


LA RIFORMA DEI RAPPORTI DI LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)
con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75
del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)

a cura di

Marco Esposito, Vincenzo Luciani
Antonello Zoppoli, Lorenzo Zoppoli

 UNIVERSITÀ
DI SIENA 1240
Biblioteca di Area Giuridico -
Politologica "Circolo Giuridico"



G. Giappichelli Editore

Vincenzo Luciani

La riforma dei musei e la controversa apertura ai direttori stranieri

SOMMARIO: 1. La riforma dei musei del 2014. – 2. La disciplina nazionale sulla cittadinanza. – 3. Il requisito della cittadinanza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e le posizioni intermittenziali del giudice amministrativo. – 4. Il ruolo di direttore dei musei e l'esigenza di una verifica funzionale dei suoi compiti.

1. La riforma dei musei del 2014

La riforma del sistema museale italiano, varata nel 2014, si è posta l'ambizioso obiettivo di "adeguare l'Italia agli standard internazionali in materia di musei e di migliorare la promozione dello sviluppo della cultura anche sotto il profilo dell'innovazione tecnologica digitale"¹.

Il legislatore ha inteso rivedere radicalmente l'assetto organizzativo dei musei statali, allineandosi agli indirizzi elaborati dall'*International Council of Museums-ICOM* e individuando nuovi modelli di funzionamento – nella direzione soprattutto di un'elevata autonomia gestionale – a venti istituzioni museali di rilevante interesse nazionale (individuate dall'art. 30 del d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171).

La legge prevede una nuova definizione di "museo" che, in linea con i predetti standard internazionali, è inteso e qualificato come istituzione permanente, senza scopo di lucro, al servizio della società e del suo sviluppo (art. 35, d.P.C.M. n. 171/14)².

Tra le misure caratterizzanti la riforma vi è la nomina dei vertici, in quanto si è previsto, all'esito di procedure selettive pubbliche, di individuare figure di "particolare e comprovata qualificazione professionale in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali e in possesso di una documentata esperienza di elevato livello nella gestione di istituti e luoghi della cultura" (art. 14, co. 2 *bis*, l. 29 luglio 2014 n. 106).

¹ La riforma è contenuta nel d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito in l. 29 luglio 2014 n. 104, contenenti "disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo".

² Sul tema CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, il Mulino, 2016.

La stessa procedura si caratterizza per l'applicazione di un modello innovativo, introdotto sempre nel 2014 (d.m. 27 novembre 2014 che disciplina i criteri e le procedure per il conferimento degli incarichi dirigenziali), che prevede due fasi: in una prima la commissione di concorso procede ad una preliminare valutazione all'esito della quale seleziona 10 candidati per ciascuna istituzione; segue un colloquio orale per pervenire all'individuazione di una terna. La seconda fase prevede la scelta, da parte del Ministro o del Direttore generale del Mibac, rispettivamente per i Musei qualificati come uffici di livello dirigenziale generale o non generale: tuttavia la scelta non è libera e arbitraria, ma fondata sull'analisi condotta dalla commissione e del giudizio finale da questa espresso.

La disciplina ha innescato un ampio dibattito, caratterizzato in particolare da un'accesa critica alla giustizia amministrativa, in particolare nei confronti del Tar del Lazio, accusato di avere adottato decisioni caratterizzate da un approccio asfittico e provinciale³.

Ciò che è stato criticato è di avere operato un'applicazione "burocratica" delle norme interne, omettendo qualsiasi verifica della loro compatibilità con l'ordinamento comunitario. Le censure sono fondate in quanto il giudice amministrativo non ha proceduto alla doverosa valutazione del nesso pubblica amministrazione/cittadinanza in chiave di *cittadinanza europea*: eppure da tempo le istituzioni europee chiedono agli Stati nazionali di rimodulare in senso restrittivo le deroghe al principio di libera circolazione dei lavoratori europei⁴.

A conferire ancora più enfasi a tale limitato approccio vi è la pronuncia, di poco successiva, del Consiglio di Stato⁵ che, decidendo la vicenda relativa al parco archeologico del Colosseo, ha affrontato la questione valorizzando adeguatamente i principi comunitari.

³ Nelle decisioni adottate tra maggio e giugno del 2017 il giudice amministrativo ha ritenuto che la normativa (art. 14, co. 2 *bis*, d.l. n. 83/14, convertito in l. n. 106/14) non consenta la partecipazione alle selezioni a tutti i cittadini comunitari ma ammette la partecipazione dei soli cittadini italiani. Secondo il Tar la riforma del 2014 non consente di applicare la regola generale di cui alla previsione dell'art. 38 del d.lgs. n. 165/01, nella parte in cui estende ai cittadini comunitari (ed equiparati) l'accesso ai ruoli di impiego nelle Pubbliche amministrazioni, trattandosi di funzioni che rientrano nelle ipotesi di deroga alla regola generale: in particolare riguardano funzioni dirigenziali che in quanto tali implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero attengono alla tutela dell'interesse nazionale, così come espressamente stabilito dal regolamento di attuazione del citato art. 38 (il d.P.C.M. n. 174/94): Tar Lazio, sez. II *quater*, 24 maggio 2017, n. 6170; Tar Lazio, sez. II *quater*, 24 maggio 2017, n. 6171; Tar Lazio, sez. II *quater*, 7 giugno 2017, n. 6719; Tar Lazio, sez. II *quater*, 7 giugno 2017, n. 6720. A seguito dell'impugnazione da parte del MIBACT delle riportate sentenze, il Consiglio di Stato, nell'appello proposto avverso la decisione del Tar Lazio, sez. n. II *quater*, n. 6171/17, con pronuncia del 2 febbraio 2018, n. 677, all'esito di un'ampia motivazione nella quale ha evidenziato le argomentazioni in base alle quali si prospettano possibili contrasti giurisprudenziali sulla tematica, ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

⁴ Sul punto v. l'ampia analisi di GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jovene, 2012, spec. p. 55 ss.; in argomento v. anche CARANTA, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, in *DUE*, 1999, p. 45 ss.

⁵ Sent. sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3666, in riforma di Tar Lazio, sez. II *quater*, 7 giugno 2017, n. 6719.

Non può sottacersi che le “colpe” non possono concentrarsi unicamente sul Tar del Lazio, in quanto una buona dose di responsabilità è da attribuire al Governo – che ha fortemente voluto questa riforma e – che, nel predisporre il testo normativo, ha peccato di scarsa chiarezza e coerenza in quanto, pur intendendo introdurre una riforma dal respiro internazionale, ha omesso qualsiasi indicazione in tema di requisiti richiesti ai candidati: l'intervento era particolarmente urgente, tenuto anche conto che il regolamento attuativo dell'art. 38 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che disciplina il requisito di cittadinanza per l'accesso al lavoro pubblico, risale addirittura al 1994.

Il contenzioso è scaturito per la richiesta dei candidati italiani di considerare inibito ai cittadini comunitari l'accesso ai vertici dei poli museali di rilevanza nazionale.

Il giudice amministrativo ha accolto le censure assumendo che la normativa da applicare, con riferimento al requisito della cittadinanza, non consenta la partecipazione anche dei cittadini comunitari. Questa conclusione troverebbe univoco fondamento nella disciplina del 2014 che, nel perseguire l'obiettivo di una gestione ad impronta internazionale delle istituzioni museali, ha previsto due uniche deroghe alla disciplina generale: a) le assunzioni possono essere effettuate anche senza aver prima verificato la presenza di figure aventi un'equivalente professionalità all'interno dell'amministrazione; b) gli incarichi possono essere assegnati anche in deroga alle percentuali fissate dalla legge per l'affidamento a soggetti “esterni” (per entrambi i profili art. 19, co. 6, d.lgs. n. 165/01).

Queste specifiche eccezioni rispetto al modello ordinario, secondo il giudice amministrativo, costituiscono elementi decisivi per affermare che altre deroghe non sono consentite, per cui, con riferimento a tutti i rimanenti profili valgono le regole generali.

In tal modo tuttavia il giudice amministrativo opera una ricostruzione della normativa contraddittoria, andando alla ricerca di una deroga (in tema di cittadinanza) che il legislatore non era tenuto ad introdurre per il semplice e risolutivo dato che la regola generale, per l'accesso al lavoro pubblico, è la “cittadinanza comunitaria”. È vero, come anticipato, che era auspicabile che il legislatore del 2014 introducesse un'esplicita previsione – non foss'altro per perseguire coerentemente il processo di internazionalizzazione del sistema museale – chiarendo che i posti messi a concorso non integrano l'esercizio di pubblici poteri, ma non in termini di “deroga” (come invece era necessario per le due previsioni – prima indicate *sub a*) e b).

Il legislatore, dopo le decisioni del Tar, tentando di rimediare, ha inserito nella legge che contiene la manovra in materia di finanza pubblica (d.l. 24 aprile 2017 n. 50 conv. in l. 21 giugno 2017 n. 96), una norma interpretativa, per stabilire che la disposizione sul reclutamento dei direttori dei musei “si interpreta nel senso che alla procedura di selezione pubblica internazionale non si applicano i limiti di accesso di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 165/01” (art. 22, co. 7 e 7 *bis*). La disposizione, che solleva tra l'altro complesse questioni di diritto transitorio, non attenua tuttavia le “colpe” del giudice amministrativo. Una breve analisi delle norme in

tema di requisiti di accesso al lavoro pubblico fornirà la misura dell'approccio parziale con cui il Tar del Lazio ha affrontato e risolto la questione.

2. La disciplina nazionale sulla cittadinanza

Ai sensi dell'articolo 38 del d.lgs. n. 165/01 (come modificato dalla l. 6 agosto 2013 n. 97 e dal d.lgs. 13 febbraio 2014 n. 12) i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea (nonché i loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente o che siano titolari dello status di rifugiato ovvero dello status di protezione sussidiaria) sono equiparati ai cittadini italiani. È una novità introdotta già nel primo decreto di applicazione della “contrattualizzazione” del lavoro pubblico (d.lgs. n. 29/93), che riduce ad eccezione il requisito della cittadinanza italiana ed enuncia come principio generale, per l'accesso alle amministrazioni pubbliche, il possesso della cittadinanza “comunitaria”: le deroghe possono riguardare solo posti di lavoro che “implicano esercizio, diretto o indiretto, di pubblici poteri ovvero attengano alla tutela dell'interesse nazionale”.

Individuando nella cittadinanza “comunitaria” la regola generale, il legislatore della riforma già dal '93 ha accolto un'interpretazione “funzionale” dell'articolo 45 co. 4 del Trattato istitutivo della comunità europea, disposizione che esclude gli impieghi nella pubblica amministrazione dal campo di applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori comunitari nell'UE (ed equiparati).

Con la disposizione del TUPI il riformatore aderisce ad un orientamento enunciato dalla Corte di giustizia già nel 1980, in una decisione nella quale veniva temperato il divieto di applicare alla pubblica amministrazione il principio di libera circolazione, stabilendo che si può impedire l'accesso ad un cittadino appartenente ad uno dei paesi della comunità europea, solo quando si tratta di funzioni che si sostanziano in poteri decisionali preordinati alla cura di interessi generali e connotati da una valenza di imperio tipici della potestà statale⁶.

Il legislatore del '93, nel generalizzare il diritto di accesso ai cittadini comunitari, delinea la preclusione come un'eccezione, di cui fornisce una nozione di tipo generale al comma primo, affidando ad un regolamento il compito di individuare posti e funzioni per i quali è tassativamente richiesta la cittadinanza italiana. Tale individuazione si ritrova – ancora – nel d.P.C.M. 7 febbraio 1994 n. 174: il regolamento anzitutto individua i posti della pubblica amministrazione per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana, e tra questi vi include i *livelli dirigenziali* delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e delle altre pubbliche amministrazioni.

Ebbene il Tar del Lazio, nelle pronunce prima indicate, ha proceduto ad un'ap-

⁶ C. Giust. 17 dicembre 1980, causa 149/79, in *FI*, 1983, IV, p. 1 ss.; C. Giust. 2 luglio 1996, causa 473/93, in *Racc.*, 1996, I-3207.

plicazione formale e asistemica della normativa nazionale, e in particolare di quella secondaria, saltando a piè pari il processo di armonizzazione normativa che, grazie al ruolo propulsore della Corte di giustizia, va sempre più nella direzione di restringere i vincoli all'esercizio dei diritti fondamentali da parte cittadini europei – in questo caso la libertà di circolazione – limitandoli ai soli casi strettamente necessari e concretamente incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale.

3. Il requisito della cittadinanza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e le posizioni intermittenti del giudice amministrativo

Per verificare la fondatezza delle critiche rivolte al giudice amministrativo di prima istanza è utile l'esame del punto di approdo della giurisprudenza della Corte di giustizia proprio in tema di requisito di cittadinanza per l'accesso ai pubblici uffici.

Ribadito che il Trattato UE (art. 45, co. 4), nel sancire il principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione Europea, prevede una deroga relativamente "agli impieghi nella pubblica amministrazione", tale deroga è oggetto di continua evoluzione e i giudici europei propendono già da tempo per una interpretazione restrittiva, ritenendo che il requisito della nazionalità possa essere imposto esclusivamente per l'accesso a quei posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche: tali posti presuppongono, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità dei diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza⁷. Il giudice europeo, nelle decisioni più recenti, impone agli ordinamenti nazionali di rifuggire da formule che, con riferimenti di carattere generale, conducano ad assoggettare alla regola della cittadinanza nazionale intere categorie di lavoratori, senza una verifica concreta delle mansioni e dei compiti spettanti alla specifica figura professionale da selezionare e reclutare.

La richiesta del requisito si fonda sulla convinzione che lo status di cittadino garantisce la coincidenza tra gli interessi individuali del singolo e quelli pubblici ascrivibili all'intera collettività, in ragione del vincolo di "affectio societatis", che assicura l'immedesimazione con la comunità nazionale e il fondamento delle basi comuni della convivenza civile e sociale⁸.

La qualificazione di *pubblico potere* presuppone una verifica in concreto di

⁷ Tra le ultime C. Giust. UE, 2 luglio 2006, cause 473/93, 173/94, 290/94, 10 e Corte Giust. UE, 10 settembre 2014, causa 270/13.

⁸ Sul punto AMIRANTE, *Cittadinanza (teoria generale)*, in EGT, 2003, p. 10; in tal senso anche C. Stato, sez. II, 31 marzo 2004, n. 2592.

esercizio di funzione di pubblica autorità e di salvaguardia di interessi generali dello Stato o di altri enti pubblici⁹.

Il Tar del Lazio ha omesso proprio questa verifica e la lacuna appare tanto più grave alla luce di una coeva pronuncia del Consiglio di Stato, nella sovrapponibile vicenda del parco archeologico del Colosseo, in cui si procede ad un'applicazione della normativa nazionale corretta e coerente con i principi comunitari¹⁰. D'altra parte lo stesso giudice amministrativo d'appello, in una meno recente pronuncia, aveva sancito la "resistenza" del principio di libera circolazione per un ruolo apicale della pubblica amministrazione, considerato che le funzioni, pur se di vertice e dirigenziali, si caratterizzano per essere prevalentemente di tipo "tecnico e di gestione economica", caratteri che non vengono meno per effetto dell'esercizio sporadico ed occasionale di compiti autoritativi¹¹. Il giudice amministrativo in tali decisioni, ha ritenuto corretto valorizzare, non tanto il profilo strutturale-statico di pubblica amministrazione ma quello *funzionale dinamico* che assegna portata decisiva alla natura specifica dell'attività lavorativa da svolgere, la quale, per essere sottratta all'obbligo di rispetto del principio di libera circolazione, deve essere concretamente attinente all'esercizio di pubblici poteri o afferire a mansioni che hanno per oggetto la tutela di interessi generali.

Tali concetti evocano chiaramente quell'attività della pubblica amministrazione che si caratterizza per l'esercizio *potestà pubbliche o poteri d'imperio*, nelle quali il soggetto pubblico si impone ai privati in una posizione di *supremazia*¹². Sono solo i posti dei *funzionari* pubblici titolari di tali poteri che possono essere sottratti al principio della libera circolazione, per cui l'esclusione non può valere per attività di carattere tecnico gestionale, ancorché disimpegnate da figure dirigenziali.

4. Il ruolo di direttore dei musei e l'esigenza di una verifica funzionale dei suoi compiti

Così ricostruito il quadro normativo la censura da muovere al giudice amministrativo di primo grado è di avere proceduto ad un'applicazione della disciplina tutta focalizzata sul diritto interno, tranne fugaci e insufficienti passaggi, obliterando sostanzialmente la disciplina comunitaria specie alla luce degli arresti, del tut-

⁹ A tal proposito GAGLIARDI, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰ C. Stato 24 luglio 2017, n. 3666, che ha riformato la sentenza Tar del Lazio n. 6719/17 intervenuta appunto sulla nomina del direttore del museo romano: a commento della sentenza n. 3666 v. LIGUORI, *La public service exception tra norma e giudice: il caso dei direttori stranieri dei musei italiani*, in DLM, 2017.

¹¹ C. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210 in relazione alla nomina del Presidente di un'Autorità portuale.

¹² In tal senso GNES, *L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, in GDA, 2017, spec. p. 495 ss.

to chiari e netti, del giudice comunitario, peraltro già da tempo recepiti dal Consiglio di Stato.

Le poche battute dedicate nelle decisioni richiamate a questo profilo stridono con la crucialità della tematica: il Tar “si accontenta” di constatare l’assenza di una esplicita “deroga della deroga”, omettendo qualsiasi riferimento al dibattito, già da tempo in corso, anche all’interno della stessa giustizia amministrativa, in ordine all’applicazione del requisito della cittadinanza nazionale in coerenza con i principi comunitari¹³.

Il passaggio che il giudice amministrativo omette è la verifica concreta ed effettiva, dei compiti che i direttori sono chiamati a svolgere e della loro compatibilità con il requisito della cittadinanza comunitaria. Infatti è sempre necessario operare quella verifica “funzionale” che, correttamente, pretende il giudice comunitario al fine di accertare se i compiti di direttore di un’istituzione museale implicino o meno la partecipazione, diretta o indiretta, all’esercizio di pubblici poteri ovvero attingano ad attività che hanno ad oggetto la tutela di interessi generali¹⁴.

A tal fine è decisivo analizzare il regolamento di attuazione della riforma del 2014 (d.P.C.M. n. 171/14), che individua i compiti dei direttori da selezionare. Nella normativa secondaria si legge che il direttore è responsabile della gestione del museo nel suo complesso, nonché dell’attuazione e dello sviluppo del suo progetto culturale e scientifico. Il regolamento procede all’individuazione di una lunga serie di funzioni che assegnano al Direttore il compito di programmare, indirizzare, coordinare e gestire le attività culturali ed economiche del museo (tra gli altri: cura il progetto culturale, stabilisce l’importo dei biglietti di ingresso, stabilisce gli orari di apertura, gestisce la comunicazione, assicura una stretta relazione con il territorio, autorizza le attività di studio e di pubblicazione, svolge attività di ricerca, svolge le funzioni di stazione appaltante).

Anche una superficiale ricognizione delle funzioni spettanti ai direttori dei musei, ancorché di rilevanza nazionale, conduce a ritenere che manca, per la gran parte dei compiti svolti, la partecipazione, anche indiretta, all’esercizio di pubblici poteri. Né può ritenersi che tale ruolo ha ad oggetto la tutela di interessi nazionali (art. 38, co. 1, d.lgs. n. 165/01) perché l’inciso si fonda sul presupposto dell’esistenza di un rapporto di particolare solidarietà nei confronti dello Stato nonché della reciprocità dei diritti e dei doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza. Tale secondo ambito non può estendersi a dismisura, altrimenti vi rientrerebbero tutte le prestazioni di lavoro erogate da dipendenti pubblici. Il tratto dirimente rimane l’esercizio di pubblici poteri e tale criterio ha guidato di recente anche il giudice del lavoro nel ritenere illegittimo il bando che impedisce ai cittadini comunitari di partecipare ad una procedura di selezione per posti di assisten-

¹³ Così MONACO, *L’annullamento della nomina dei direttori dei musei: la vicenda processuale*, in *GDA*, 2017, p. 500 ss.

¹⁴ Sul punto ALBISINNI, *I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche*, in *GDA*, 2017, p. 510 ss.

te giudiziario nei ruoli del Ministero della Giustizia¹⁵.

Pertanto l’interpretazione corretta non può che essere quella della Corte di giustizia nel 2014, accolta dal Consiglio di Stato, sia nel 2015 sia nel 2017, nonché da ultimo anche dal giudice del lavoro, in base alla quale non possono rientrare tra le funzioni che limitano la libertà fondamentale di circolazione i posti in cui prevalgono le competenze tecnico/gestionali e nelle quali l’esercizio di pubblici poteri, inteso come potere di coercizione e di imperio nei confronti dei terzi, costituisce il segmento marginale dei compiti spettanti al dirigente¹⁶.

Ebbene, anche al direttore del museo, ancorché rientrante tra gli uffici dirigenziali generali, vengono affidati compiti di natura essenzialmente organizzativa e di gestione economica. Probabilmente l’unico ambito in cui avviene l’esercizio di pubblici poteri attiene alle competenze relative al prestito dei beni delle collezioni dei musei gestiti. Ma, a parte il carattere marginale di questi compiti, da una lettura completa e complessiva delle funzioni si evince che il direttore deve operare, per tale attività, in stretto coordinamento con organismi superiori, per cui, se anche si ritenesse che gli stessi afferiscono ai pubblici poteri, deve escludersi che il direttore li eserciti in modo esclusivo e prevalente.

La vicenda dei direttori dei musei, oltre a segnalare l’urgenza di aggiornare la normativa secondaria di applicazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 165/01, impone, più in generale, di ripensare al nesso tra pubblici poteri e cittadinanza in chiave europea. Se è vero che la cittadinanza costituisce ancora elemento fondante della costituzione politico-giuridica di uno Stato, è altresì indubbio che il processo di progressiva integrazione delle pubbliche amministrazioni nazionali in un sistema comune europeo, specie per alcuni settori (gli esempi più lampanti sono quelli della giurisdizione e del governo della moneta), evidenzia che non è più possibile tracciare, nell’ambito dei pubblici poteri, una distinzione netta tra istituzioni nazionali e istituzioni europee.

¹⁵ Trib. Firenze 27 maggio 2017, in *LG*, 2017, p. 680 ss.

¹⁶ Secondo LIGUORI, *op. cit.*, il Consiglio di Stato s’è spinto oltre il punto d’approdo della giurisprudenza comunitaria, adottando una decisione al limite della scelta politica.