrid Rassegna*, n. 17/2018.

³⁸ Svaluta invece i tratti di tipo comparativo insiti nella procedura selettiva L. CASINI, *Una "revolution in government"?* *La riforma amministrativa del patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 693 ss.

Infatti il giudice amministrativo ha qualificato questa ipotesi come concorso pubblico, considerandola una procedura selettiva, aperta a tutti, che subordina l'assegnazione degli incarichi al vaglio di una apposita Commissione competente alla valutazione di titoli e *curricula* e allo svolgimento di un colloquio. Nel caso di specie non vi sarebbe dunque alcuna deroga alla natura comparativa propria del concorso pubblico.

Secondo il Consiglio di Stato la procedura di selezione pubblica per la dirigenza museale non sarebbe assimilabile a quella, cui fa invece riferimento espresso la Cassazione, prevista per la dirigenza sanitaria e della cui compatibilità con l'art. 97 Cost. si è dubitato³⁹.

In particolare, per la giurisprudenza amministrativa la scelta dei dirigenti museali avviene mediante l'esercizio da parte di commissioni di esperti di "poteri tecnico-discrezionali", confrontando i titoli di ciascun candidato, anche esterno, ossia privo della qualità di dipendente dello Stato e della qualifica dirigenziale⁴⁰, laddove la procedura prevista in materia sanitaria si rivolge a dipendenti di per sé idonei, "da scegliere in base a un criterio di consonanza fra il prescelto e l'autorità che sceglie, circa le priorità da seguire e le modalità da impiegare per attuare un dato indirizzo politico amministrativo"⁴¹.

Dal canto loro le Sezioni Unite ritengono che il procedimento per il conferimento dell'incarico di direttore museale non abbia natura concorsuale: in esso la scelta di carattere fiduciario di spettanza del Ministro o del Direttore generale presenta carattere assorbente rispetto a ogni valutazione svolta dalla Commissione d'esperti, secondo una modalità simile a quella impiegata per le procedure di conferimento degli incarichi ai dirigenti medici⁴².

Ciò anche se è direttamente contestato l'esercizio del potere amministrativo e in particolare il procedimento amministrativo che si compendia negli atti di selezione dei candidati aspiranti alla posizione dirigenziale, deducendone i relativi vizi e, ancor prima, l'atto di macro-organizzazione dato dal regolamento in materia⁴³.

Il conferimento dell'incarico è concepito come frutto di una scelta compiuta essenzialmente sulla base di una valutazione squisitamente fiduciaria, con un avvicinamento al criticato meccanismo proprio dello *spoils system* vigente per gli incarichi apicali.

³⁹ Cfr. *supra*, nt. 20. In tema cfr. anche Cass., sez.un., 16 aprile 2007, n. 8950. Con riferimento a siffatta procedura anche la giurisprudenza amministrativa ritiene insussistente la propria giurisdizione; cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5419; sez. V, 5 febbraio 2007, n. 432.

⁴⁰ Per la giurisprudenza secondo cui vi è un concorso pubblico quando la commissione effettua il confronto tra i titoli dei candidati cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2015, n. 5693; sez. V, 21 agosto 2015, n. 4039.

⁴¹ Così Cons. Stato, sez. VI, n. 677/2018, cit.

⁴² Cfr., tra le tante, Cass., sez.un., 17 febbraio 2017, n. 4227; 31 maggio 2012, n. 3258; 27 giugno 2011, n. 3859; 5 marzo 2008, n. 5920; 16 aprile 2007, n. 8950; 27 gennaio 2004, n. 1478. In tema cfr. M.P. MONACO, *L'annullamento*, cit., 502 ss.; F.G. ALBISINNI, *I direttori*, cit., 514 ss.

⁴³ A detta della Cassazione infatti pure nel caso di diretta censura degli atti della commissione esaminatrice il privato deve rivolgersi solo al giudice ordinario "che è in grado di garantirlo pienamente anche attraverso l'esercizio del potere di disapplicazione" degli atti amministrativi presupposti (Cass., sez.un., 13 ottobre 2011, n. 21060, sempre in materia di dirigenza sanitaria).

Vale la pena di ricordare che talvolta anche la giurisprudenza amministrativa ha distinto tra le ipotesi di concorso pubblico, di propria competenza giurisdizionale, e le ipotesi di procedure di selezione idoneativa, di competenza del giudice del lavoro, ricorrendo a qualche bizantinismo: "quello idoneativo è infatti un giudizio, espresso dalla (amministrazione) per il tramite della Commissione in termini numerici, sulla potenziale capacità del candidato, più o meno spiccata, a rivestire l'incarico dirigenziale e non certo il prodotto di una ponderazione valutativa, relativa al suo bagaglio di conoscenze teoriche, all'esito di una vera e propria procedura selettiva articolata in specifiche prove e vertente su singole materie" (Cons. Stato, sez. III, n. 5693/2015, cit.).

Questo avvicinamento desta alcune perplessità: l'accesso agli incarichi pubblici basato su meccanismi fiduciari non è il criterio generale di scelta richiesto dalla Costituzione, che reclama il concorso pubblico ammettendo deroghe solo se improntate a ragionevolezza, e nel caso degli incarichi museali non vi è necessità alcuna di quella integrazione tra indirizzi politici e concreto agire amministrativo comunemente ritenuta alla base della deroga al concorso pubblico data dal già di per sé controverso *spoils system*⁴⁴.

Se, di contro, i caratteri costitutivi della garanzia costituzionale del concorso, ossia la parità di opportunità e di condizioni degli aspiranti, l'imparzialità e la pubblicità delle operazioni, la professionalità dei criteri di selezione, sono valorizzate anche in questo tipo di procedura di selezione pubblica⁴⁵, non è affatto chiara la ragione per cui tali procedure siano considerate diverse rispetto al concorso.

Potrebbe venire qui in rilievo quella che autorevole dottrina ha denominato la "conseguenza giurisdizionale", che comporta il già sopra evidenziato rovesciamento della corretta metodologia ricostruttiva in punto di giurisdizione: invece di partire dall'analisi della normativa sostanziale per individuare il magistrato competente, si muove dalla considerazione del controllo giurisdizionale che si innesca per preferire l'una o l'altra ipotesi ricostruttiva⁴⁶.

Spetta al giudice ordinario sindacare il puro merito delle scelte amministrative?

Le Sezioni Unite manifestano una tendenza espansionista della propria giurisdizione, assai simile a quella di cui s'impadronì negli anni Venti del secolo scorso il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva con l'invenzione degli atti amministrativi paritetici⁴⁷.

Infatti, per razionalizzare il sistema di tutela giurisdizionale, la fase pubblicistica della procedura di selezione processuale è intesa come recessiva e viene assorbita all'interno della fase qualificabile, appunto, vuoi come integralmente privatistica, vuoi come di puro merito amministrativo. Questo risultato è ottenuto invocando il principio di concentrazione delle tutele, inteso a impedire che la determinazione della giurisdizione avvenga per fasi, "separando e disarticolando ciascuna di esse allo scopo di ricercare e ottenere una giustiziabilità frazionata, con riferimento ai singoli segmenti del procedimento".

Sicuramente il diritto alla concentrazione delle tutele è parte integrante del diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.⁴⁸ e in linea con la garanzia del giusto processo data dalla ragionevole durata dello stesso (art. 111 Cost.).

⁴⁴ Sulle ragioni alla base dello *spoils system* cfr. G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, 2000, 33 ss.

⁴⁵ Sulla necessità di rispettare questi principi anche nel caso di procedure di selezione non assimilabili a un pubblico concorso cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2016, n. 1888.

⁴⁶ Su questa tendenza cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 265 ss.; E. CROCI e G. PERICU, voce *Sovvenzioni (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, spec. par. 5.

⁴⁷ G. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. II, 297 ss.

⁴⁸ In questo senso F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, 12 febbraio 2019, in www.giustizia-amministrativa.it, 21.

Tuttavia l'obiettivo della concentrazione delle tutele giurisdizionali è perseguibile in maniera ottimale e senza dare adito a ulteriori incertezze solo dal legislatore e non dal giudice. Ciò è ben dimostrato da una vicenda che presenta molti punti di contatto con quella qui in esame e cioè l'individuazione del giudice avente giurisdizione nelle controversie relative a contratti ad evidenza pubblica, che presentano contemporaneamente una fase pubblicistica e una fase privatistica. Decenni di incertezze defatiganti sul criterio di riparto della giurisdizione -che vedevano contrapposte le Sezioni Unite, favorevoli alla giurisdizione del giudice ordinario, e la giurisprudenza amministrativa, incline al riconoscimento della propria giurisdizione⁴⁹- hanno avuto fine unicamente grazie all'intervento del legislatore, introduttivo di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva in materia (art. 133, comma 1, lett. e, c.p.a.).

In assenza (e in ottimistica attesa) di una chiarificazione del legislatore nella materia qui in esame, è infine da sottolineare come criteri incerti di riparto della giurisdizione ostacolano non solo l'effettività della tutela giurisdizionale e la direttiva costituzionale della ragionevole durata del processo, ma producano effetti negativi sul piano della disciplina sostanziale.

L'assorbimento della fase pubblicistica all'interno della fase fiduciaria-privatistica reputata dominante rende incerta anche la sorte dei principi caratterizzanti la fase procedimentalizzata e del relativo sindacato. Non è affatto scontato che il giudice ordinario dia pienamente valore ai principi pubblicistici di *par condicio* tra gli aspiranti, di trasparenza e di pubblicità, in una parola, di imparzialità dell'agire amministrativo. Il rischio è diametralmente opposto a quello cui si è tentato di porre rimedio con la privatizzazione del pubblico impiego: mentre in precedenza la logica pan-pubblicistica assorbiva la dimensione del rapporto, ora vi è il rischio che la logica pan-privatistica ammantando tale rapporto di insindacabilità⁵⁰.

⁴⁹ Per i due orientamenti contrapposti cfr. rispettivamente Cass., sez.un., 28 dicembre 2007, n. 27169 e Cons. Stato, Ad.pl., 30 luglio 2008, n. 9.

⁵⁰ È stato dimostrato come il giudice ordinario utilizzi strumenti "alquanto rozzi" per controllare la discrezionalità amministrativa impiegata nel conferimento degli incarichi dirigenziali, limitandosi a controllare il rispetto formale delle procedure di nomina e ritenendo insindacabile il potere di nomina riconoscendo la sostanziale fiduciarietà dell'incarico; cfr. B. CIMINO, *Il giudice del lavoro che "rema contro"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 199 ss., e la giurisprudenza ivi analizzata; in tema cfr. altresì P. CERBO, *Il limite del "merito" nel sindacato sul rapporto di lavoro privatizzato: le recenti riforme legislative*, in B. MARCHETTI e G. FALCON (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, 335 ss.