



27 MAGGIO 2020

Giurisdizione e merito(crazia)
nell'accesso alla dirigenza statale

di Antonio Leo Tarasco

Dirigente presso il Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo

Giurisdizione e merito(crazia) nell'accesso alla dirigenza statale*

di Antonio Leo Tarasco

Dirigente presso il Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo

Abstract [It]: Il saggio analizza i problemi sostanziali e processuali derivanti dall'applicazione delle procedure di selezione dei dirigenti museali statali, ex art. 14, comma 2-bis, d.l. n. 83/2014. Viene esaminata la giurisprudenza della Cassazione che, pretendendo di escluderne la natura concorsuale, afferma, per conseguenza, la giurisdizione del giudice ordinario. Tale orientamento - a giudizio dell'Autore - rischia di legittimare la costituzione di rapporti di lavoro dirigenziale anche di livello generale in favore di soggetti estranei alla p.a. senza possibilità di sindacato della funzione amministrativa da parte del giudice amministrativo. La problematica consente di sviluppare più ampie riflessioni sul rispetto del principio di meritocrazia nell'accesso agli incarichi di vertice nell'Amministrazione pubblica.

Abstract [En]: The essay analyses the substantive and procedural problems arising from the application of the procedures for the selection of state museum managers, ex art. 14, paragraph 2-bis, of Legislative Decree no. 83/2014. It examines the jurisprudence of the Supreme Court of Cassation which, claiming to exclude its concurrent nature, states, as a consequence, the jurisdiction of the ordinary judge. This orientation - in the opinion of the author - risks legitimising the establishment of managerial employment relationships, even at a general level, in favour of persons outside the public administration without the possibility of the administrative judge's review of the administrative function. The problem allows for the development of broader reflections on the respect of the principle of meritocracy in the access to top management positions in the public administration.

Sommario: 1. Il caso dei direttori museali oltre la nazionalità: profili e dubbi processuali. 1.1. Sull'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: reale necessità processuale? 2. Effetti pratici dell'affermazione della giurisdizione del g.o. nelle controversie sulla selezione dei direttori museali statali. 3. "Todos caballeros": la selezione dei direttori dei musei statali nel c.d. decreto Art Bonus. 3.1. Gli esperti esterni (ex art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001) quali dirigenti museali nel meccanismo dell'art. 14, comma 2-bis, del d.l. n. 83 del 2014. 3.2. Le tre peculiarità delle procedure di selezione dei direttori museali. 4. I limiti dell'orientamento delle Sezioni unite della Cassazione. 4.1. Il problema degli interPELLI dirigenziali e della (in)sussistenza della graduatoria in Sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413. 4.1.1. Conferimento di incarico dirigenziale o accesso al ruolo della dirigenza? 4.1.2. L'art. 97 Cost. dimenticato: il principio (etico e costituzionale) del concorso pubblico. 4.1.3. Sul lemma "concorso pubblico": significato. 4.2. Gli equivoci si perpetuano: Sez. un., 28 febbraio 2019, n. 604029 4.2.1. Il confronto con le procedure selettive della dirigenza sanitaria: inapplicabilità della corrispondente normativa e giurisprudenza. 5. La posizione della giurisprudenza amministrativa. 5.1. Natura giuridica autoritativa del provvedimento di conferimento dell'incarico e sua conseguente impugnabilità davanti al g.a. 6. Quale tutela del giudice del lavoro?

* Articolo sottoposto a referaggio. Le opinioni manifestate nello scritto esprimono unicamente la posizione dell'Autore e non quella dell'Amministrazione di appartenenza.

“(…) e che la vera distinzione sia quella, che deriva dal merito”.
Ferdinando IV Re delle Sicilie, *Leggi pel buon governo della Popolazione di S. Leucio*,
Napoli, Stamperia reale, 1789

1. Il caso dei direttori museali oltre la nazionalità: profili e dubbi processuali

L'accesso ai ruoli dei direttori dei musei statali è stato oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale¹ e dottrinale² quanto alla possibilità che candidati non-italiani, ma comunque europei, potessero accedervi o meno.

La selezione dei direttori dei musei e parchi archeologici di rilevante interesse nazionale (disciplinata dall'art. 14, comma 2-*bis*, del d.l. n. 83 del 2014) aveva poi, *incidenter tantum*, offerto di interrogarsi sulle fonti di organizzazione di tali organi periferici dell'Amministrazione statale, anche in presenza di accordi con amministrazioni locali per la gestione di comuni spazi di interesse archeologico³.

Pur nel nutrito filone giurisprudenziale che si è formato sul punto e che ha imposto anche all'Adunanza plenaria di intervenire per dirimere la controversia in ordine alla possibilità che cittadini stranieri comunitari potessero partecipare al concorso per l'assunzione, a tempo determinato, nei ruoli dei direttori museali statali⁴, la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo per le procedure di

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 *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, p. 492 ss., con note di M. GNES, *L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, *ivi*, p. 493 ss.; M.P. MONACO, *L'annullamento della nomina dei direttori dei musei: la vicenda processuale*, *ivi*, p. 500 ss.; F. G. ALBISINNI, *I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, *ivi*, 508 ss.; e in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 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*.

² In dottrina, tra i numerosi scritti sull'argomento, si vedano M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 4/2019, p. 489 ss.; L. SACCHI, *La selezione della dirigenza per il governo e l'amministrazione del patrimonio culturale*, in *Aedon*, n. 1/2019; M. CAMMELLI, *Direttori dei musei: grandi riforme, piccole virtù e un passato che non passa*, in *Aedon*, 1, 2018; D. PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Dir. Amm.*, 4, 2017, p. 753 ss.; M. GNES, *L'apertura della direzione dei musei*, *cit.*, p. 493 ss.; F.G. ALBISINNI, *I direttori dei musei*, *cit.*, p. 508 ss.; M.P. MONACO, *L'annullamento della nomina dei direttori dei musei: la vicenda processuale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 500 ss.

Per un inquadramento della generale problematica del rapporto tra impiego pubblico e requisito della cittadinanza, D. PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2017, p. 753 ss.

³ Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3665 che, riformando TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 7 giugno 2017, n. 6720, ha ritenuto legittimamente posto dall'Amministrazione statale, in quanto provvedimento che attiene specificamente all'organizzazione ministeriale, il decreto 12 gennaio 2017 del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo recante "Adeguamento delle soprintendenze speciali agli *standard* internazionali in materia di musei e luoghi della cultura, ai sensi dell'articolo 1, comma 432, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, e dell'articolo 1, comma 327, della legge 28 dicembre 2015, n. 208", con il quale è stato istituito l'ufficio dirigenziale di livello generale del Parco archeologico del Colosseo. In particolare, diversamente argomentando rispetto al Tar Lazio, n. 6720/2017, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima l'istituzione del Parco archeologico del Colosseo con l'atto ministeriale non avente natura regolamentare di cui al d.m. 12 gennaio 2017 e non con regolamento governativo da emanarsi con decreto del Presidente della Repubblica: la fonte primaria di autorizzazione è stata individuata non nella disciplina generale di cui all'art. 17, comma 4-*bis*, legge n. 400/1988, ma nelle fonti primarie di autorizzazione speciale, con conseguente legittima adozione di un atto non regolamentare.

⁴ Come noto, Cons. St., ad. plen., 25 giugno 2018, n. 9 (in *Giorn. Dir. amm.*, 2018, p. 609, con nota di M. GNES, *Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, *ivi*, 609, e di G. MASSARI, *La selezione dei dirigenti nei "super-musei": nuove riflessioni sugli atti interni contrari al diritto UE*) - previa affermazione della giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di

selezione dei direttori dei musei di rilevante interesse nazionale, pur se stranieri, non era mai stata posta in dubbio; tanto che, appunto, la giurisdizione del g.a. era stata pacificamente ritenuta dai giudici amministrativi di primo e secondo grado nei casi giurisprudenziali del 2017 e 2018.

Successivamente all'intervento di Cons. St., ad. pl., 25 giugno 2018, n. 9, risolutore delle controversie fino ad allora insorte in ordine alla nazionalità dei candidati quale requisito di ammissione o meno, l'applicazione della procedura di cui all'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, ha dato luogo ad ulteriori contenziosi da parte di candidati che hanno posto in dubbio la correttezza delle valutazioni. In tale casistica successiva rispetto ad ad. plen. n. 9/2018, il profilo giuridico problematico che è venuto in rilievo non riguarda le regole da applicare alle procedure ed ai requisiti di accesso dei candidati ma, prima ancora, la giurisdizione da riconoscere in ragione della natura giuridica della procedura stessa⁵: trattasi di concorso pubblico o di non meglio precisata procedura di "selezione idoneativa" che fuoriuscirebbe dalla giurisdizione generale di legittimità del g.a. assegnata alle controversie sui concorsi pubblici dall'art. 63,

selezioni dei direttori museali statali - aveva escluso che l'ordinamento comunitario ammettesse riserve di nazionalità nell'accesso ad incarichi dirigenziali nella pubblica amministrazione. In questo modo è stata affermata la prevalenza della normativa comunitaria in materia di libera circolazione e, specificamente, del paragrafo 2 dell'art. 45 del TFUE a raffronto del quale l'art. 2, comma 1, d.p.r.487/1994 e l'allora vigente art. 1, comma 1, d.p.c.m. n. 174/1994 dovevano essere disapplicati, impedendo ai cittadini stranieri comunitari di assumere i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, non consentendo una verifica in concreto circa la sussistenza o meno del prevalente esercizio di funzioni autoritative in relazione alla singola posizione dirigenziale.

Questa è stata la soluzione adottata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in merito alla vicenda dei direttori stranieri dei musei, nella fattispecie del direttore di Palazzo Ducale a Mantova, di nazionalità austriaca, la cui nomina era stata messa in discussione dai giudici amministrativi sulla considerazione che l'affidamento a stranieri di posti di vertice nella pubblica amministrazione fosse in contrasto con la normativa nazionale.

La decisione dell'Adunanza plenaria n. 9/2018 fu sollecitata dall'ordinanza di rimessione di Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2018, n. 677, in *Foro amm.*, n. 2/2018, p. 187 nonché in *Foro it.*, n. 3/2018, III, 127, che, dopo aver ritenuto rientrante nella giurisdizione del g.a. la controversia, aveva ritenuto necessario che la Plenaria chiarisse se il d.p.c.m. n. 174 del 1994 e il d.p.r. n. 487 del 1994, nella parte in cui riservano ai cittadini italiani il conferimento di incarichi dirigenziali, fossero coerenti non solo con gli articoli 51 e 54 della Costituzione, ma anche con la normativa europea.

La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9/2018 ha smentito l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, ritenendo che "l'art. 1, comma 1, d.p.c.m. n. 174 del 1994 e l'art. 2, comma 1, d.p.r. n. 487 del 1994, laddove impediscono in assoluto ai cittadini di altri Stati membri dell'UE di assumere i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato e laddove non consentono una verifica in concreto circa la sussistenza o meno del prevalente esercizio di funzioni autoritative in relazione alla singola posizione dirigenziale, risultano in contrasto con il par. 2 dell'art. 45 del TFUE e non possono trovare conseguentemente applicazione".

⁵ Sulla giurisdizione come garanzia che attiene alla precostituzione del giudice naturale, v. Sez. un., 14 maggio 2014, n.10414, part. § 3.

Il corollario di tale garanzia costituzionale è che c'è anche un giudice della giurisdizione che opera il sindacato ultimo sulla sussistenza o meno della giurisdizione; giudice che è unico e che è individuato nelle Sezioni Unite della Corte di cassazione, ex art. 111 Cost., comma 8. Il sindacato sulla giurisdizione è, quindi, generalizzato - con la sola eccezione della giurisdizione della Corte costituzionale la quale, essa sola, è allo stesso tempo giudice della sua giurisdizione come può desumersi dalla prescritta non impugnabilità delle sue decisioni (art. 137 Cost., comma 3) - ed esprime una garanzia costituzionale che attiene alla precostituzione del giudice naturale. Nel processo civile la regola è data dall'art. 37 c.p.c.: il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo.

comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001⁶?

Tali casi sono stati oggetto di intervento delle Sezioni unite che hanno affermato, con motivazioni poco convincenti, la giurisdizione del giudice del lavoro anche nelle procedure finalizzate all'assunzione di soggetti estranei alla P.A. che siano aspiranti direttori museali (e non già in servizio): ci si riferisce a Sez. un., 18 gennaio 2019, n.1413 e Sez. un., 28 febbraio 2019, n. 6040⁷.

1.1. Sull'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: reale necessità processuale?

Le Sezioni unite sono intervenute in sede di regolamento preventivo di giurisdizione a “giudizio” già regolarmente incardinato davanti al Presidente della Repubblica, con ricorso straordinario, ed in presenza di una sentenza del Tar di inammissibilità dell'opposizione al ricorso straordinario (ed in assenza, per giunta, di iniziale richiesta di regolamento preventivo da parte dell'Amministrazione resistente).

Deve tenersi presente che il Codice del processo amministrativo non consente la rilevabilità della questione di giurisdizione nel procedimento promosso con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; prescrive, invece, all'art. 7, comma 8, che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Dunque, stante l'art. 7, comma 8, c.p.a., la giurisdizione amministrativa rappresenta il presupposto indefettibile per la sua proposizione.

Se, però, si intende contestare la giurisdizione, la via processuale naturale è l'opposizione al ricorso straordinario al fine di poter proporre davanti al TAR il regolamento preventivo di giurisdizione (del trasposto ricorso straordinario). Infatti, ai sensi dell'art. 10, comma 1, c.p.a., è “nel giudizio davanti ai tribunali amministrativi regionali”, e non anche nella sede del ricorso straordinario al P.d.R., che è “ammesso il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione previsto dall'articolo 41 del codice di procedura civile”. Ciò non vuol dire che, proposto da parte del ricorrente il ricorso straordinario, la giurisdizione non possa essere contestata; il regolamento preventivo di giurisdizione andrà proposto, però, una volta ottenuta la traslazione del ricorso davanti al TAR attraverso l'opposizione ai sensi dell'art. 48, c.p.a.⁸

⁶ Che devolve, come noto, alla “giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”.

⁷ Sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413, in *Foro it.*, 2019, 7-8, I, p. 2416, con nota di A. TRAVI; in *Foro Amm.*, 2019, 7-8, p. 1219.

⁸ Sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, si veda da ultimo Cons. St., sez. II, 22 gennaio 2020, n. 545, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la regola di alternatività opera anche quando, dopo l'impugnazione in sede straordinaria dell'atto presupposto, venga gravato in sede giurisdizionale l'atto conseguente, al fine di dimostrarne l'illegittimità derivata dalla dedotta invalidità dell'atto presupposto; secondo il parere n. 545/2020 del Consiglio di Stato, il giudizio già pendente avverso l'atto presupposto eserciterebbe una *vis attractiva* su ogni altro atto ad esso oggettivamente

Se l'opposizione non viene proposta ovvero non viene accolta in quanto dichiarata inammissibile, appare evidente come la giurisdizione non possa essere più contestata almeno attraverso il regolamento preventivo di giurisdizione (ferma restando la esperibilità del successivo ricorso per Cassazione *ex art. 111, ult. comma, Cost.*)⁹. L'art. 48, comma 3, c.p.a., è chiaro: “Qualora l'opposizione sia inammissibile, il tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria”. Ed a questo punto, appare logico ipotizzare la maturazione di ogni preclusione conseguente all'applicazione del richiamato art. 10, comma 1, c.p.a., e cioè che è solo “nel giudizio davanti ai tribunali amministrativi regionali” che è “ammesso il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione”, non in altra sede, come quella straordinaria¹⁰. *Quod lex non dixit non voluit*.

Sebbene il tema specifico della proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nel ricorso straordinario sia obiettivamente nuovo, non essendo mai stato posto in precedenza rispetto a Cass. civ. Sez. un., 1413/2019¹¹, quanto qui sostenuto potrebbe ritenersi in linea con la giurisprudenza della

connesso e farebbe escludere che la contestazione rivolta agli atti connessi possa aver luogo attraverso separato ricorso in diversa sede.

⁹ In tema, G. URBANO, *Riflessioni sull'impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2017, p. 90 ss., ed ivi ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁰ Per Sez. un., n. 10414/2014, cit., § 5, il rimedio del regolamento preventivo di giurisdizione è “promuovibile sia dalla parte che eccepisca il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sia dal ricorrente che, stante il dubbio insinuato dalla controparte con la sua eccezione, può egli stesso prendere l'iniziativa di promuovere il regolamento preventivo di giurisdizione per risolvere la questione di giurisdizione che in quel procedimento può dirsi essere controversa. Come anche è possibile che in sede del prescritto parere il Consiglio di Stato si ponga d'ufficio la questione di giurisdizione anche se le parti non abbiano dubitato della giurisdizione del giudice amministrativo e, ove ritenga non sussistere il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, renda un parere per l'inammissibilità del ricorso straordinario”.

¹¹ Sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si vedano, per limitarsi agli scritti dell'ultimo quinquennio, F. G. SCOCA, *Decisione del ricorso straordinario e giudicato*, in *Giur. Cost.*, p. 2018, 1, 247 ss.; A. MAZZA LABOCCETTA, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Un rimedio per la «tutela della giustizia nell'amministrazione»*, Napoli, 2017; M. PALMA, *La "translatio iudicii" ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nell'ordinamento italiano: profili problematici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, 2, p. 771 ss.; S. PIGNATARO, *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni*, in *Federalismi.it*, n. 24/2017, p. 63 ss.; G. URBANO, *Riflessioni sull'impugnazione per Cassazione*, cit., 90 ss.; G. BERGONZINI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e Provincia di Bolzano*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2016, p. 1 ss.; P. PROVENZANO, *Tutela giurisdizionale (ricorso straordinario al Presidente della Repubblica - opposizione ex art. 10 D.P.R. n. 1199/1971 - art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2016, p. 257 ss.; D. ANDRACCHIO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la non ottemperabilità dei decreti presidenziali ante L. n. 69/2009*, in *Rass. Avv. Stato*, n. 4/2015, p. 241 ss.; A. AVERARDI, *Ricorso al Capo dello Stato e incidente di costituzionalità: i pericoli dell'irrocervo in azione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 6/2015, p. 807 ss.; A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2015, p. 54 ss.; E. FURNO, *Le sezioni consultive del Consiglio di Stato e il ricorso straordinario: un nuovo giudice “a quo”*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, p. 412 ss.; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2015, p. 747 ss.; S. TARULLO, *Osservazioni in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza (Relazione al Convegno "Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato", Roma, 9 ottobre 2014)*, in *GiustAmm.it*, n. 5/2015, p. 20 (totali).

Sempre in tema, tra gli scritti più risalenti, *adde*, se si vuole, di A. L. TARASCO, *Alternatività tra ricorso straordinario e riti speciali: un parere restrittivo del Consiglio di Stato*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, n. 10/2009, 2411 ss.; ID., *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, *ivi*, n. 9/2004, 2461 ss.; ID., *Revocazione per errore di fatto del decreto decisivo del Capo dello Stato: un'interpretazione restrittiva delle sezioni consultive*,

Cassazione anteriore a Sez. un., n. 1413/2019. Secondo Cassazione civile, Sez. un., 14 maggio 2014, n. 10414¹², infatti, la parte ricorrente del ricorso straordinario al P.d.R. che abbia allegato la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che l'intimato abbia esercitato l'opposizione *ex art. 48 c.p.a.*, né abbia contestato la sussistenza di tale presupposto proponendo regolamento preventivo di giurisdizione, non può, poi, proporre ricorso per cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost. e art. 362 c.p.c.*, avverso il decreto del Presidente della Repubblica reso sul presupposto della sussistenza della giurisdizione del g.a. allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente.

La posizione delle Sezioni unite nella sentenza n. 10414/2014 era tesa ad escludere la “indistinta e generale ricorribilità per cassazione *ex artt. 111 Cost., comma 8, e art. 362 c.p.c.*, per motivi di giurisdizione di ogni decreto del Presidente della Repubblica che definisca un ricorso straordinario sol perché non si potrebbe mai formare un giudicato implicito sulla giurisdizione”. Ne segue, secondo le Sezioni unite, che se “il ricorrente ha allegato la giurisdizione del giudice amministrativo quale presupposto per poter proporre il ricorso straordinario al Capo dello Stato, la parte intimata ha accettato questa sede processuale non esercitando l'opposizione *ex art. 48 c.p.a.* né ha contestato l'allegato presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo; il Consiglio di Stato in sede di parere ha validato, espressamente o implicitamente, l'allegato presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo ritenuto dalle parti le quali, in parte qua, non possono dirsi soccombenti *ex art. 329 c.p.c., comma 1*”. Ebbene, in tutti questi casi, “se nessuno pone la questione di giurisdizione e il giudice pronuncia la sentenza di merito, significa che la *potestas iudicandi* è pacifica, nessuno la contesta e perciò non merita un apposito dibattito. E nel particolare procedimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato ciò significa che matura una preclusione per cui la questione di giurisdizione - in termini di sussistenza, o no, del presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo per ricorrere a questo speciale rimedio giurisdizionale - non è più proponibile con ricorso per cassazione *ex art. 111 cost., comma 8, e art. 362 c.p.c.*”¹³.

ivi, n. 10/2003, 3118 ss.; ID., *La funzione consultiva come attività (para) giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*, *ivi*, n. 12/2003, 3874 ss.

¹² In *Foro Amm.*, 2014, 11, 2735 (s.m). In precedenza, Sez. un., 14 maggio 2014, n. 10414, in *Foro Amm.*, 2014, 11, p. 2735, aveva affermato che la parte ricorrente che abbia proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed abbia allegato, come indefettibile presupposto della sua domanda, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che l'intimato abbia esercitato l'opposizione *ex art. 48 c.p.a.*, né abbia contestato la sussistenza di tale presupposto, eventualmente proponendo regolamento preventivo di giurisdizione, non può proporre ricorso per cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost. e art. 362 c.p.c.* avverso il decreto del Presidente della Repubblica che abbia deciso il ricorso su conforme parere del Consiglio di Stato reso sull'implicito - o esplicito - presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente.

¹³ Posizione, questa, ribadita anche successivamente (cfr., ad esempio, Sez. un., 11 novembre 2019, n. 29081; 30 gennaio 2019, n. 2754). In precedenza, invece: Sez. un., 6 settembre 2013 n. 20569; Sez. un., 19 dicembre 2012 n. 23464; Sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883.

A tale situazione sembra – a parere di chi scrive – potersi assimilare anche il caso in cui il regolamento preventivo di giurisdizione non sia stato posto davanti al Tar in quanto l'opposizione al ricorso straordinario sia stata dichiarata inammissibile. Infatti, proposto (inutilmente) l'opposizione al ricorso straordinario e dichiarata questa inammissibile, per tardività, l'Amministrazione resistente ha consumato il suo potere di proporre il regolamento di giurisdizione. Detto diversamente: se il regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile nel ricorso straordinario solo dopo la vittoriosa proposizione dell'opposizione e la conseguente trasposizione del ricorso straordinario davanti al TAR, nel caso di mancata opposizione al ricorso straordinario cui deve assimilarsi la dichiarazione di inammissibilità di tale richiesta, il giudizio non può che proseguire secondo il rito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, senza alcuna tardiva “rimessione” in termini per la proposizione del regolamento preventivo. Al contrario, secondo Cass. civ., Sez un. n. 1413/2019, la preclusione a far valere il difetto di giurisdizione del g.a., quale presupposto per l'esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, maturerebbe solo quando sia stato pronunciato il parere del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 11 ss., d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, che forma il contenuto sostanziale della decisione giustiziale, attribuita dall'ordinamento al Presidente della Repubblica. Nel caso di specie, le Sezioni Unite hanno ritenuto non maturata la preclusione in quanto l'opposizione, proposta dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 48 c.p.a., ha dato luogo ad una pronuncia non solo in rito (l'inammissibilità di essa, per tardività, ossia, una decisione idonea a far riprendere il moto del procedimento per la definizione del ricorso straordinario, mediante trasmissione degli atti e l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato) ma anche ad un epilogo non ostativo della decisione di merito (che avrebbe dovuto seguire alla ripresa e alla successiva conclusione del procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato). Conseguenzialmente, ha affermato che “ove sia proposto un ricorso straordinario al Capo dello Stato (...) e l'opposizione dell'amministrazione intimata, ai sensi dell'art. 48 c.p.a., ancorché senza contestazioni in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa, sia stata dichiarata inammissibile dal competente TAR 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, presupposto indefettibile del ricorso straordinario al Capo dello Stato, ai sensi dell'art. 7, comma 8 c.p.a., fino al momento della pronuncia del necessario parere del Consiglio di Stato, che costituisce l'antecedente necessario alla decisione del Presidente della Repubblica”.

Tale ragionamento valorizza massimamente il disposto dell'art. 41 c.p.c. secondo cui il regolamento preventivo di giurisdizione può essere proposto “finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado”, ma trascura e contraddice l'art. art. 10, comma 1, c.p.a., secondo cui è solo “nel giudizio davanti

ai tribunali amministrativi regionali”, e non anche nella sede del ricorso straordinario al P.d.R., che è “ammesso il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione previsto dall'articolo 41 del codice di procedura civile”. Quindi, se la *sede* processuale è il giudizio davanti al TAR (ottenuto attraverso l'opposizione), la *fase* processuale è “fino al momento in cui la causa non sia stata decisa nel merito”. Diversamente opinando, come sembra fare la Cassazione, si confonde la *sede* processuale con la *fase* del giudizio.

2. Effetti pratici dell'affermazione della giurisdizione del g.o. nelle controversie sulla selezione dei direttori museali statali

La pronuncia della Cassazione n. 1413/2019 non brilla per particolare persuasività né per estensione delle garanzie del ricorrente. Sembra, invece, privilegiare le ragioni dell'Amministrazione a vedere traslato il giudizio anche oltre i termini tradizionali; tra l'altro, il risultato di tale forzatura processuale non pare soddisfare le esigenze di tutela del ricorrente che, in conseguenza, si vede traslato il giudizio davanti al giudice del lavoro che, come si avrà modo di esporre in fine (*infra*, § 6), non sembra costituire, nella concreta realtà giurisprudenziale, una garanzia di piena giurisdizione e di effettività della tutela.

In sintesi, le conclusioni dell'approdo delle Sezioni unite appaiono privilegiare solo l'affermazione della giurisdizione di uno dei due plessi giurisdizionali (il giudice ordinario), oltre la lettera e lo spirito del Codice del processo amministrativo. Inoltre, attraverso l'affermazione di tale principio giurisprudenziale, e così differendo il termine di preclusione della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, la Cassazione è riuscita nel 2019 (ord. n. 1413/2019) a ribaltare il pacifico dato (anche enunciato da Ad. Plen. n. 9/2018) della devoluzione alla giurisdizione generale di legittimità del g.a. delle controversie aventi ad oggetto le procedure di selezione dei direttori museali statali, non ritenendole concorsi ma una sorta di nomina *intuitu personae* operata dal Ministro (nei casi di direttori museali di livello dirigenziale generale) ovvero dal Direttore generale Musei (nei casi di direttori museali di livello dirigenziale non generale).

In pratica, ad accedere alla tesi della Cassazione, non si tratterebbe di un vero e proprio concorso pubblico, con tutto quel che ne consegue in termini di violazione della garanzia costituzione dell'art. 97, comma 4, Cost. La conseguenza della tesi processuale della Cassazione (che è, sì, giudice della giurisdizione *ex art.* 11, comma 8, Cost., ma è anche vertice del plesso giurisdizionale cui è stata devoluta la giurisdizione¹⁴) consiste nel serio rischio di accogliere nella dirigenza statale, stranieri o italiani che

¹⁴ Sul tema della pluralità delle giurisdizioni e sui tentativi di istituire un tribunale dei conflitti, autonomo e indipendente rispetto agli organi delle giurisdizioni, cfr. N. PAOLANTONIO, *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti*, in *Studi in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, vol. II, p. 1235 ss.

siano, candidati ad una selezione sottratta ad una piena verifica giudiziaria condotta attraverso il prisma dell'eccesso di potere che solo g.a. può conoscere. Per questo merita di essere esaminato il tema (principale) rappresentato dalla ritenuta giurisdizione del g.o. nelle controversie concernenti le selezioni dei dirigenti museali statali, attivate *ex art. 14, comma 2-bis*, d.l. n. 83/2014.

3. “*Todos caballeros*”: la selezione dei direttori dei musei statali nel c.d. *decreto Art Bonus*.

3.1. Gli esperti esterni (ex art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001) quali dirigenti museali nel meccanismo dell'art. 14, comma 2-bis, del d.l. n. 83 del 2014

La procedura di selezione dei direttori-dirigenti dei musei statali è disciplinata dall'art. 14, comma 2-*bis*, del d.l. n. 83 del 2014, secondo cui «al fine 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 e digitale, con il regolamento di cui al comma 3 sono individuati, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e nel rispetto delle dotazioni organiche definite in attuazione del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, i poli museali e gli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale che costituiscono uffici di livello dirigenziale. I relativi incarichi possono essere conferiti, con procedure di selezione pubblica, per una durata da tre a cinque anni, a persone 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, anche in deroga ai contingenti di cui all'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e comunque nei limiti delle dotazioni finanziarie destinate a legislazione vigente al personale dirigenziale del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo»¹⁵.

La disposizione prevede che gli incarichi dirigenziali relativi ai poli museali e agli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale che costituiscono uffici di livello dirigenziale debbono essere conferiti con «*procedure di selezione pubblica*» a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale in materia

¹⁵ Con decreto del Direttore generale organizzazione del MiBACT del 23 Novembre 2018 è stato emanato il secondo bando per la selezione di una serie di musei e parchi archeologici di rilevante interesse nazionale. Oltre a disciplinare i requisiti di ammissione e le modalità di valutazione dei candidati, esso prevede, all'art. 5, che “la Commissione, esaminate le domande pervenute, seleziona, sulla base dei curricula e delle lettere di motivazione, fino a un massimo di 10 candidati per ciascun istituto e li convoca per un colloquio in seduta pubblica (...). È prevista la registrazione audio dei colloqui. All'esito del colloquio e comunque entro 60 giorni dal termine per la presentazione delle domande, la Commissione individua una terna di candidati per ogni istituto da sottoporre al Ministro” (comma 3). Inoltre, “l'individuazione del candidato cui conferire l'incarico, nell'ambito della terna di cui al comma 3 del presente articolo, è operata dal Ministro sulla base dell'analisi condotta dalla Commissione e del giudizio finale da questa espresso, tenuto conto altresì delle eventuali preferenze indicate dai partecipanti nella lettera di motivazione presentata all'atto della candidatura» (comma 4). Cfr. da ultimo i bandi emanati con decreto del Direttore generale Organizzazione MiBACT del 29 gennaio 2020.

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. La norma aggiunge che ciò può avvenire «*anche in deroga ai contingenti di cui all'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*».

Secondo il tenore letterale della disposizione, l'unica deroga che la norma pone non riguarda il carattere concorsuale dell'accesso al ruolo dirigenziale, anche generale, quanto unicamente il contingente di personale che può essere reclutato tra soggetti estranei ai ruoli dirigenziali (*ex* art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001)¹⁶: il 10% della dotazione organica dei dirigenti generali o di seconda fascia¹⁷. La formulazione dell'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, non consente una deroga ai principi generali dell'ordinamento giuridico e di quello del pubblico impiego, in particolare, ma unicamente il superamento del veduto contingente numerico previsto dall'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001¹⁸: in altri termini, il legislatore ha autorizzato l'Amministrazione pubblica non a fare “quel che le pare”, ma ad assumere soggetti estranei ai ruoli dirigenziali oltre il limite numerico scolpito nell'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001, ma sempre

¹⁶ Sulla parabola patologica della distorta applicazione dell'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001 (che consente di traghettare nella dirigenza pubblica soggetti estranei ai ruoli dirigenziali), si veda L. CASINI, *Politica e Amministrazione: «The Italian Style»*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n.1/2019, p. 13 ss., che così ben sintetizza: “Nato come strumento astrattamente virtuoso con cui portare dentro l'amministrazione competenze esterne, questa soluzione è stata in principio male utilizzata dalla politica, che ha spesso agito con criteri discutibili. La reazione dell'amministrazione è stata forte, spesso giustificata, e così la disposizione è stata corretta dal legislatore sia riducendo il contingente massimo previsto per tali incarichi, sia imponendo la «previa verifica», all'interno dei ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico, della presenza delle competenze richieste. L'applicazione in concreto di quest'ultima clausola ha prodotto altre storture: con l'avallo dei controllori, in particolare della Corte dei conti, il c.d. comma 6 è divenuto strumento non per arricchire l'amministrazione con professionalità esterne all'amministrazione, bensì per promuovere temporaneamente funzionari interni. In assenza di reali prospettive di carriera — anche per i ripetuti blocchi delle assunzioni — e con stipendi oramai troppo bassi (circa 1400 - 1500 euro netti mensili in Italia contro una media Ocse di oltre 2000 euro), i funzionari ministeriali sono talvolta — spesso giustamente — «ricompensati» con incarichi dirigenziali, rinnovati anche per 3-4 volte. Si aggiungono così patologie ad altre patologie; si creano ulteriori fidelizzazioni; si illudono funzionari senza dar loro reali alternative. Inoltre, poiché sono rarissimi i casi di funzionari con incarichi dirigenziali di livello generale, la prassi descritta si verifica in realtà per incarichi dirigenziali di livello non generale, ossia per incarichi conferiti non dal vertice politico, ma dalla dirigenza amministrativa (nella specie, i direttori degli uffici dirigenziali di livello generale, cui spetta la nomina dei titolari degli uffici sotto-ordinati). In sostanza, gli incarichi c.d. comma 6, nati come strumento della politica per portare nuove professionalità nell'amministrazione, sono divenuti con il tempo, per il concorrere di diversi fattori (in primis la mancanza di qualsivoglia cultura e programmazione in materia di reclutamento e progressioni) il principale strumento della burocrazia per assicurare ai funzionari una qualche forma di carriera interna, seppur a carattere temporaneo e senza idonea procedura concorsuale. Tutto ciò porta altre patologie, come le istanze di stabilizzazione del personale impiegato per anni in posizioni dirigenziali (...)” (qui 27-28).

Tutto ciò premesso e pienamente condiviso, appare scarsamente comprensibile che - nonostante tale lucida consapevolezza - proprio il (giustamente) criticato strumento dell'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001, sia stato poi prescelto quale porta attraverso cui creare per la prima volta la dirigenza museale statale.

¹⁷ Si tenga presente che, per i dirigenti di seconda fascia, la percentuale è stata elevata dall'8 al 10 per cento per effetto dell'art. 1, comma 6, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 recante “*Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica*” (c.d. *Milleproroghe*). Sicché anche per i dirigenti di seconda fascia si può attingere ai c.d. esperti esterni (ma anche interni, in servizio come funzionari!) nella misura percentuale del 10% della dotazione organica.

¹⁸ V. nt. precedente.

nel rispetto di ogni altro principio giuridico e disposizione normativa¹⁹.

D'altro canto, l'introduzione della procedura di selezione pubblica internazionale dei direttori dei musei statali di rilevante interesse nazionale era stata salutata proprio dai suoi conditori e convinti sostenitori come uno strumento di ampliamento delle garanzie dei partecipanti, "una soluzione molto più competitiva e trasparente di quella costruita sugli interpelli interni" e non un momento di ingiustificabile regressione nelle tutele dei partecipanti²⁰. In questo senso, e a queste condizioni, la scelta legislativa appare condivisibile; lo è di meno la sua traduzione giurisprudenziale, per i motivi che ora si esporranno.

Il riferimento alle procedure di selezione pubblica vale, secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di

¹⁹ Ad esempio, secondo la giurisprudenza contabile, ai fini della ricorribilità all'esterno per la provvista del personale di qualifica dirigenziale generale, l'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001, richiede la ricorrenza del requisito della "particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione" che deve possedere il soggetto esterno. In tale ambito, l'inciso "non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione", in virtù degli ordinari criteri ermeneutici, non può che riferirsi alla "particolare e comprovata qualificazione professionale" che deve essere posseduta dai soggetti estranei, la quale, a sua volta, deve essere valutata dall'amministrazione conferente in stretta connessione con la particolarità dei compiti che la medesima intende affrontare e portare a compimento. La disposizione citata crea pertanto un onere di previa verifica della sussistenza delle risorse umane interne all'amministrazione in possesso di requisiti professionali richiesti dall'incarico; soltanto ove tale indagine dia esito negativo sarà possibile attribuire il posto vacante a soggetto esterno, se dotato della particolare specializzazione richiesta: così C. Conti, sez. contr., 30 dicembre 2014, n. 36, in www.corteconti.it. V. anche C. Conti, sez. contr., 25 giugno 2010, n. 14, in *Giust. civ.*, 2011, 10, I, p. 2473, secondo cui "gli affidamenti di incarichi dirigenziali a personale estraneo alla dirigenza pubblica non possono, da un lato, pregiudicare la posizione del personale dirigenziale di ruolo e, dall'altro, devono tenere conto della sussistenza del requisito dell'esperienza almeno quinquennale in funzioni dirigenziali".

²⁰ In questo senso si è espresso, condivisibilmente, L. CASINI, *Politica e Amministrazione: «The Italian Style»*, cit., p. 33. Si ricordi che l'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001, anche se ammette il conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti che non abbiano già la qualifica dirigenziale, sottopone questa possibilità a limiti molto rigorosi, come ricordato dalla giurisprudenza contabile richiamata nella nota n. 19: 1) in primo luogo, il conferimento degli incarichi a soggetti esterni è ammesso nella misura del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti; 2) in secondo luogo, occorre una «esplicita motivazione» riferita alla impossibilità di rinvenire all'interno dei ruoli dell'Amministrazione le competenze necessarie; 3) in terzo luogo, i soggetti suscettibili di ricevere l'incarico devono essere «persone di particolare e comprovata qualificazione professionale [...] che abbiano svolto attività in organismi ed enti pubblici o privati ovvero aziende pubbliche o private con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali, o che abbiano conseguito una particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica desumibile dalla formazione universitaria e postuniversitaria, da pubblicazioni scientifiche e da concrete esperienze di lavoro maturate per almeno un quinquennio, anche presso amministrazioni statali, ivi comprese quelle che conferiscono gli incarichi, in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza, o che provengano dai settori della ricerca, della docenza universitaria, delle magistrature e dei ruoli degli avvocati e procuratori dello Stato».

Queste disposizioni assicurano che la deroga al principio del pubblico concorso per il conferimento dell'incarico dirigenziale a soggetti esterni ai ruoli dirigenziali della pubblica amministrazione, oltre che quantitativamente limitata, risulti anche funzionale alla migliore tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, in ossequio ai principi ripetutamente affermati in materia dalla giurisprudenza della Consulta.

Ma la normativa speciale sul reclutamento dei dirigenti museali statali, diversamente dal predetto art. 19, d.lgs. n. 165/2001, prescrive l'utilizzo di procedure di selezione pubblica per il conferimento degli incarichi dirigenziali ivi previsti, in quanto la procedura concorsuale viene giustamente ritenuta la più idonea ad individuare le persone più qualificate a ricoprire tali incarichi. Ne discende che al risultato del conferimento dell'incarico dirigenziale *ex* art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001 si perviene non attraverso un mero interpello interno ma un concorso selettivo; dimenticarlo significa obliterare le accentuate peculiarità della disciplina recata dall'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, peculiarità che rinvengono il loro fondamento nella necessaria osservanza del principio costituzionale dell'accesso per concorso ai pubblici uffici (art. 97 Cost.).

Stato n. 9/2018 (*infra*), a radicare la giurisdizione generale di legittimità del g.a.²¹ in considerazione della loro riconducibilità alle procedure concorsuali cui fa riferimento l'art. 63, comma 4, d. lgs. n. 165/2001 secondo cui *“restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi”*. Viceversa, la normativa sulla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, incluso quello dirigenziale, vuole che siano *“devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 (...) incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi”*. (art. 63, comma 1, d. lgs. n. 165/2001).

Come è stato ben messo in luce²², la giurisprudenza amministrativa e civile ritengono in linea generale che la residuale giurisdizione amministrativa in materia di lavoro pubblico deve intendersi limitata a quelle procedure che si caratterizzano per la emanazione di un bando, una valutazione comparativa dei candidati, una compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i vincitori, rappresenta l'atto terminale del procedimento²³. L'assenza di uno o più di tali elementi determinerebbe la dequotazione della procedura a mera selezione di soggetti idonei a ricoprire determinati ruoli e, per l'effetto, la sua attrazione fatale verso l'area della giurisdizione ordinaria²⁴.

3.2. Le tre peculiarità delle procedure di selezione dei direttori museali

Tali elementi sembrano tutti ricorrere nelle procedure selettive in discorso. Tre soltanto le peculiarità che ne confermano ulteriormente la natura concorsuale.

La prima: la partecipazione non è riservata né a dirigenti di ruolo né a soggetti estranei alla P.A.: tutti,

²¹ Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2014, n. 165, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, sez. II, 11 agosto 2014, n. 8916, *ivi*. Nel senso, invece, che l'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, avrebbe istituito una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, sottratta al tradizionale criterio di riparto di giurisdizione, si veda, ad esempio, TAR Abruzzo-Pescara, Sez. I, 20 luglio 2016, n. 280, in www.giustizia-amministrativa.it. Specificamente, su tali argomenti, *amplius* F. SAIITA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2010, p. 886 ss., part. 908-915.

²² F. SAIITA, *Incarichi di direzione di struttura complessa nelle aziende sanitarie: una giurisdizione... case by case?*, in *Lavoro nelle p.a.*, 1-2/2016, p. 205 ss.

²³ Cons. St., Sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 4389, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 5 aprile 2016, n. 376, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 4 aprile 2013, n. 327, *ivi*; TAR Molise, sez. I, 21 novembre 2012, n. 629, *ivi*.

²⁴ Cons. St., Ad. plen., 12 luglio 2011, n. 11, in *Urb. e app.*, 2011, 1118; conformemente, TAR Sicilia, Catania, sez. II, 1 dicembre 2011, n. 2845, in www.giustizia-amministrativa.it.

anche a prescindere dal titolo di studio²⁵, possono partecipare. Con la differenza che, *secundum eventum*, taluni (i dirigenti già interni all'Amministrazione) potranno ricevere un "semplice" incarico dirigenziale per il quale è pacifica e incontestata la riconducibilità ad un rapporto di lavoro preesistente mentre altri (i soggetti estranei ai ruoli dirigenziali o finanche estranei ai ranghi della P.A.) costituiranno *ex novo* un rapporto di lavoro di livello dirigenziale che può essere non generale o, addirittura, apicale. Tale distinzione evidentemente sfugge alla giurisprudenza civile che appiattisce e riduce a *incarico dirigenziale* entrambe le ipotesi di cui sopra nelle quali i dirigenti "interni" sono posti in posizione di parità con soggetti estranei ai ruoli della P.A. nella relativa procedura comparativa. Ed è evidente che non si possa ricostruire in teoria la natura giuridica della procedura selettiva in ragione dei candidati che concretamente partecipano (se interni o esterni ai ruoli dirigenziali), dovendo prevalere l'obiettivo competitività della selezione tra i candidati, chiunque essi siano. In altri termini: i soggetti estranei ai ruoli dirigenziali e all'Amministrazione pubblica in genere, vincitori della procedura di selezione, verranno per la prima volta assunti nella P.A. e/o assunti con la qualifica dirigenziale. Per essi, dunque, non si può dubitare che si verta in un ambito diverso dalla "gestione del rapporto di lavoro" preesistente che giustifica la giurisdizione del g.o.

La seconda particolarità sta nel fatto che la procedura selettiva descritta dalla normativa è la stessa qualunque sia il livello dirigenziale messo a bando: seconda o prima fascia. Tale notazione non è irrilevante poiché incide direttamente sulla qualificabilità astratta dell'incarico dirigenziale. Infatti, se è vero che il Ministro per i beni culturali può nominare il direttore museale qualificato come dirigente generale, lo stesso non accade per il direttore museale inquadrato quale dirigente di seconda fascia. Ciò significa che pur a prescindere dalla impossibilità di colorare di fiduciarità qualsiasi incarico dirigenziale che non presupponga, per il suo svolgimento, adesione all'indirizzo politico dell'organo politico, a tutto voler concedere la nomina del Ministro non è per nulla richiesta nella nomina del direttore museale qualificato come dirigente di seconda fascia e che proviene non dal Ministro ma da un direttore generale (nella specie, il Direttore generale Musei). Eppure, la normativa applicabile è sempre la stessa. Ne consegue la necessità giuridica di individuare una giurisdizione unica per l'unitaria procedura di selezione, a prescindere dal ruolo dirigenziale concretamente messo a bando. E a tanto si deve procedere tenendo presente che presunte ragioni di "fiduciarità" nella nomina, se sono inammissibili per il conferimento di incarichi dirigenziali di prima fascia, sono *a fortiori* insostenibili per il conferimento di incarichi (o costituzione di rapporti di lavoro) dirigenziali di seconda fascia.

²⁵ Anche un laureato in agraria o in astrofisica potrebbe dirigere l'area archeologica di Pompei, in linea di astratta ipotesi: ciò non è impedito né dall'ampiezza della formulazione normativa né tanto meno dai bandi applicativi; al massimo deve confidarsi nella saggezza delle commissioni esaminatrici.

La terza peculiarità sta nel fatto che la valutazione comparativa dei titoli riprodotti nei *curricula* e nel colloquio orale si conclude con l'assegnazione di un punteggio ma il migliore di questo non equivale perciò solo a garanzia di vittoria della procedura: a seconda del livello dirigenziale per cui si concorre, il Direttore generale Musei o il Ministro per i beni culturali possono scegliere uno qualsiasi dei 3 candidati dichiarati idonei a ricoprire le funzioni per cui si concorre (ma non possono sceglierne un quarto, come accade, invece, nelle procedure di conferimento di incarico di direzione sanitaria complessa²⁶). In questi casi è vero che vi è discrezionalità nella nomina finale, da parte dell'organo politico o del Direttore generale Musei, ma è pur vero che tale discrezionalità si esercita (e si motiva) nell'ambito della selezione effettuata dalla commissione esaminatrice.

Trattasi certamente di una procedura assai peculiare, così come peculiare è il concorso per la chiamata dei candidati in possesso dell'Abilitazione scientifica nazionale (ASN) ovvero le stesse procedure selettive per il conferimento dell'ASN del cui carattere selettivo e non fiduciario, però, nessuno dubita: l'affermazione, infatti, della natura non selettivo-concorsuale produrrebbe, per l'effetto, la costituzione di rapporti di lavoro dirigenziale anche di livello generale in favore di soggetti estranei alla p.a. senza possibilità di sindacato della funzione amministrativa da parte del giudice amministrativo e, per giunta, in evidente disparità di trattamento rispetto alla normale sindacabilità delle altre tipiche procedure concorsuali. Non si comprenderebbe, poi, come il giudice civile possa esercitare la funzione di giudice del rapporto di lavoro se in discussione è proprio la costituzione del rapporto di lavoro: nel caso in cui a contestare la procedura sia l'*extraneus* alla P.A., come qualificare in termini di diritto soggettivo perfetto la sua aspirazione all'assunzione? Come negare che in tal caso egli può vantare unicamente un interesse legittimo non vantando un pregresso rapporto di lavoro (e di lavoro dirigenziale) con la P.A.?²⁷

Infatti, intanto la giurisdizione ordinaria si giustifica, anche sul piano costituzionale, in quanto sia già in essere un "rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti", inclusi quello "dei dirigenti (per i quali può riscontrarsi un elemento concorrente di preposizione ad un ufficio pubblico)"²⁸. Sono esclusivamente "le posizioni soggettive degli anzidetti dipendenti delle pubbliche amministrazioni, compresi i dirigenti di qualsiasi livello", a poter essere riportate, "quanto alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 del codice civile"²⁹, ma non certamente quelle di coloro che aspirano ad entrare per la

²⁶ Tale "libertà" di scelta da parte del direttore generale Asl fonda il carattere fiduciario di tale selezione e costituisce, secondo F. SAITTA, *Incarichi di direzione di struttura complessa*, cit., p. 222, il vero e solo argomento per escludere il carattere concorsuale della procedura di cui all'art. 15, comma 7-bis, lett. a), d. lgs. n. 502/1992.

²⁷ C. cost. 23 luglio 2001, n. 275, annotata, tra gli altri, da P. CHIRULLI, *Incarichi dirigenziali e giurisdizione: una decisione prudentemente "minimalista"*, in *Giur. Cost.*, n. 4/2001, p. 2315 ss.; da G. D'ALESSIO, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*, in *Lavoro nelle p.a.*, n. 3-4/2001, p. 631 ss.; da C. D'ORTA, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, *ivi*, n. 3/2011, I, p. 391 ss.

²⁸ C. cost. n. 275/2001, cit., § 3.

²⁹ C. cost. n. 275/2001, cit., § 3.

prima volta nella p.a. e/o ad entrare con la qualifica di dirigente di seconda fascia o, con un inedito salto di ogni ragionevole *cursus honorum*, come dirigenti generali. Almeno questo suggerisce la logica giuridica, prima ancora dell'insegnamento della Corte costituzionale che le Sezioni unite sembrerebbero contraddire.

4. I limiti dell'orientamento delle Sezioni unite della Cassazione

4.1. Il problema degli interpelli dirigenziali e della (in)sussistenza della graduatoria in Cass. civ, Sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413

4.1.1. Conferimento di incarico dirigenziale o accesso al ruolo della dirigenza?

L'affermazione della giurisdizione del g.o. nelle procedure di selezione dei direttori dei poli museali e degli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale che costituiscono uffici di livello dirigenziale costituisce la conseguenza della negazione del carattere concorsuale della "selezione" pubblica prevista dal predetto art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014. E tale qualificazione è, a sua volta, l'effetto della confusione/sovrapposizione tra gli incarichi dirigenziali conferiti *ex art.* art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014 (che non presuppongono, necessariamente, l'esistenza di un rapporto di lavoro di natura dirigenziale) con quelli che, invece, necessariamente presuppongono un rapporto di lavoro dirigenziale e che sono conferiti ai sensi dell'art. 19, d. lgs. n. 165/2001.

Così ragionando, la Cassazione sembra trascurare che l'attrazione della "tutela giurisdizionale del rapporto di lavoro dei dirigenti" nella giurisdizione del "giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro" presuppone la *qualitas* di "dipendenti delle pubbliche amministrazioni"³⁰. Ma la procedura di cui all'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, è rivolta a tutti i cittadini dell'Unione europea: dipendenti della P.A., dirigenti o estranei agli apparati pubblici. È forse in questo confuso ampliamento ad oltranza dei requisiti partecipativi che germoglia il tentativo della Cassazione di allargare, anche in contrasto con il chiarissimo disposto dell'art. 63, comma 1, d. lgs. n. 165/2001, la propria giurisdizione ai *non-rapporti di lavoro*, ossia alle procedure selettive prodromiche a rapporti di lavoro dirigenziali non ancora costituiti.

Su questo crine, il giudice della giurisdizione scompone la procedura *de qua* nelle singole fasi in cui essa si articola, arbitrariamente conferendo prevalenza ad una di esse (nella specie, quella finale) e - trascurando l'unitarietà della stessa - riconnette la giurisdizione in ragione della (ultima) fase ritenuta dominante.

Peraltro, la scomposizione della selezione pubblica in modo da attribuire alla cognizione del g.o. le relative controversie sulla scelta del dirigente (anche generale) presenta, poi, l'inconveniente di non ottenere la sospirata concentrazione della tutela, dal momento che non può che essere assegnata alla giurisdizione

³⁰ C. cost. n. 275/2001, cit., § 4.

generale di legittimità del giudice amministrativo l'impugnazione dell'atto di macro organizzazione, presupposto della procedura selettiva, con cui si contesti la scelta organizzativa conseguente all'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione.

Pertanto, pur partendo dal condivisibile principio di concentrazione della tutela, la Cassazione non può che ammettere che per l'atto di macro-organizzazione la giurisdizione, come è pacifico, appartiene al g.a.³¹ mentre per la selezione finalizzata a creare un rapporto di pubblico impiego con un estraneo ai ruoli della P.A., la giurisdizione sarebbe del giudice del rapporto di lavoro (cioè il g.o.)³². Per la stessa vicenda, dunque, a seguire l'orientamento della Cassazione sulle procedure selettive dei direttori museali statali, il ricorrente potrebbe essere costretto ad adire comunque a due giudici diversi, non potendo non contestare davanti al giudice amministrativo l'atto di macro-organizzazione.

Viceversa, oltre al rispetto di pacifici principi generali e della normativa sul pubblico impiego, l'affermazione della giurisdizione del g.a. per la scelta del candidato con cui costituire il rapporto di lavoro dirigenziale (generale o non) avrebbe anche il merito di offrire al ricorrente un'unica giurisdizione per far valere ogni censura: quella sulla macro-scelta organizzativa (a monte) e sulla scelta del candidato (a valle).

³¹ Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2017, n. 3513, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui sono devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie in cui si impugnino gli atti di macro-organizzazione mediante i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici. Analogamente, Cons. Sato, 3 febbraio 2015, n. 508 secondo cui “spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti direttamente le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e la loro titolarità, come stabiliti dalle Amministrazioni ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 165/2001, a monte dell'organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro; mentre, rientrano nella giurisdizione devoluta al giudice ordinario i giudizi direttamente concernenti atti di gestione del rapporto di impiego pubblico, anche dirigenziale. In particolare, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le controversie nelle quali la contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti di macro-organizzazione tramite i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali degli uffici e dei provvedimenti che determinano i modi di conferimento della titolarità degli uffici pubblici dirigenziali”.

La controversia, oggetto del ricorso originario davanti al Tar Lazio (sez. I-ter, 25 febbraio 2014, n. 2194), riguardava l'omessa previsione di una valutazione comparativa fra i partecipanti ad una procedura per il conferimento di un incarico dirigenziale e quindi, nella specie, il ricorrente lamentava la mancata indizione di un concorso pubblico. Il Consiglio di Stato, investito della questione, ha ribadito la giurisdizione del giudice amministrativo poiché la controversia investiva direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo. Infatti, la questione ineriva la non conformità a legge degli atti di macro-organizzazione che precedono il conferimento dell'incarico dirigenziale tramite i quali le pubbliche amministrazioni definiscono le linee fondamentali degli uffici e dei provvedimenti che determinano i modi di conferimento della titolarità degli uffici pubblici dirigenziali.

³² Nella specie, la S.C. ha dichiarato la giurisdizione del g.a. in ordine all'impugnazione del d.m. istitutivo del Parco archeologico del Colosseo, e quella del g.o. sulla parte di domanda relativa agli atti della procedura selettiva di nomina del direttore del Parco suddetto: in termini, Sez. un., 21 dicembre 2018, n. 33212, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019, secondo cui “spettano alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti di macro-organizzazione attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ed i modi di conferimento della titolarità degli stessi; in tale ipotesi non può invero operare il potere di disapplicazione del giudice ordinario, il quale presuppone la deduzione di un diritto soggettivo su cui incide il provvedimento amministrativo e non una situazione giuridica suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo solo all'esito della rimozione del provvedimento di macro-organizzazione”.

Esaminiamo analiticamente la posizione della Cassazione.

Secondo Sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413 (Pres. Tirelli, rel. Genovese), “*nel caso di procedimenti (come questo) complessi e caratterizzati da una pluralità articolata di fasi (una prima, riservata alla selezione dei curricula; una successiva caratterizzata da colloqui (e non da esami orali) per l'individuazione dei candidati dell'ultima fase; una finale, sfociante nella formazione delle terne di nominativi, nell'ambito delle quali operare la scelta conclusiva e fiduciaria), in considerazione del principio di concentrazione delle tutele (da ultimo ribadito da Sez. U., Ordinanza n. 31370 del 2018), la determinazione della giurisdizione non può avvenire per fasi, separando e disarticolando ciascuna di esse allo scopo di ricercare e ottenere una giustiziabilità frazionata, con riferimento ai singoli segmenti del procedimento, così da individuare - per ciascuna fase - il giudice avente la relativa giurisdizione (nella specie: quello amministrativo per la sola prima parte procedimentalizzata)*”³³.

La natura concorsuale viene, sì, riconosciuta alla prima fase, quella “*aperta a soggetti esterni, valutati da una commissione*” chiamata a prestabilire i criteri, a formare “*una graduatoria, selezionando fino ad un massimo di dieci candidati da convocare per un colloquio*”; è, però, alla “*fase finale della procedura*” che viene riconosciuta prevalenza in quanto “*destinata alla individuazione di una terna di finalisti da sottoporre al Ministro o al Direttore generale Musei, il quale avrebbe poi operato la scelta fiduciaria*”. È questa fase, apoditticamente ritenuta “*palesamente dominante rispetto all'intero percorso finalizzato alla nomina di un solo aspirante*”, che determinerebbe la giurisdizione conferendo “*il carattere sostanzialmente non concorsuale alla procedura d'interpello, attribuendo la relativa cognizione giudiziale all'AGO (...)*”.

Così argomentando la Cassazione, oltre a negare il pacifico carattere unitario della procedura concorsuale che si sviluppa attraverso subprocedimenti “*unitariamente considerati*”³⁴, sembra trascurare del tutto la normativa del pubblico impiego laddove essa qualifica “*interpello*” - che è procedura di conferimento di un incarico dirigenziale in favore di coloro che già prestano servizio in qualità di dirigenti presso un'Amministrazione pubblica - una procedura che, al contrario, è finalizzata a costituire *ex novo* un rapporto di impiego con soggetti (anche) estranei sia ai ruoli dirigenziali che al pubblico impiego *tout court*. L'interpello descrive propriamente il momento in cui l'Amministrazione attua il disposto dell'art. 19, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 165/2001, ossia “*rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta*”³⁵.

³³ Punto 6 della parte in diritto.

³⁴ “Sicché la invalidità di uno degli atti del subprocedimento si ripercuote su quelli che lo seguono e, generalmente, non ha influenza su quelli che lo precedono”: così V. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 613 ss., qui p. 642.

³⁵ Per la pacifica qualificazione di “interpello” della procedura interna all'Amministrazione finalizzata al conferimento dell'incarico dirigenziale in favore di coloro che già appartengono ai ruoli della P.A., si veda, tra le tante, Cons. St., sez. III, 22 giugno 2018, n. 3856, in www.giustizia-amministrativa.it (con riferimento alla indizione di procedure di interpello per

Delle due l'una: se si trattasse di “interpello”, come dubbiamente sostenuto dalla Cassazione, alla procedura di cui all'art. 14, comma 3-bis, d.l. n. 83/2014, potrebbero partecipare unicamente dirigenti interni ai ruoli dirigenziali. Al contrario, la normativa consente (e pretende) la più ampia competizione sia tra i soggetti interni all'Amministrazione pubblica (dirigenti o finanche funzionari o, per ipotesi, appartenenti ai più elementari livelli dell'Amministrazione) che tra esterni di cui, peraltro, non si individuano peculiari titoli di studio (son tutti ammessi: dall'agraria alla matematica fino alle discipline sportive). Ed è in questo che si sostanzia la selezione che è concorsuale in senso stretto in quanto finalizzata non al conferimento di un incarico dirigenziale in favore di coloro che già prestano servizio nella P.A. quali dirigenti ma che è diretta a costituire *ex novo* un rapporto di pubblico impiego di carattere dirigenziale che può giungere finanche alla costituzione, per un estraneo ai ruoli pubblici, del rapporto di lavoro apicale nelle Amministrazioni pubbliche: la dirigenza generale. La finalizzazione della procedura selettiva alla immissione in ruolo di “candidati sino a quel momento non conosciuti dalla pubblica amministrazione” rappresenta proprio l'essenza del concetto giuridico di “concorso a pubblico impiego”, sia esso a tempo indeterminato o determinato³⁶.

A nulla vale, in contrario, il fatto che: a) la nomina finale avviene da parte di un organo terzo (Direttore generale Musei o Ministro) attingendo ad un gruppo di soggetti selezionati dalla Commissione esaminatrice; b) non sussiste una “graduatoria finale”³⁷. Infatti, quanto alla nomina da parte di un organo terzo, deve rilevarsi che questa non può essere assolutamente libera ma, al contrario, motivata (art. 3, legge n. 241/1990) con riferimento agli elementi emersi proprio durante lo scrutinio della Commissione esaminatrice. L'obbligo di motivazione discende non solo dall'art. 3, legge n. 241/1990, ma altresì dai canoni generali di buona fede e correttezza cui deve ispirarsi anche il “datore di lavoro pubblico”. In questo senso, non si comprende come possa sostenersi (Cass. civ., ord. n. 11/2019³⁸) che “la Commissione selezionatrice (...) non è totalmente vincolata nella scelta dei parametri valutativi ai quali assegnare punteggio, potendo bensì trarre dai curricula e dalle lettere di motivazione dei candidati elementi significativi cui connettere rilievo ai fini del giudizio di idoneità ad entrare nella prima decina e

incarichi temporanei di reggenza); Cons. St., sez. cons. atti norm., 24 gennaio 2017, n. 183, in *Foro Amm.*, 2017, 70 (che contrappone la selezione del candidato dirigente generale a seguito dell'indizione di un interpello a quella rimessa alla totale discrezionalità dell'ente in assenza di qualunque proceduralizzazione); TAR, Perugia, sez. I, 1 giugno 2009, n. 269, in *Foro amm. – TAR*, 2009, 1743 (che espressamente parla di “interpello per l'affidamento di incarichi dirigenziali al personale in servizio”).

Cass. civ., sez. un., 29-12-2016, n. 27460.

A sua volta, è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia sulla determinazione adottata dall'amministrazione di coprire posti vacanti di dirigente mediante interpello interno per incarichi temporanei di reggenza, in luogo dello scorrimento di graduatoria concorsuale vigente: Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 2016, n. 27460.

³⁶ V. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., p. 614.

³⁷ Cfr. Sez. un., 8 novembre 2019, n. 11.

³⁸ Inedita.

potendo trarre liberamente dal colloquio finale dei dieci candidati selezionati elementi di giudizio ai fini della individuazione della terna”. A prendere sul serio il ragionamento, ne conseguirebbe la configurazione non di un concorso o selezione pubblica, che dir si voglia, ma una assunzione nei ruoli dirigenziali statali, anche generali, fino ad un massimo di ben otto anni³⁹, completamente libera, per non dire arbitraria, in palese violazione del principio costituzionale del concorso per l’assunzione nel pubblico impiego, ex art. 97, comma 4, Cost. (oltre che di elementari principi di etica pubblica...).

Anche l’assenza di una graduatoria di candidati vincitori e/o idonei non appare sensato argomento giuridico per dedurre l’inconfigurabilità di un concorso pubblico nella procedura attivata per la selezione dei direttori (anche generali) dei musei statali. Innanzitutto, la graduatoria di punteggi è certamente presente nei candidati inseriti nella terna dalla Commissione (anche se la scelta finale può avvenire in favore di uno qualsiasi di tali candidati “preselezionati”). Infatti, per formare la terna finale entro cui verrà effettuata la scelta del vincitore, la Commissione stabilisce criteri valutativi, assegna punteggi e forma una graduatoria; è solo nell’ultima fase, ossia quella deputata alla scelta finale da parte del Direttore generale Musei o del Ministro, che il punteggio, pur assegnato in precedenza, è “relativizzato” in quanto la nomina finale può avvenire in favore di uno dei tre candidati, pur indipendentemente dal punteggio ottenuto da questi, ancorché - deve ritenersi - con adeguata motivazione. In questo senso, non appaiono conferenti i confronti fatti dalla Cassazione alle fattispecie di nomina dei direttori generali universitari o dei dirigenti di enti locali ex art. 110 T.U.E.L.: è vero che in tali casi possono concorrere all’incarico dirigenziale anche soggetti esterni, ma qui è completamente assente l’assegnazione di punteggi e la formazione di una graduatoria, ancorché intermedia e non finale; specificamente, poi, nei casi di nomina del direttore generale di una università, la natura giuridica della singola procedura selettiva va analizzata caso per caso atteso che, almeno stando alla giurisprudenza della Cassazione, sono determinanti le disposizioni statutarie che, in alcuni precedenti, espressamente rimettevano alla commissione esaminatrice il compito di verificare i requisiti di idoneità dei candidati unicamente in base ai *curricula* e all’esito del colloquio, “senza attribuire punteggi o formare una graduatoria”; tale casistica è, dunque, inapplicabile alle fattispecie di cui all’art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, in quanto “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”⁴⁰. Esattamente il contrario di quanto accade nella nomina dei dirigenti museali statali.

³⁹ Ai sensi dell’articolo 22, comma 7, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96.

⁴⁰ Sez. un., 21 settembre 2018, n. 22431 (per il caso della nomina di un direttore generale universitario) e Sez. un., 4 settembre 2018, n. 21600 (per il caso della nomina di un dirigente di ente locale, ex art. 110 T.U.E.L.), si trovano in *Foro it.*, n. 11/2018, 3527.

Inoltre, quanto all'assenza di una graduatoria finale (e non solo intermedia) di candidati entro cui attingere successivamente anche eventuali idonei, deve rilevarsi che l'ordinamento non ignora procedure selettive, certamente non fiduciarie, idonee a radicare indubitabilmente la giurisdizione del g.a.: oltre alle procedure di conferimento dell'abilitazione scientifica nazionale (ASN), si pensi ai concorsi pubblici che prevedono un unico vincitore e non una graduatoria soggetta a possibile "scorrimento", come nel caso dei concorsi universitari per la c.d. chiamata di coloro che siano in possesso dell'ASN (art. 18, legge 30 dicembre 2010, n. 240). In quest'ultimo caso, dov'è la "graduatoria finale"? E forse tale assenza è in grado di porre in dubbio l'esistenza, nella specie, di un concorso pubblico pacificamente attribuito alla giurisdizione del g.a.⁴¹

In conclusione, le peculiarità di talune procedure non ne escludono il carattere selettivo-concorsuale attesa la presenza di un chiaro momento valutativo tra tutti i candidati che esclude *in nuce* la possibilità di qualificare il conferimento dell'incarico in termini di fiduciarità.

Tra l'altro, così argomentando, la Cassazione sembra trascurare radicati convincimenti della stessa Suprema (Corte Cass, sez. lav., ord. 15 gennaio 2020, n. 712, pres. Napolitano, est. Tricomi)⁴² secondo cui la natura fiduciaria di un incarico dirigenziale non solleva l'Amministrazione dall'obbligo di esplicitare "le ragioni, sia pur fiduciarie" della scelta, discendendo tale obbligo "dai principi di cui all'art. 97 Cost., di buon andamento e di imparzialità" (§ 4).

4.1.2. L'art. 97 Cost. dimenticato: il principio (etico e costituzionale) del concorso pubblico

Anche dopo la privatizzazione del pubblico impiego, la differenza ontologica tra impiego privato e impiego pubblico resta *almeno* il concorso pubblico che, nell'escludere la libera scelta del lavoratore da parte del datore di lavoro pubblico, intende "evitare che la nomina agli impieghi pubblici sia fatta *intuitu personae*, con tutte le possibilità di favoritismi ed arbitrii (...)"⁴³; sembra che tale elementare principio, etico prima che giuridico, debba essere ribadito all'indomani degli arresti della Cassazione, atteso che proprio nella "selezione nel modo più obiettivo possibile" dei "più capaci" si ravvisa l'essenza del concorso ad un pubblico impiego⁴⁴, senza potersi discettare tuzioristicamente tra "selezione" e "concorso" come se fossero categorie logiche e giuridiche differenti e, in quanto tali, sottoposte a differenti discipline.

⁴¹ Tra l'altro, sempre in ambito universitario, ancorché non si tratti di concorso finalizzato all'impiego pubblico ma solo di una procedura abilitativa, nondimeno non può disconoscersi natura selettiva (e non certo fiduciaria) al procedimento per l'abilitazione scientifica nazionale (d.p.r. 14 settembre 2011, n. 222) le cui controversie radicano indubitabilmente la giurisdizione del g.a. In questi casi, dov'è la "graduatoria finale"? E forse tale assenza è in grado di porre in dubbio l'esistenza, nella specie, di una procedura selettiva e, dunque, la giurisdizione del g.a.?

⁴² In www.lexitalia.it, 23 gennaio 2020.

⁴³ V. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., p. 613.

⁴⁴ V. Amendola, *op. cit.*, pp. 613-614.

Il principio dell'accesso al pubblico impiego per meriti tecnici da accertarsi attraverso il concorso pubblico⁴⁵ si lega strettamente al principio di imparzialità dell'amministrazione che si traduce come "indipendenza della pubblica amministrazione da influenze politiche, nel duplice senso attivo e passivo. La 'imparzialità' deve valere tanto all'esterno, verso gli amministrati, i cittadini, quanto all'interno dell'amministrazione, verso i funzionari e gli impiegati"⁴⁶.

Sotto taluni profili, la premessa etico-organizzativa per l'agire imparziale è proprio la selezione meritocratica degli impiegati, nominati per ragioni che travalicano l'appartenenza politica o correntizia di varia natura ed estrazione: soltanto una burocrazia scelta per ragioni meritocratiche, e cioè formata da "capaci e meritevoli" (art. 34 Cost.)⁴⁷ può offrire, almeno in linea di astratto principio, le migliori garanzie di successiva imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa. Come "hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi" (art. 34 Cost.), similmente, quegli stessi soggetti "capaci e meritevoli" hanno diritto di valorizzare gli studi condotti anche ai fini della selezione nella P.A.; e ciò non solo nel personale e legittimo interesse di carriera ma anche (e, forse, prima ancora) nell'interesse pubblico alla provvista del personale impiegatizio pubblico, che deve essere il migliore, dovendo curare gli interessi della società.

In altri termini, il concorso, "in quanto procedura di accertamento di idoneità all'assolvimento di un compito pubblico, è in antitesi con l'assunzione sulla base di una scelta insindacabile espressa dalla persona titolare della gestione di un organismo"⁴⁸. Una scelta siffatta, "fiduciaria" come sostenuto dalla Cassazione, sarebbe "priva dei dati idonei a dimostrare che l'accertamento è avvenuto"; ne consegue che il concorso "si deve risolvere necessariamente nell'accertamento, operato per la verifica dei requisiti o qualità in genere prefissati normativamente o coerenti rispetto ai compiti da assumere"⁴⁹. La "funzionalizzazione" del concorso all'accertamento e alla verifica dei requisiti o qualità coerenti rispetto ai compiti da assumere "deve essere ammessa indipendentemente dalla vigenza o meno di specifiche norme"⁵⁰. Qualunque sia la fonte normativa, è questa la *ratio* immanente del concorso pubblico. E ciò nel

⁴⁵ Il principio costituzionale (art. 97, ult. comma, Cost.) per cui "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso" ha origini pre-costituzionali: un nobile antecedente si ritrova già nel Regno delle Sicilie della Casa borbonica. Come scriveva Ferdinando IV Re delle Sicilie nel capitolo III delle *Leggi pel buon governo della Popolazione di S. Leucio*, "tutti gli abitanti (...) saran sempre impiegat' in tutti gl'impieghi, che vacheranno nel luogo: preferendosi però sempre fra i pretendenti il più abile, capace, e di buona condotta".

⁴⁶ Queste le considerazioni del Comitato di redazione della Carta costituzionale, come riferito da V. FALZONE – F. PALERMO – F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, Colombo editore, Roma, 1948, con prefazione di V. E. ORLANDO, poi riprodotta per i tipi della Editoriale La Repubblica, s.d., ma 1989, da cui si cita a p. 308.

⁴⁷ Come "hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi" (art. 34 Cost.), similmente, quegli stessi soggetti "capaci e meritevoli" hanno diritto di valorizzare gli studi condotti anche ai fini della selezione nella P.A.; e ciò anche nell'interesse pubblico alla provvista del migliore personale impiegatizio pubblico.

⁴⁸ R. JANNOTTA, *Concorso ad un pubblico impiego*, in *Digesto pubbl.*, Torino, vol. III, 1989, p. 329 ss., qui p. 330.

⁴⁹ R. JANNOTTA, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ R. JANNOTTA, *op. loc. ult. cit.*

prioritario interesse pubblico alla scelta dei migliori.

Ne consegue che l'area delle deroghe al principio costituzionale del "concorso pubblico", pur ammesse in linea di principio dal quarto comma dell'art. 97 Cost., deve essere "delimitata in modo rigoroso", secondo la consolidata giurisprudenza della Corte. Secondo C. cost. 24 giugno 2010, n. 225, infatti, "è indispensabile che le eccezioni al principio del pubblico concorso siano numericamente contenute in percentuali limitate, rispetto alla globalità delle assunzioni poste in essere dall'amministrazione; che l'assunzione corrisponda a una specifica necessità funzionale dell'amministrazione stessa; e, soprattutto, che siano previsti adeguati accorgimenti per assicurare comunque che il personale assunto abbia la professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico (sentenza n. 215 del 2009). Tale principio non è destinato a subire limitazioni neppure nel caso in cui il personale da stabilizzare abbia fatto ingresso, in forma precaria, nell'amministrazione con procedure di evidenza pubblica, e neppure laddove la selezione a suo tempo svolta sia avvenuta con pubblico concorso, dato che la necessità del concorso per le assunzioni a tempo indeterminato discende non solo dal rispetto del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., ma anche dalla necessità di consentire a tutti i cittadini l'accesso alle funzioni pubbliche, in base all'art. 51 Cost."⁵¹.

Tali valori sembrano l'esatto opposto delle scelte effettuate dal legislatore che, nell'art. 14, comma 2-*bis*, d. l. n. 83/2014, ha affidato al confuso sistema del reclutamento di c.d. "esperti" (esterni o anche interni: funzionari ma non dirigenti), diabolicamente congegnato dall'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001, la scelta dei dirigenti museali, la durata del cui incarico, peraltro, inizialmente prevista per soli 4 anni, è prorogabile per altri 4 anni, ai sensi dell'art. 22, comma 7, d.l. 24 aprile 2017, n. 50. Su queste basi normative poggia la traduzione giurisprudenziale della Cassazione che ha qualificato come "fiduciaria" la scelta del direttore museale, in violazione, dunque, del principio costituzionale del concorso pubblico ex art. 97 Cost., per come interpretato dalla Corte. La conseguente affermazione della giurisdizione del giudice del lavoro ha completato il quadro del depotenziamento della tutela processuale, limitata, al più, ad un risarcimento danni per perdita di *chance* del candidato illegittimamente estromesso, come la prevalente giurisprudenza del lavoro attesta.

Così argomentando sembra tralasciarsi che le eccezioni al concorso pubblico costituzionalmente giustificabili sono esclusivamente quelle in cui la fiduciarità della relazione rappresenta l'essenza stessa dell'incarico presupponente adesione (convinta o di comodo) all'ideologia politica del titolare

⁵¹ In www.cortecostituzionale.it, ed annotata da B. GAGLIARDI, *Il sindacato del giudice amministrativo sui concorsi pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 1/2011, p. 66 ss.; S. de GOTZEN, *Il principio del pubblico concorso ed eccezioni alla regola per motivi di pubblico interesse. Concorsi riservati e utilizzo di graduatorie esistenti (nota a sent. 28/2013)*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; A. PERTICI, *I limiti di derogabilità della regola del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi: una riserva di legge (sempre più) rinforzata in via giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, n. 4/2010, p. 3602 ss.

dell'organo⁵², come ad esempio nel caso della nomina di taluni “direttori generali” e degli “impiegati con qualifiche superiori” (prefetti, ambasciatori, Capo della Ragioneria generale dello Stato *et similia*) configurata in via generale dall'art. 170, d.p.r. 10 gennaio 1957.

È configurabile tale libertà di nomina nella scelta dei dirigenti museali? Costituisce la scelta di dirigenti, di prima e seconda fascia, da assegnare ai musei statali, un'area in cui il concorso pubblico lascia il posto alla scelta fiduciaria, come ritiene la Cassazione? Tale tesi, costituzionalmente sospetta, è contraddetta già dall'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014 che, infatti, fissa criteri e procedimenti per l'assunzione a tempo determinato nei ruoli dirigenziali dei direttori dei musei statali. Quella stessa normativa è applicabile non solo ai ruoli dei direttori museali dello Stato individuati quali uffici dirigenziali di livello generale (come quelli cui si riferisce l'art. 170 d.p.r. n. 3/1957) ma anche a quelli definiti quali uffici dirigenziali di livello non generale (cui, conseguenzialmente, quella normativa, a tutto voler concedere, risulta essere radicalmente inapplicabile). Quindi, se fiduciaria fosse la scelta, questa dovrebbe legare non solo il direttore museale inquadrato come direttore generale ma altresì il direttore museale inquadrato come dirigente di seconda fascia, in evidente violazione di tutto l'impianto del d. lgs. n. 165/2001 che pretende che “tutti gli incarichi di funzione dirigenziale nelle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, sono conferiti secondo le disposizioni del presente articolo” (art. 1, comma 2), ossia con procedura di interpellato e non *intuitu personae*.

Inoltre, non può trascurarsi che intanto, e saggiamente, l'art. 170 del T.U. imp. civ. Stato ha previsto per la scelta dei “direttori generali e [de]gli impiegati con qualifiche superiori” l'assoluta libertà di nomina, non procedimentalizzata, in quanto quella stessa “elevatezza delle funzioni” che essi sono “chiamati ad esercitare” pone i titolari delle cariche dei “diretti collaboratori del ministro, di rappresentanti dello Stato all'estero, o di coordinatori e di rappresentanti del potere esecutivo in ciascuna provincia, donde l'opportunità che la valutazione della capacità necessaria per l'esercizio di così alte funzioni sia fatta, in sede politica, in piena libertà”⁵³.

Nulla di ciò accade per i direttori di musei statali chiamati a compiti, sì delicati, ma riconducibili a parametri culturali, amministrativi, contabili, di gestione del personale, ed in ciò, peraltro, subordinati gerarchicamente e/o funzionalmente ad altro organo ministeriale (Direttore generale Musei o segretario generale)⁵⁴.

⁵² Secondo quanto ricordato da C. cost. 22 febbraio 2019, n. 23, su cui *infra*.

⁵³ V. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, cit., p. 620.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 43, comma 4, d.p.c.m. 2 dicembre 2019, n. 169, il direttore dei musei dotati di autonomia speciale: “a) programma, indirizza, coordina e monitora tutte le attività di gestione dell'istituto, ivi inclusa l'organizzazione di mostre ed esposizioni, nonché di studio, valorizzazione, comunicazione e promozione del patrimonio museale; b) cura il progetto culturale dell'istituto museale, facendone un luogo vitale, inclusivo, capace di promuovere lo sviluppo della cultura; c) stabilisce (...) l'importo dei biglietti di ingresso (...) nonché gli orari di apertura del museo in modo da

Anche la giurisprudenza costituzionale (C. cost. 22 febbraio 2019, n. 23⁵⁵) sembra confortare tali considerazioni allorché restringe i casi di fiduciarità dell'atto di revoca a quelli in cui lo svolgimento degli incarichi dirigenziali presuppone "adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante".

In tali occasioni la Corte ha ribadito come debbano considerarsi incompatibili con l'art. 97 Cost. "disposizioni di legge, statali o regionali, che prevedono meccanismi di revocabilità *ad nutum* o di decadenza automatica dalla carica, dovuti a cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare, non correlati a valutazioni concernenti i risultati conseguiti da quest'ultimo nel quadro di adeguate garanzie procedurali (sentenze n. 52 e n. 15 del 2017, n. 20 del 2016, n. 104 e n. 103 del 2007), quando tali meccanismi siano riferiti non al personale addetto agli uffici di diretta collaborazione con l'organo di

assicurare la più ampia fruizione; d) assicura elevati standard qualitativi nella gestione e nella comunicazione, nell'innovazione didattica e tecnologica, favorendo la partecipazione attiva degli utenti e garantendo effettive esperienze di conoscenza; (...) f) assicura una stretta relazione con il territorio, anche nell'ambito delle ricerche in corso e di tutte le altre iniziative, anche al fine di incrementare la collezione museale con nuove acquisizioni, di organizzare mostre temporanee e di promuovere attività di catalogazione, studio, restauro, comunicazione, valorizzazione; g) autorizza le attività di studio di beni e materiali non esposti al pubblico, prescrive le modalità e le cautele da adottarsi in caso di attività di studio dei beni e materiali conservati nell'istituto e autorizza la riproduzione e pubblicazione delle immagini dei materiali esposti o conservati presso l'istituto nei casi previsti dalla legge; h) autorizza il prestito dei beni culturali delle collezioni di propria competenza e dei beni, anche privati, in comodato o deposito presso l'istituto, per mostre od esposizioni sul territorio nazionale o all'estero, ai sensi dell'articolo 48, comma 1, del Codice(...); i) autorizza le attività di studio e di pubblicazione dei materiali esposti e/o conservati presso l'istituto; l) dispone (...) l'affidamento diretto o in concessione delle attività e dei servizi pubblici di valorizzazione del dell'istituto (...); m) coadiuva (...) nel favorire l'erogazione di elargizioni liberali da parte dei privati a sostegno della cultura, anche attraverso apposite convenzioni con gli istituti e i luoghi della cultura e gli enti locali; a tal fine, promuove progetti di sensibilizzazione e specifiche campagne di raccolta fondi, anche attraverso le modalità di finanziamento collettivo; n) svolge attività di ricerca (...); propone (...) iniziative di divulgazione, educazione, formazione e ricerca legate alle collezioni di competenza; collabora altresì alle attività formative coordinate e autorizzate dalla Direttore generale Educazione, ricerca e istituti culturali, anche ospitando attività di tirocinio previste da dette attività e programmi formativi; o) amministra e controlla i beni dati in consegna agli istituti assegnati all'istituto o al luogo della cultura da lui diretto ed esegue sugli stessi anche i relativi interventi conservativi (...); concede altresì l'uso dei medesimi beni culturali, ai sensi degli articoli 106 e 107, del Codice; p) svolge le funzioni di stazione appaltante".

Dal complesso di tali compiti assegnati ai direttori dei musei statali, non emerge alcun profilo che caratterizzi il rapporto dirigenziale in senso fiduciario e ne giustifichi, pertanto, la sottrazione rispetto al principio costituzionale generale del concorso pubblico.

⁵⁵ C. cost. 22 febbraio 2019, n. 23, in *Giur. Cost.*, n. 3/2019, p. 1719, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell' art. 99, commi 1, 2 e 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, censurato in riferimento all' art. 97 Cost., nella parte in cui prevede che la nomina del segretario comunale da parte del sindaco abbia durata corrispondente a quella del mandato del sindaco stesso, con automatica cessazione dell'incarico al termine del mandato di quest'ultimo, e che la nomina sia disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco, decorsi i quali il segretario è confermato. La sentenza è annotata da S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo 'spoils system'*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 3/2019, p. 269 ss.; G. BOGGERO, *I segretari comunali restano "tra color che son sospesi": lo 'spoils-system' non lede l'imparzialità della pubblica amministrazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, n. 3/2019; B. CIMINO, *La stabilizzazione dei precari e la precarizzazione dei dirigenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 4/2019, p. 456 ss.; S. de GOETZEN, *L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2019, n. 6; M. GORLANI, *I segretari comunali e lo 'spoils system': un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2019, p. 267 ss.; A. NAPOLI, *I segretari comunali alla prova dello 'spoils system'*, in *Riv. Corte conti*, n. 1/2019, p. 247 ss.; ID., *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di "bicefalismo" per i segretari comunali e provinciali?*, in www.giurcost.org, n. 3/2019.

governo (sentenza n. 304 del 2010) oppure a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante, ma a titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico (sentenze n. 269 del 2016, n. 246 del 2011, n. 81 del 2010 e n. 161 del 2008)⁵⁶.

Ebbene, se in tali casi contrasterebbe con l'art. 97 Cost. la revocabilità *ad nutum* o la decadenza degli "incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico", se ne deve dedurre che sia parimenti illegittima per contrasto col medesimo art. 97 Cost. la configurazione fiduciaria del conferimento di un incarico dirigenziale avente le stesse caratteristiche. Diversamente, se l'incarico dirigenziale fosse fiduciario solo per la nomina e non anche per la decadenza, ne conseguirebbe un potere politico di immissione nei ranghi della dirigenza pubblica, anche apicale, di soggetti che poi non cesserebbero dall'incarico in corrispondenza della decadenza dell'organo politico che li ha nominati. Il che sarebbe assurdo, non solo per violazione dell'art. 97 Cost., ma anche dei principi fondamentali del d. lgs. n. 165/2001 e della normativa sullo *spoils system* che reca, invece, i casi tassativi in cui i due momenti (ingresso e uscita) sono strettamente correlati. Al di là di questi casi tassativamente individuati dalla legge (e non individuabili *ad nutum* dalla giurisprudenza) non vi è fiduciarità ma pura concorsualità e, dunque, piena giustiziabilità.

D'altro canto, se - come ritenuto dalla Cassazione - non vi è "procedura concorsuale vera e propria" nelle selezioni per direttori museali, bisogna chiedersi come si giustifichi la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro (anche apicale) nella P.A. con soggetti estranei ai ruoli dirigenziali e come ciò si concili con il principio del concorso pubblico ex art. 97, ult. comma, Cost. Domande, queste, che la Cassazione non si pone. Con tutto ciò che ne consegue in termini di violazione del principio del concorso pubblico di tale diritto vivente.

Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, "le deroghe legislative al principio secondo cui agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, seppure previste espressamente dallo stesso art. 97, terzo comma, Cost., sono sottoposte al sindacato di legittimità costituzionale". Dunque, posto che la procedura di selezione è idonea a far immettere nella pubblica amministrazione un estraneo o quanto meno a far conseguire la qualifica dirigenziale, seppur a tempo determinato, essendo derogatoria rispetto al principio del concorso pubblico, tale eccezione dovrebbe essere "delimitata in modo rigoroso" (C. cost. n. 215/2009; C. cost. n. 363/2006) e comunque potrebbe essere sottoposta a scrutinio di costituzionalità. Secondo i giudici costituzionali, infatti, "le deroghe (...) sono legittime solo in presenza di 'peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle (sent. n. 81 del

⁵⁶ C. cost. n. 23/2019, cit., §5.1.

2006). In altre parole, la deroga al principio del concorso pubblico deve essere essa stessa funzionale alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione (sent. n. 293 del 2009)⁵⁷.

Alla luce di questa pacifica giurisprudenza costituzionale, appare evidente che l'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83 del 2014, risulterebbe illegittimo se interpretato (come fa la Cassazione) nel senso che la procedura di selezione pubblica ivi prevista non consistesse in un vero e proprio concorso pubblico: e ciò anche perché derogando espressamente - l'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014 - ai contingenti di cui all'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, per il conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'Amministrazione, questa disposizione si presta a fungere potenzialmente da grimaldello con cui far affluire nelle fila della dirigenza pubblica un numero (ben superiore al 10% della dotazione organica dirigenziale) di soggetti reclutati senza un concorso pubblico, ma per mera "fiduciarità" (come ritenuto dalla Cassazione); tutto ciò sarebbe in grado di apportare una deroga così notevole al principio costituzionale del concorso pubblico da risultare priva di una giustificazione "funzionale alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione" (C. cost. n. 9/2010) e, dunque, al principio per cui si accede ai pubblici uffici - a maggior ragione se si tratta di uffici di vertice - solo per effetto di un pubblico concorso. Il complesso di tali considerazioni consente di affermare che nel caso della selezione dei direttori dei musei statali siamo a cospetto di "concorso pubblico" e non di "selezione" (ammesso che i due termini denotino categorie giuridiche differenti: *infra*), con tutto quello che ne deriva in termini processuali e di radicamento della giurisdizione, anche perché solo la *assunzione al lavoro* e non il *concorso pubblico* "richiama una libera designazione ad personam di chi lo possa effettuare"⁵⁸.

4.1.3. Sul lemma "concorso pubblico": significato

D'altro canto, anche nella lingua italiana non risulta vi sia differenza di significato tra i lemmi "selezione" e "concorso", potendosi questi considerare sinonimi. Il *Grande Dizionario della Lingua italiana* curato da S. Battaglia⁵⁹ definisce "concorrente" colui che "concorre (in competizione con altri) a ottenere un ufficio, un incarico, un impiego (partecipando alle prove di un eventuale concorso o semplicemente adoperandosi a prevalere sugli altri che tendono allo stesso scopo)". Il Devoto-Oli definisce il "concorso" come "una gara indetta da un ente pubblico privato, allo scopo di scegliere le migliori tra più persone aspiranti a ricoprire un determinato incarico"⁶⁰. Analogamente, il concetto di "selezione" è ordinariamente spiegato

⁵⁷ C. cost. 15 gennaio 2010, n. 9, annotata da M. CERBONE, *Gli incarichi dirigenziali regionali tra derive fiduciarie e principio del concorso*, in *Dir. relaz. ind.*, n. 3/2010, p. 795 ss.; da E. PASQUALETTO, *Il rapporto a termine con la Pubblica amministrazione del dirigente esterno*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4/2010, IV, p. 847 ss.

⁵⁸ Cons. St., sez. VI, n. 677/2017, cit., §17.8.

⁵⁹ S. BATTAGLIA, *Concorrente*, in *Grande Dizionario della Lingua italiana*, Torino, 1961-2002, p. 484.

⁶⁰ G. DEVOTO - G. C. OLI, *Concorso*, in *Nuovo vocabolario illustrati della lingua italiana*, ed. a cura di G. C. Oli e L. Magini, Le Monnier, Firenze, 1992, p. 695.

come una “scelta operata, anche con indagini psicofisiche o con altri metodi scientifici, allo scopo di individuare chi si segnala per particolari qualità e doti e appare più idoneo di altri a svolgere determinati compiti, attività o mansioni (anche nelle espressioni)”⁶¹. Non sembra, dunque, che tra il concetto di selezione e quello di concorso possano intravedersi differenze ontologiche tali da giustificare una diversa disciplina giuridica: trattasi di procedimenti selettivi diretti ad individuare i migliori candidati per svolgere un determinato ruolo. Indipendentemente dal *nomen juris* utilizzato, il concorso è ravvisabile allorché sia attivato un “procedimento regolato dalla legge allo scopo di scegliere le persone più idonee ad un determinato ufficio”⁶², ossia quando si tratta di procedere “alla scelta della persona da assumere quale impiegato nella Pubblica Amministrazione o alla quale attribuire una posizione d’impiego diversa da quella precedente”, potendo i partecipanti essere “candidati interni ed esterni”⁶³. Funzione del concorso pubblico è, dunque, di “verificare l’idoneità del candidato all’esplicazione dei compiti connessi alla posizione da attribuire”; di qui la “indispensabilità del concorso anche quando uno solo sia il candidato”⁶⁴. Se questa è la definizione di concorso, in essa è perfettamente riconducibile anche la selezione prevista per i direttori museali statali dall’art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014.

Anche per la dottrina che si è interrogata sulla natura giuridica delle “vicine” procedure di selezione dei dirigenti in ambito sanitario, non appare determinante il *nomen juris* utilizzato dal legislatore (selezione *aut* concorso, procedure selettive *aut* procedure concorsuali) dal momento che anche il d. lgs. n. 165/2001 (v. art. 35, comma 1) utilizza l’espressione “procedure selettive” per indicare sicure procedure concorsuali, così “sconfessando” quella che si pretenderebbe essere una ontologica distinzione⁶⁵.

Se, dunque, già nella lingua e nell’ordinamento giuridico italiani il lemma “concorso” può considerarsi sinonimo di “selezione”, bisogna comprendere quando, nell’ordinamento giuridico, si presentano gli elementi costitutivi di tale procedura, a prescindere dal *nomen* utilizzato dal legislatore.

Ebbene, secondo la giurisprudenza⁶⁶, “(...) si è in presenza di un pubblico concorso, quando la commissione effettua il confronto dei titoli di ciascun candidato (...)”⁶⁷, ossia quando vi sia “concorrenzialità tra i partecipanti alla selezione, da effettuarsi in base al possesso di titoli predeterminati dal bando o a mezzo di prove rivelatrici del livello di preparazione culturale e/o di idoneità ed esperienza professionale dei candidati”⁶⁸. Affinché si configuri una procedura concorsuale, occorre, dunque, “una

⁶¹ S. BATTAGLIA, *Selezione*, cit., vol. XVIII, p. 528.

⁶² E. MORONE, *Impiegati dello Stato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, vol. VIII, 1962, p. 242 ss., qui 247.

⁶³ R. JANNOTTA, *Concorso ad un pubblico impiego*, cit., p. 329.

⁶⁴ R. JANNOTTA, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵ Così, condivisibilmente, F. SAIITA, *Incarichi di direzione*, cit., p. 220

⁶⁶ V. già Cons. St., sez. V, 21 agosto 2015, n. 4039; sez. III, 16 dicembre 2015, n. 5693.

⁶⁷ Cons. St., sez. VI, n. 677/2017, cit., §17.5.

⁶⁸ Cons. St., Sez. VI, 9 marzo 2010, n. 1396, integralmente in www.giustizia-amministrativa.it e in massima in *Foro amm. – CdS*, 2010, 655. Di tal guisa, il Consiglio di Stato ha riconosciuto carattere concorsuale al procedimento di formazione

valutazione dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria; non concretano procedure concorsuali, invece, le assunzioni che non sono basate su di una logica selettiva. In particolare, la giurisdizione amministrativa sulle controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione è limitata a quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto terminale del procedimento". Secondo il ragionamento della giurisprudenza amministrativa, ne risultano escluse le fattispecie relative "all'inserimento in apposita graduatoria di tutti coloro che siano in possesso di determinati requisiti (anche derivanti dalla partecipazione a concorsi) e che è preordinata al conferimento dei posti lavoro che si renderanno disponibili (...). Si pensi alle chiamate dirette, nonché alle procedure di mera verifica di idoneità dei soggetti da assumere, in quanto titolari di riserva iscritti in apposita lista: la valutazione di idoneità, infatti, tende esclusivamente alla verifica della capacità in termini assoluti del soggetto e non è caratterizzata dalla comparazione finalizzata alla compilazione di una graduatoria, che rappresenta la nota caratterizzante del concorso per l'accesso all'impiego, anche per soli titoli"⁶⁹.

In sintesi, ciò che appare essenziale ai fini della riconoscibilità di una procedura concorsuale, è la sussistenza di una procedura connotata dalla nomina di una commissione giudicatrice, la formazione di una griglia dei punteggi in relazione ai titoli prescritti e la formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati; solo in difetto di tali elementi, secondo la giurisprudenza amministrativa, la scelta relativa al conferimento di un incarico dirigenziale resta assoggettata al sindacato del giudice civile, ex art. 63, comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001⁷⁰.

Tali principi risultano *a fortiori* applicabili anche al caso della selezione dei direttori museali statali in cui "va ravvisato un pubblico concorso"⁷¹, per il fatto che, a partire dal numero complessivo di istanze, la commissione esaminatrice, esercitando poteri tecnico-discrezionali, giunge prima alla formazione di un elenco di dieci candidati e poi, ulteriormente selezionando grazie all'esito dei colloqui, giunge alla

ed approvazione delle graduatorie per il conferimento degli incarichi nelle scuole di vario grado, sia di insegnamento che per compiti delle qualifiche del personale di amministrazione, anche se a tempo determinato; da ciò, in applicazione dell'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165/2001, l'attrazione delle relative controversie nella giurisdizione del g.a., a nulla rilevando la natura discrezionale o meno della potestà valutativa della commissione esaminatrice in relazione a procedure per soli titoli.

⁶⁹ TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 giugno 2012, n. 629, in www.giustizia-amministrativa.it, che si rifà a Tar Molise, Campobasso, sez. I, 23 luglio 2010 n. 369, *ivi*.

⁷⁰ Per F. Saitta (*Incarichi di direzione*, cit., 205 ss., 221), il carattere della concorsualità sussiste anche, a tacer d'altro, nelle procedure selettive per il conferimento dell'incarico di direttore della struttura sanitaria complessa, dal momento che l'art. 15, comma 7-*bis*, d. lgs. n. 502/1992, prevede sia la pubblicazione di un "avviso" che la nomina di una "commissione", la quale, svolta una «analisi comparativa» dei *curricula* e dei titoli professionali posseduti dagli aspiranti, "sulla base dei migliori punteggi attribuiti", forma "una terna di candidati idonei" da presentare al direttore generale.

⁷¹ Cons. St., sez. VI, n. 677/2017, cit., §17.5.

formazione di una terna di aspiranti. Pertanto, sebbene il procedimento sia unitario, proprio la struttura trifasica (*iniziale valutazione delle posizioni di tutti i candidati; effettuazione dei colloqui con i dieci candidati individuati; selezione dei tre migliori candidati; scelta finale del candidato da nominare quale atto conclusivo del procedimento*) consente di riaffermare il valore pienamente concorsuale-competitivo, a prescindere dal fatto che non vi siano punteggi o graduatorie finali, come d'altro canto accade anche in altri procedimenti sicuramente concorsuali, come quelli finalizzati al conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale⁷².

4.2. Gli equivoci si perpetuano: Sez. un., 28 febbraio 2019, n. 6040

Identici argomenti a quelli sviluppati nell'ordinanza n. 1413/2019 sono contenuti in Sez. un., 28 febbraio 2019, n. 6040 (Pres. Curzio, Est. Cirillo) dove si afferma che “va devoluta alla cognizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la cognizione sull'impugnazione di una procedura d'interpello per il conferimento nazionale di incarichi dirigenziali che, sebbene aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità articolata di fasi, abbia natura sostanzialmente non concorsuale”. Anche in tale ordinanza si continua a parlare erroneamente di *interpello* che è il provvedimento amministrativo con cui le amministrazioni pubbliche, ex art. 1, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 165/2001, indicano procedure di selezione finalizzate al conferimento di incarichi dirigenziali in favore di coloro che già prestano servizio presso l'amministrazione pubblica e posseggono la qualifica dirigenziale.

Inoltre, e ancora una volta, non è dato comprendere in base a quale criterio la Cassazione attribuisca una supposta prevalenza ad una delle tre fasi della unitaria procedura concorsuale.

In Sez. un. n. 6040/2019, il giudice della giurisdizione ritiene “evidente” che “*pur essendo prevista una commissione esaminatrice che è tenuta ad un'opera di selezione e scrematura dei candidati – in modo da individuarne prima un numero massimo di dieci e poi una terna – non c'è una graduatoria con i punteggi; e la nomina finale, sia pure sulla base della terna individuata dalla commissione, è frutto di una scelta discrezionale del Ministro (sebbene, in effetti, il Ministro non scelga su tutto il plafond dei candidati, ma solo sulla terna frutto della scrematura operata dalla commissione). Non c'è, insomma, una procedura concorsuale vera e propria*”.

⁷² Ed è appena il caso di rilevare il carattere pretestuoso e destituito di qualsiasi fondamento logico, etico e, solo infine, giuridico, di quanto sostenuto dall'ex Ministro per i beni e le attività culturali, Alberto Bonisoli, che, a partire dalla predetta struttura trifasica, ha sostenuto il 29 maggio 2019, in sede di interrogazione a risposta immediata presentata da un gruppo di deputati (primo firmatario, on. Patelli), che il punteggio conseguito nel colloquio orale non si sommerebbe al punteggio conseguito nella valutazione dei titoli: “(...) quando viene fatta questa seconda fase, il primo punteggio non viene più tenuto in considerazione, come se ci fosse un reset, quindi si riparte da zero. Quindi tutti i dieci che sono stati ammessi alla seconda fase partono esattamente dallo stesso punto. Infatti, quando arriva la terna, io stesso come Ministro non so chi dei tre ha avuto il punteggio migliore nella fase precedente, perché sono fasi autonome, che si differenziano l'una dall'altra e, nel passaggio dall'una all'altra, i punteggi non sono stati sommati e in questo caso vi confermo che la commissione correttamente non ha sommato i punteggi dall'una all'altra” (il resoconto della seduta si trova all'indirizzo <http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/assemblea/>html/sed0180/stenografico.htm>). È evidente che se così fosse, non si tratterebbe né di concorso né di selezione, che dir si voglia, ma di autentica *presa in giro*.

In sostanza, le Sezioni Unite n. 6040/2019 continuano a considerare la procedura di selezione pubblica prevista dall'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, come se fosse una “ordinaria” procedura d'interpello, valorizzando massimamente la circostanza per cui la “fase finale” della procedura è destinata alla individuazione di una terna di “finalisti”, da sottoporre al Ministro o al Direttore generale Musei, al quale spetterebbe poi di operare la scelta fiduciaria. Di qui il carattere «*sostanzialmente non concorsuale della procedura d'interpello*».

Anche questi argomenti non convincono minimamente. Se la procedura di selezione pubblica non fosse un vero concorso ma un mero atto di interpello che, come tale, è rivolto solo a dirigenti interni all'amministrazione, ex art. 1, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 165/2001, oltre a non comprendere perché quella “selezione pubblica” sia aperta a soggetti estranei alla P.A., non se ne riuscirebbe neanche a comprendere la stessa utilità. È noto, infatti, che proprio il conferimento di incarichi dirigenziali di vertice è qualificato da una parte della giurisprudenza contabile quali atto di alta amministrazione “connotat[o] da un grado di ‘fiducia personale’ tra dirigente amministrativo e dirigente politico tale da legittimare il potere politico a fare scelte insindacabili con il rispetto del principio di legalità”. A tali incarichi dirigenziali apicali “non è applicabile l'art. 19, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 165 del 2001, relativo alla c.d. procedura di interpello e la sua mancata applicazione non incide sulla legittimità del provvedimento”⁷³.

Quindi, almeno limitatamente ai casi di applicazione dell'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, finalizzato al conferimento di incarichi dirigenziali di livello generale, se non si tratta di concorso pubblico ma di mero interpello, esso è, a tutto voler concedere, inutile, in quanto non richiesto per giustificare la scelta altamente discrezionale dell'organo di vertice politico.

Ad accedere alla tesi della Cassazione, in altri termini, la procedura di cui al predetto d.l. n. 83/2014, si risolverebbe in una sorta di “gabbo legalizzato”: una procedura selettiva internazionale che si conclude e si sostanzia in una scelta discrezionale del Ministro (o del Direttore generale Musei). Ma se la scelta è libera e fiduciaria, perché illudere i candidati attivando un costoso procedimento che imparziale non può (anzi, non dovrebbe) rivelarsi?

Tale logica, che già appare insostenibile nel caso di nomina di direttori museali qualificati come dirigenti generali, appare ancor meno sostenibile nel caso di selezione di un direttore museale-dirigente di seconda fascia, non apicale, in quanto nominato non dal Ministro ma dal Direttore generale Musei. La logica “fiduciaria” (pur violativa del principio costituzionale del concorso pubblico, ex art. 97 Cost., di basilari principi giuridici e di etica pubblica) avrebbe un fondamento ancor più fragile in tale seconda ipotesi

⁷³ C. Conti, sez. contr., 5 marzo 2012, n. 3, in *Lavoro nelle p.a.*, 2014, 5, 806, con nota di D. BOLOGNINO, *Corte di cassazione e Corte dei conti a confronto sugli incarichi dirigenziali c.d. “apicali”: tra punti d'arrivo (inapplicabilità della l. n. 241/90), ritorni al passato (atti di alta amministrazione) ed ipotesi di garanzia allo studio del legislatore (AS 1577)*.

unitariamente disciplinata nell'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014. Nonostante ciò, la giurisprudenza della Cassazione si spinge fino al punto di affermare la configurabilità di una “ampia discrezionalità della Commissione selezionatrice che non è totalmente vincolata nella scelta dei parametri valutativi ai quali assegnare il punteggio, potendo bensì trarre dai curricula e dalle lettere di motivazione dei candidati elementi significativi cui connettere rilievo ai fini del giudizio di idoneità (...) e potendo trarre liberamente dal colloquio finale dei dieci candidati selezionati elementi di giudizio ai fini della individuazione della terna”⁷⁴. In pratica, la “Commissione selezionatrice” potrebbe fare come le pare e, *a fortiori*, il Direttore generale Musei potrebbe nominare chi vorrebbe nell'ambito della terna di idonei così bizzarramente e arbitrariamente formata.

Tali argomenti non reggono a confronto con 1) il principio costituzionale del concorso pubblico; 2) il fatto che le procedure selettive per l'individuazione dei direttori museali sono aperte a tutti i cittadini italiani ed europei e non esclusivamente i dirigenti interni: dunque sono concorsi e non interPELLI interni 2.1) esse sono finalizzate ad individuare i direttori museali statali, a prescindere dalla qualifica dirigenziale e, dunque, sia aventi qualifica di direttori generali che di dirigenti di seconda fascia: la incostituzionale fiduciarità dell'incarico dirigenziale non si giustifica, *a fortiori*, quando si tratta di selezionare dirigenti di seconda fascia.

4.2.1. Il confronto con le procedure selettive della dirigenza sanitaria: inapplicabilità della corrispondente normativa e giurisprudenza

Anche il raffronto svolto dalla Cassazione con le c.d. procedure idoneative di cui all'art. 15, comma 7-*bis*, d.lgs. n. 502 del 1992 per la nomina dei dirigenti delle strutture sanitarie complesse appare inconferente e frutto di un equivoco: continuare a considerare interPELLI interni rivolti a dirigenti di ruolo le procedure di selezione dei direttori museali. Quali che siano le (pur indubbie) analogie con la procedura di selezione dei direttori dei musei statali⁷⁵, le Sezioni unite della Cassazione riproducono meccanicamente la giurisprudenza formatasi sugli incarichi dirigenziali nella sanità, confondendo il conferimento dell'*incarico dirigenziale* con l'*accesso ai ruoli dirigenziali* da parte di soggetti estranei alla dirigenza e, finanche, estranei al

⁷⁴ Sez. un., ord. n. 11/2019, cit.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 15, comma 7-*bis*, lett. a), d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, “sulla base dell'analisi comparativa dei *curricula*, dei titoli professionali posseduti, avuto anche riguardo alle necessarie competenze organizzative e gestionali, dei volumi dell'attività svolta, dell'aderenza al profilo ricercato e degli esiti di un colloquio, la commissione presenta al direttore generale una terna di candidati idonei formata sulla base dei migliori punteggi attribuiti. Il direttore generale individua il candidato da nominare nell'ambito della terna predisposta dalla commissione; ove intenda nominare uno dei due candidati che non hanno conseguito il migliore punteggio, deve motivare analiticamente la scelta. L'azienda sanitaria interessata può preventivamente stabilire che, nei due anni successivi alla data del conferimento dell'incarico, nel caso in cui il dirigente a cui è stato conferito l'incarico dovesse dimettersi o decadere, si procede alla sostituzione conferendo l'incarico ad uno dei due professionisti facenti parte della terna iniziale”.

pubblico impiego. La confusione è certamente agevolata dalla destrutturazione dei tradizionali modi di accesso alla dirigenza statale (museale) fatta dal legislatore con il d.l. n. 83/2014, ma stupisce che la Cassazione non abbia colto l'occasione per fare chiarezza ed operare i necessari distinguo anziché accentuare la confusione che consente la partecipazione alle procedure selettive di chiunque: estranei alla P.A., intranei-funzionari, dirigenti interni normalmente partecipanti a comuni interpelli⁷⁶.

Infatti, mentre ai sensi dell'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, si concorre per un ruolo (la dirigenza museale statale) cui può ambire anche un soggetto estraneo alla dirigenza e all'Amministrazione pubblica in genere (in tesi, anche un usciere o un libero professionista qualsiasi), il possesso della qualifica di dirigente sanitario costituisce, invece, il presupposto per ambire agli incarichi direttivi che, dunque, presuppongono la vittoria di precedenti procedure concorsuali: sia per il conferimento della direzione sanitaria aziendale che per l'accesso al secondo livello dirigenziale, gli articoli 1 e 3, D.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484, presuppongono sempre la qualifica dirigenziale. È l'appartenenza ai ruoli della dirigenza (prima) che consente (poi) lo svolgimento di un mero "interpello" (di cui, eppure, attenta dottrina continua a riconoscere natura concorsuale⁷⁷): il concorso in senso stretto è stato già svolto a monte, con la conseguenza che i passaggi di carriera possono essere configurati come gestione del rapporto di lavoro dirigenziale⁷⁸. Tale requisito non è prescritto, invece, dall'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014 che, infatti, attraverso il richiamo al mai sufficientemente criticato art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001, permette che estranei al pubblico impiego diventino, benché a tempo determinato, dirigenti pubblici statali senza le forme e il rigore di un concorso pubblico.

Nello specifico, ai fini del conferimento dell'incarico di direzione sanitaria aziendale, secondo l'art. 1,

⁷⁶ Per la ricostruzione critica degli orientamenti in tema di giurisdizione sulle controversie relative ai conferimenti di incarichi dirigenziali sanitari, v. F. SAITTA, *Incarichi di direzione*, cit., p. 205 ss.

⁷⁷ F. SAITTA, *op. cit.*, p. 222: "A nostro avviso, l'unico elemento che (...) può indurre ad escludere che si sia in presenza di una procedura concorsuale da assoggettare al sindacato del giudice amministrativo è la circostanza che il direttore generale [dell'Asl] può motivatamente discostarsi dalle risultanze della graduatoria (o terna che dir si voglia) e nominare un candidato diverso da quello che ha conseguito il miglior punteggio. Ed infatti, la circostanza che la maggiore idoneità attestata dal conseguimento del « migliore punteggio » sia di per sé insufficiente ad assicurare il conferimento dell'incarico rappresenta un robusto - per non dire decisivo - argomento a sostegno della tesi della fiduciarità della scelta operata dal direttore generale - la cui discrezionalità risulta, « quindi, compressa ma non eliminata » dalla riforma Balduzzi - e della conseguente impossibilità di ricondurre la selezione in discorso alla categoria delle procedure concorsuali *ex art.* 63, comma 4, del decreto legislativo n. 165 del 2001".

⁷⁸ Nei diversi pronunciamenti della Cassazione ciò è chiarissimo, anche se, poi, uguale consapevolezza non sembra mostrare il Supremo giudice quando si tratta di applicare quei principi alla casistica concernente i direttori museali. In Cass., sez. lav., ord. n. 712/2020, cit. (est. Tricomi), il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno e l'obbligo per la P.A. di effettuare una nuova valutazione dei *curricula* consegue al riconoscimento del difetto di motivazione del conferimento dell'incarico di "coordinatore del dipartimento delle dipendenze sovrazionale" dell'ASL delle Marche: in tale fattispecie, i candidati in lizza sono tutti dirigenti interni dell'ASUR Marche, e non estranei ai ruoli della stessa. Tra l'altro, nella condivisibile ordinanza, Cass. n. 712/2020 esclude che - a tutto voler concedere - la natura fiduciaria di un incarico dirigenziale (comunque escluso in grado di appello) esima l'Amministrazione dall'obbligo di esplicitare "le ragioni, sia pur fiduciarie" della scelta, discendendo tale obbligo "dai principi di cui all'art. 97 Cost., di buon andamento e di imparzialità" (§ 4).

d.p.r.10 dicembre 1997, n. 484 recante il “Regolamento recante la determinazione dei requisiti per l'accesso alla direzione sanitaria aziendale e dei requisiti e dei criteri per l'accesso al secondo livello dirigenziale per il personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale”, la dirigenza sanitaria generale è riservata “ai medici di qualifica dirigenziale che abbiano svolto per almeno cinque anni attività di direzione tecnico-sanitaria in enti o strutture sanitarie, pubbliche o private, di media o grande dimensione e che abbiano conseguito l'attestato di formazione manageriale di cui all'articolo 7 previsto per l'area di sanità pubblica. Costituisce titolo preferenziale il possesso della specializzazione in una delle discipline dell'area di sanità pubblica”; ai sensi del successivo comma 3, “l'attività quinquennale di direzione tecnico-sanitaria per il conferimento dell'incarico di direzione sanitaria aziendale deve essere stata svolta nei sette anni precedenti il conferimento dell'incarico”. La normativa sanitaria prescrive anche le modalità di conseguimento dell'attestato di formazione manageriale il cui rilascio è consentito solo a coloro che abbiano seguito i corsi appositi i quali sono, a loro volta, riservati non a tutti ma esclusivamente riservati unicamente “ai medici con una anzianità di servizio di almeno tre anni nella direzione tecnico-sanitaria in enti e strutture sanitarie, pubbliche o private di media o grande dimensione ovvero ai medici con una anzianità di servizio di almeno dieci anni” (art. 1, comma 5, d.p.r. 484/1994). Soltanto coloro che sono in possesso di tali rigorosi requisiti, e che siano *in primis* dirigenti medici, possono candidarsi ai posti di direzione sanitaria aziendale.

Analogo presupposto (il ruolo dirigenziale sanitario) è richiesto per l'accesso al secondo livello dirigenziale. L'art. 5, d.p.r. 484/1997, prescrive, al riguardo, oltre all'iscrizione all'albo professionale, ove esistente, la “anzianità di servizio di sette anni, di cui cinque nella disciplina o disciplina equipollente, e specializzazione nella disciplina o in una disciplina equipollente ovvero anzianità di servizio di dieci anni nella disciplina” (lett. b)) nonché (lett. d)), l'“attestato di formazione manageriale”. Tale attestato - chiarisce il successivo art. 7 - “si consegue con la frequenza ed il superamento dei corsi”⁷⁹ (comma 1) “riservati al personale dirigente del ruolo sanitario delle unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, degli istituti ed enti di cui all'articolo 4, commi 12 e 13, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni e degli istituti zooprofilattici sperimentali” (comma 2); tra l'altro, non tutti i dirigenti sanitari possono partecipare a tali corsi ma solo coloro che possiedono “una anzianità di servizio, alla data del bando, di almeno cinque anni” (art. 7, comma 2, secondo periodo). Il complesso di tali requisiti conferma anche per l'accesso al secondo livello dirigenziale la necessità della qualifica di dirigente sanitario e, dunque, l'avvenuto superamento di un concorso pubblico per dirigente sanitario; cosa che non è scontata (stante il blasfemo

⁷⁹ Tali corsi - secondo l'art. 7, comma 3, d.p.r. 484/1997 - sono finalizzati “alla formazione manageriale, capacità gestionale, organizzativa e di direzione, del personale della dirigenza del ruolo sanitario”.

richiamo all'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001) per la dirigenza statale museale.

È in questa logica di conferimento “privatistico” di incarico dirigenziale può spiegarsi la giurisdizione ordinaria in tema di incarico di responsabile di struttura semplice che, in quanto articolazione interna di una struttura complessa, è conferito dal direttore generale ad un dirigente medico già in servizio e vincitore di un concorso.

La distinzione tra *conferimento dell'incarico dirigenziale* e *accesso al ruolo dirigenziale* sanitario è stigmatizzata anche a livello di fonti normative: se il citato d.p.r. n. 484/1997 disciplina, appunto, i requisiti per il conferimento degli incarichi di direzione sanitaria aziendale e per il secondo livello dirigenziale, è soltanto nel d.p.r. 10 dicembre 1997, n. 483 che viene recata la disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del Servizio sanitario nazionale, come suggerito dalla *rubrica legis*.

Tale distinzione sembra chiara, almeno in teoria, anche in giurisprudenza, quando si parla di incarichi dirigenziali sanitari, ma sembra smarrirsi, invece, quando confusamente e acriticamente viene trasposta in materia di direttori museali. Infatti, secondo altri condivisibili arresti delle Sezioni unite, la giurisdizione del giudice amministrativo “sussiste unicamente in relazione alle procedure concorsuali di assunzione, ovvero, di quei procedimenti preordinati alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro poiché è solo in questa sola fase che si è in presenza di un esercizio dei poteri attribuiti all'Amministrazione in vista della selezione del soggetto ammesso alla stipula del contratto”⁸⁰. Posizione, questa, ovviamente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa che non può che rimarcare il fatto che mentre il termine “assunzione” include “le procedure di cui sono destinatari soggetti già dipendenti di pubbliche amministrazioni ogni qual volta esse siano dirette a realizzare un effetto di novazione del precedente rapporto di lavoro con l'attribuzione di un inquadramento superiore e qualitativamente diverso dal precedente”⁸¹, per converso, il termine “concorso” “deve essere interpretato in senso restrittivo, nel senso che la procedura concorsuale si identifica esclusivamente in quella caratterizzata dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito, la cui approvazione, individuando i “vincitori”, rappresenta l'atto terminale del procedimento preordinato alla selezione dei soggetti idonei”⁸². Il che è esattamente quanto accade nelle procedure finalizzate al c.d. conferimento di incarichi dirigenziali museali.

Chiariti tali indefettibili presupposti, meglio si comprende⁸³ la giurisprudenza che si è formata sul tema

⁸⁰ Sez. un., 13 dicembre 2017, n. 29915, in *Foro it.*, 2018, 3, I, 885.

⁸¹ Cfr. altresì Sez. un., 20 aprile 2006, n. 9164; Sez. un., 7 novembre 2005, n. 21470.

⁸² TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 15 aprile 2019, n. 99, *Redazione Giuffrè amm.*, 2019. V. pure C. Cass, Sez. un., 4 settembre 2018, n. 21599, in *Foro Amm.*, n. 5/2019, 776; Sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1778, in *Foro it.*, n. 5/2011, I, 1416; Sez. un., 25 novembre 2011, n. 24904, in *Foro it.*, n. 4/2012, I, 1103.

⁸³ Ma in senso critico, si veda F. SAITTA, *Incarichi di direzione di struttura complessa*, cit., p. 205 ss.

della giurisdizione del conferimento di incarichi dirigenziali sanitari⁸⁴, a patto, però, di distinguerli ontologicamente dal conferimento degli incarichi dirigenziali museali che non presuppongono la *qualitas* di dirigente, come appare evidente per il fatto che solo qui (e non in ambito sanitario) vengono conferiti ai sensi dell'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001, in favore di soggetti che, in teoria, possono essere indifferentemente dirigenti, funzionari o uscieri, siano essi dipendenti pubblici, privati o liberi professionisti. Purtroppo, se non viene messa in luce tale differenza costitutiva delle due fattispecie, il rischio che si corre è di fare “*taglia-incolla*” di una giurisprudenza pur teoricamente giustificabile alcune fattispecie per poi applicarla a casistiche normativamente differenti.

Tali considerazioni sono fatte proprie da Cons. Stato, sez. VI, 677/2017, ad avviso del quale “per come sono state strutturate dalla normativa primaria e da quella secondaria, le ‘procedure di selezione pubblica’ previste dall’art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83 del 2014 consistono in selezioni volte all’eventuale conferimento dell’incarico anche ad ‘esterni’, privi della qualità di dipendenti dello Stato e della qualifica dirigenziale. Si tratta dunque di veri e propri procedimenti di assunzione, ai quali si applica l’art. 63, comma 4, del medesimo D. Lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui ha previsto che ‘restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni’”⁸⁵. Infatti, come ampiamente ricordato sopra, “la normativa sostanziale (...) ha disciplinato una procedura ‘di selezione pubblica’ ‘aperta a tutti ed ha attribuito alla commissione peculiari poteri pubblicistici di natura autoritativa e tecnico-discrezionale, tipicamente disciplinati - quanto alla giurisdizione – dall’art. 7 del codice del processo amministrativo e dall’art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001: non si tratta di una “assunzione al lavoro”, espressione che richiama una libera designazione ad personam di chi la possa effettuare”⁸⁶.

⁸⁴ TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 febbraio 2018, n. 385, in *Foro Amm.*, n. 2/2018, 319, secondo cui “le controversie sui provvedimenti assunti da un’Azienda sanitaria per la copertura di posti vacanti di dirigente di struttura sanitaria complessa esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di determinazioni comunque riconducibili alla capacità di diritto privato dell’ente datore di lavoro (...). L’elenco [degli idonei] viene sottoposto al direttore generale il quale, nell’ambito dei nominativi indicati dalla commissione, conferisce l’incarico sulla base di una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale. Ai fini della giurisdizione, non rileva, infine, la circostanza che la commissione esaminatrice, anziché limitarsi alla verifica dei requisiti di idoneità dei candidati alla copertura dell’incarico, in esito ad un colloquio ed alla valutazione dei curricula, abbia finito per attribuire punteggi o abbia formato una graduatoria”. V. anche TAR, Venezia, sez. III, 2 novembre 2017, n. 978, in *www.giustizia-amministrativa.it*: “Le procedure di selezione avviate dalle ASL sia che riguardino il conferimento dell’incarico di dirigente di struttura complessa (in base all’ art. 15- ter del d.lgs. n. 502 del 1992) sia che si riferiscano al conferimento dell’incarico di direttore di distretto socio-sanitario (in base all’ art. 3- sexies del medesimo d.lgs. n. 502 del 1992) non hanno carattere concorsuale, ai sensi e per gli effetti di cui all’ art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto si articolano secondo uno schema che non prevede lo svolgimento di prove selettive con formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma soltanto la scelta di carattere essenzialmente fiduciario di un professionista ad opera del direttore generale della ASL, nell’ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un’apposita Commissione sulla base di requisiti di professionalità e capacità manageriali”.

⁸⁵ Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 17.7.

⁸⁶ Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 17.8.

Se a ciò si aggiunge che i candidati possono finanche diventare direttori generali - senza svolgere, a ragionare con la Cassazione, un concorso pubblico - appare ancora più evidente quali siano le conseguenze pratiche della discutibile costruzione dei giudici della giurisdizione che nasce, forse, dall'equivoco terminologico "incarichi dirigenziali"⁸⁷.

5. La posizione della giurisprudenza amministrativa

5.1. Natura giuridica autoritativa del provvedimento di conferimento dell'incarico e sua conseguente impugnabilità davanti al g.a.

Chiariti gli elementi strutturali delle procedure selettive attivate ex art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, affermatane la riconducibilità a ordinari concorsi pubblici e la distinzione rispetto alle procedure di interpellato rivolte a dirigenti già di ruolo, come accade nel caso del conferimento degli incarichi dirigenziali sanitari, ribadita l'insuperabilità del principio costituzionale del concorso pubblico ex art. 97 Cost. che relega a casi eccezionali ed espressamente previsti dalla legge la costituzione di rapporti di lavoro (ancorché a tempo determinato) basati sull'*intuitu personae*, è necessario evidenziare la posizione della giurisprudenza amministrativa che, prima del criticato intervento delle Sezioni unite, ha affermato, anche in sede di Adunanza plenaria (n. 9/2018), la giurisdizione del g.a.

Ribadendo la posizione espressa in primo grado da Tar Lazio, Roma, Sez. II-Quater, 24 maggio 2017, n. 6171⁸⁸, i giudici d'appello (Cons. Stato, sez. VI, n. 677/1986) hanno ulteriormente sviluppato quegli argomenti, chiarendo che gli atti posti in essere nell'unitaria procedura concorsuale in esame costituiscono espressione di un potere pubblico idonei, dunque, a radicare la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in quanto "giudice naturale quando siano impugnati atti con cui è esercitato un potere pubblico, come inteso dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, ed in particolare quando siano impugnati atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, emanati dal potere esecutivo"⁸⁹. Ne consegue che "il provvedimento di nomina dei dirigenti dello Stato volto all'attribuzione *ex novo* del relativo *status* (pur quando si tratti dei direttori dei musei statali e la relativa procedura termini con un atto di scelta, emanato in attuazione dell'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83 del 2014) costituisce atto di "natura autoritativa"⁹⁰ in quanto adottato "nell'esercizio di un 'potere amministrativo' (come previsto dall'art. 7 del c.p.a.)"⁹¹.

⁸⁷ Per l'affermazione della giurisdizione ordinaria, in tali fattispecie, cfr. Sez. un., 19 luglio 2011, n. 15764, in *Ragiusan*, 2012, 341-343, 289; Sez. un., 28 novembre 2005, n. 25042, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2006, 1, p. 79.

⁸⁸ In *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, p. 492 ss.

⁸⁹ Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 16.

⁹⁰ Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 18.1.

⁹¹ Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 18.8.

Che si debba parlare di atto pubblicistico e non privatistico si deduce, tra l'altro, anche da altre due considerazioni⁹². Innanzitutto, dal fatto che quando il legislatore ha inteso affermare la natura privatistica di un atto lo ha fatto qualificandolo con il corrispondente termine privatistico: di qui la distinzione tra provvedimento (amministrativo, appunto) di conferimento dell'incarico⁹³ e stipula del "contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico" e che "accede" al predetto provvedimento (art. 19, comma 2, d. lgs. n. 165/2001)⁹⁴. In secondo luogo, tale provvedimento è proprio quello che conclude "una delle procedure concorsuali per l'assunzione, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del testo unico n. 165 del 2001"⁹⁵. Soltanto tale lettura del disposto dell'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, è capace di conferirne un senso *secundum Constitutionem* sia quanto al rispetto del principio di legalità che del principio del concorso pubblico quale ordinario sistema di reclutamento degli impiegati pubblici⁹⁶.

Dalla qualificazione del provvedimento di conferimento dell'incarico come provvedimento amministrativo autoritativo adottato all'esito di un procedimento concorsuale e nel pieno esercizio di un potere amministrativo, ex art. 7, c.p.a., ne deriva la impugnabilità davanti alla giurisdizione generale di legittimità.

In altri termini, quella prevista dall'art. 14, comma 2-*bis*, del d.l. n. 83 del 2014 è una procedura derogatoria

⁹² Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 18.2, ad avviso del quale (§ 18.3) "la natura pubblicistica del provvedimento di nomina di un dirigente dello Stato è connaturata alla natura del potere così esercitato dal componente del Governo e risale alla tradizione ottocentesca: prima dell'entrata in vigore delle riforme di cui ai decreti legislativi n. 29 del 1993 e n. 80 del 1998 (come trasfusi nel testo unico n. 165 del 2001), non si è mai dubitato che fosse impugnabile innanzi al giudice amministrativo il provvedimento di nomina e di investitura di un dirigente statale nelle pubbliche funzioni, su ricorso di chi avesse interesse a conseguire una tale nomina".

⁹³ Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 18.8.

⁹⁴ Secondo Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 18.5, il legislatore (art. 3, legge n. 145/2002) "in più punti ha conferito il *nomen iuris* di "provvedimento" (proprio del diritto pubblico e di per sé non riferibile al diritto privato o al diritto del lavoro) all'atto con cui vi è l'investitura del dirigente nella carica e nella organizzazione amministrativa" (...).

⁹⁵ Cons. St., sez. VI, 677/2017, cit., § 18.5.2.

⁹⁶ Naturalmente, opposta è la ricostruzione svolta dal Giudice del riparto secondo cui gli atti di conferimento o di revoca degli incarichi dirigenziali hanno natura giuridica di diritto privato o, quanto meno, di atti assunti con i poteri e la capacità del privato datore di lavoro, almeno limitatamente ai casi in cui i destinatari siano già in servizio in qualità di dirigenti. Ciò varrebbe anche nel caso di atti che provvedono a stabilire le linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici ovvero individuano gli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, nonché le dotazioni organiche complessive, purché aventi un riflesso solo soggettivo sulla posizione del singolo ricorrente. In altri termini, spetterebbe al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto il mancato conferimento di incarichi dirigenziali ove il ricorrente contesti la legittimità di provvedimenti organizzativi che abbiano inciso, direttamente o indirettamente, su posizioni di diritto soggettivo derivanti dal rapporto di lavoro (Sez. un., 7 luglio 2008, n. 26799, in *Giustizia civ. Mass.*, 11/2008, p. 1589, nonché in *Foro it.*, n. 10/2009, I, p. 2712). *Contra* Sez. un., 1° dicembre 2009, n. 25254, in *Giust. Civ.*, 2010, 3, I, p. 719, secondo cui "spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo solo la diretta cognizione degli atti recanti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, adottati dalle amministrazioni quali atti presupposti rispetto a quelli di gestione dei rapporti di lavoro, nei confronti dei quali sono configurabili situazioni di interesse legittimo derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto. La giurisdizione appartiene invece al giudice ordinario quando il giudizio investe direttamente atti di gestione del rapporto, anche dirigenziale, in relazione ai quali i suddetti provvedimenti di autoregolamentazione costituiscono solamente atti presupposti". Tale seconda pronuncia esprime il filone giurisprudenziale decisamente dominante che sarà meglio descritto nelle pagine e nelle note successive.

rispetto alla disciplina generale del conferimento degli incarichi dirigenziali. La più importante delle deroghe riguarda proprio la possibilità di conferire gli incarichi, senza alcun limite quantitativo, a soggetti esterni rispetto ai ruoli dirigenziali della pubblica amministrazione. Ne consegue che, non potendo ammettersi che l'investitura in uffici di livello dirigenziale, anche generale, possa ordinariamente avvenire senza concorso, l'unica interpretazione compatibile con l'art. 97, comma 4, Cost. è quella secondo cui la disposizione in esame impone l'attivazione di concorsi pubblici per il conferimento degli incarichi dirigenziali ivi contemplati⁹⁷.

D'altra parte, anche la formulazione testuale della norma non lascia dubbi circa la volontà del legislatore di riferirsi a delle vere e proprie procedure concorsuali: basti pensare che l'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel disciplinare il reclutamento del personale, afferma che esso avviene «*tramite procedure selettive*», sicché appare indubitabile che questa espressione, nel linguaggio del legislatore, equivalga a quella di «concorso pubblico».

Se le considerazioni sin qui esposte sono corrette, occorre trarne la conseguenza per cui, ai fini dell'individuazione del giudice munito della giurisdizione sulle controversie che riguardano le procedure di selezione pubblica di cui all'art. 14, comma 2-*bis*, del d.l. n. 83 del 2014, non si può che fare riferimento alla disposizione dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui «*restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (...)*».

Come si può parlare, infatti, nel caso di specie, di «diritto all'assunzione», come ritenuto dalla Suprema Corte⁹⁸ (laddove, al più, si potrebbe parlare di «*interesse legittimo di diritto privato*»⁹⁹)? Come possono configurarsi atti di gestione di un rapporto di lavoro che ancora non esiste in quanto non costituito? Come è possibile configurare atti di gestione del rapporto di lavoro con soggetti che possono non avere mai avuto alcun rapporto di lavoro con la P.A.? Come possono essere configurati come atti adottati dall'Amministrazione «con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato» degli atti finalizzati

⁹⁷ La portata derogatoria della normativa in esame può essere colta leggendo quanto la giurisprudenza contabile (C. conti, sez. contr. reg. Campania, 9 agosto 2018, n. 102, in *Riv. corte conti*, 2018, 77) ha affermato con riguardo all'applicazione dell'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001. Secondo i giudici contabili, è illegittimo il provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale non generale ad un soggetto esterno, ai sensi dell'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, ove: «a) il provvedimento di conferimento non motivi adeguatamente l'esito negativo della ricerca di personale interno cui conferire l'incarico; b) il bando per l'affidamento dell'incarico ad esterni non contenga una previa e completa indicazione dei criteri valutativi dei curricula e dei titoli presentati dai concorrenti (nella specie, la commissione aveva stabilito dei titoli solo dopo aver ricevuto le domande e aver conosciuto i nominativi dei candidati; c) l'amministrazione abbia escluso dalla partecipazione alla selezione i dirigenti appartenenti a categorie dirigenziali diverse da quelle dei ministeri (nella specie, al ruolo dei dirigenti scolastici)».

⁹⁸ Cfr. Sez. un., 8 novembre 2019, n. 11.

⁹⁹ Cass., sez. lav., ord. 712/2020, cit. nonché, nella giurisprudenza di merito, ad esempio, Trib. Roma, sez. III lav., 21 gennaio 2020, n. 539, che sarà richiamata anche *infra*.

all'immissione di dirigenti pubblici nella P.A., sebbene a tempo determinato?

La debolezza degli argomenti della Cassazione determina, gioco-forza, l'attribuzione della giurisdizione sulle controversie in favore del g.a., ex art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165/2001.

6. Quale tutela del giudice del lavoro?

Comprendere quali fattispecie concrete siano riconducibili alla giurisdizione ordinaria e quali alla giurisdizione amministrativa non è irrilevante. La giurisdizione, qualunque essa sia, è chiamata a fornire la tutela necessaria a riparare la lesione che il ricorrente pretende di aver subito. L'individuazione della giurisdizione non può che rispondere a tale interesse ultimo dell'ordinamento. A conferma di tale premessa maggiore si deve ricordare come “una delle ragioni della scelta della giurisdizione ordinaria” per il pubblico impiego privatizzato “è stata quella di conseguire una maggiore tutela quanto meno in termini retributivi al dipendente pubblico e, contemporaneamente, una maggiore libertà [di] azione laddove possibile per il datore di lavoro pubblico, al fine di perseguire al meglio le esigenze di efficienza ed economicità”¹⁰⁰.

Pertanto, l'indagine sulla individuazione della giurisdizione teoricamente coerente con la natura giuridica delle procedure concorsuali deve essere completata con la verifica, in concreto, del tipo e degli effetti di tutela giudiziaria che il giudice del lavoro e il giudice amministrativo riescono a fornire al dipendente pubblico o all'aspirante dirigente che abbia proposto ricorso.

Infatti, se è vero che - come sostenuto dalle Sezioni della Cassazione e qui contestato - anche sulle procedure selettive finalizzate alla costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro dirigenziale (finanche di livello generale) si radicherebbe la giurisdizione ordinaria, bisogna comprendere quale sia la concreta tutela processuale che il giudice del lavoro sia in grado di accordare al ricorrente che aspiri a quell'incarico e che ne contesti l'assegnazione in favore di altri.

In linea puramente teorica, a partire dalle previsioni normative (art. 63, comma 2, d. lgs. n. 165/2001), la tutela accordata del giudice ordinario potrebbe (e dovrebbe) essere piena. Lo ha ricordato la Corte costituzionale nella sentenza 23 luglio 2001, n. 275¹⁰¹: “Il giudice [del lavoro] adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro”. Anche se è difficile immaginare una

¹⁰⁰ C. E. GALLO, *Ai confini della giurisdizione: le controversie in materia di pubblico impiego*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, vol. II, p. 781 ss.

¹⁰¹ C. cost. 23 luglio 2001, n. 275, in *Lavoro nelle p.a.*, 2001, p. 619, con nota di G. D'ALESSIO, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*, *ivi*, p. 631 ss.

“procedura selettiva a carattere idoneativo” come viene regredito il concorso ad un posto di dirigente museale a tempo determinato, secondo l’orientamento della Cassazione, va ricordato come la Corte costituzionale ha comunque ritenuto che “la cognizione del giudice del lavoro comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali e procedurali, di modo che allo stesso giudice ordinario resta affidata la pienezza della tutela, estesa a tutte le garanzie procedimentali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e quindi comprendente anche i vizi formali”. Anche l’esistenza di un atto amministrativo presupposto non dovrebbe costituire una “limitazione alla competenza del giudice ordinario, quale giudice del lavoro, potendo questi conoscerlo in via incidentale, ai fini della disapplicazione (...), anche quando, nei casi previsti, questo atto presupposto rientri nella sfera assegnata alla giurisdizione amministrativa”¹⁰². Tutto ciò dovrebbe escludere la “esigenza di sospensione del processo civile per il fatto della pendenza di impugnazione dell’atto avanti al giudice amministrativo”¹⁰³: la tutela dovrebbe essere pienamente accordata dal giudice del lavoro “in capo al quale si concentra la titolarità della giurisdizione sulle posizioni soggettive dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, salve le eccezioni previste”¹⁰⁴.

Ne deriverebbe pure, a tutto voler concedere, l’irrilevanza (pratica) dell’indagine (teorica) sulla natura giuridica dell’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale, dal momento che, privatistico o pubblicistico che sia, grazie all’unica cognizione di questo da parte del giudice del lavoro, la tutela giudiziaria accordabile dovrebbe in ogni caso essere pienamente garantita¹⁰⁵.

Tuttavia, come saggiamente colto da una parte della dottrina amministrativistica, “non è affatto scontato che il giudice ordinario dia pienamente valore ai principi 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 ammantasse tale rapporto di insindacabilità”¹⁰⁶. In concreto, infatti, non si riscontra un’attenzione del giudice del lavoro a sindacare effettivamente i profili patologici della funzione amministrativa (così come il g.a. può fare attraverso il prisma dell’eccesso di potere) fino a riconoscere il “diritto all’assunzione” anche laddove in precedenza

¹⁰² “D’altro canto il legislatore ha voluto che, sia pure tenendo conto della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali, le posizioni soggettive degli anzidetti dipendenti delle pubbliche amministrazioni, compresi i dirigenti di qualsiasi livello, fossero riportate, quanto alla tutela giudiziaria, nell’ampia categoria dei diritti di cui all’art. 2907 del codice civile come intesa dalla più recente giurisprudenza di legittimità (...)”: così C. cost. n. 275/2001, cit., § 3 del *Considerato in Diritto*.

¹⁰³ C. cost. n. 275/2001, cit., § 3 del *Considerato in Diritto*.

¹⁰⁴ C. cost. n. 275/2001, cit., § 4 del *Considerato in Diritto*.

¹⁰⁵ In termini, P. COSMAI, *Incarichi dirigenziali: le Sezioni unite riaffermano la natura privatistica dell’atto di nomina e la giurisdizione ordinaria*, in *Azienditalia*, n. 11/2018, p. 1479 ss.

¹⁰⁶ M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, cit., p. 497

il candidato non abbia vantato alcuna relazione giuridica con una determinata Amministrazione.

Analizzando la giurisprudenza del giudice civile in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, si scopre che un primo ostacolo concreto per una tutela piena ed effettiva è rappresentata dalla valutazione “dei profili di urgenza e di danno ai fini della tutela cautelare: a meno che il ricorrente non sia stato lasciato privo di incarico, è ben difficile rinvenire un pericolo rilevante sul piano lavoristico”¹⁰⁷. Ma i problemi maggiori si riscontrano allorché il giudice del lavoro deve valutare il merito della pretesa all’incarico dirigenziale avanzata dal ricorrente. È noto, infatti, che in luogo del vizio dell’eccesso di potere e dei suoi molteplici indici sintomatici, il giudice del lavoro si limita a valutare unicamente il rispetto dei canoni della buona fede e della correttezza, “strumenti alquanto rozzi per indagare la discrezionalità amministrativa (salvo casi davvero plateali)”¹⁰⁸. Di qui la tendenza del giudice del lavoro a limitarsi a “verificare il rispetto formale delle procedure di nomina (quali interPELLI, pareri ecc.), riconoscendo per il resto la sostanziale fiduciarità dell’incarico (e, quindi, l’insindacabilità del relativo potere di nomina)”¹⁰⁹, *magno cum gaudio* del datore di lavoro che, nel pubblico impiego dirigenziale, è, in ultima analisi, l’organo politico che non può che godere del riconoscimento (per via giurisprudenziale) della legittimazione della scelta “fiduciaria”.

I limitati poteri processuali del giudice del lavoro sono aumentati con l’entrata in vigore dell’art. 30,

¹⁰⁷ B. CIMINO, *Il giudice del lavoro che "rema contro"*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, p. 199 ss., qui p. 207.

¹⁰⁸ B. CIMINO, *op. loc. ult. cit.*

Vedasi per tutti, ad esempio, Trib. Roma, sez. III lav., n. 539/2020, cit., secondo cui rivestendo gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali la “natura di determinazioni negoziali assunte dall’amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”, l’Amministrazione datrice di lavoro è tenuta al rispetto dei criteri di massima in esse indicati, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 Cost. Tali norme “obbligano la P.A. a valutazioni anche comparative, all’adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte, senza alcun automatismo della scelta, che resta rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro. Anche nel caso in cui (...) la promozione non sia attuata attraverso concorso o selezione e con conclusiva graduatoria, bensì attraverso una scelta da effettuare sulla base di predeterminati criteri di valutazione, per il principio di correttezza e buona fede, il datore di lavoro ha l’onere di dare adeguata motivazione della scelta e dell’applicazione dei criteri indicati e ogni interessato, in quanto formalmente legittimato alla scelta, ha diritto di conoscere detta motivazione. Ne consegue che, ove la P.A. non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni della selezione, l’illegittimità della stessa richiederà una nuova valutazione, sempre ad opera del datore di lavoro, senza possibilità di un intervento sostitutivo del giudice, salvo i casi di attività vincolata e non discrezionale”. Negli stessi termini, Tribunale Roma, sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1406. La giurisprudenza di merito si adegua, così, al consolidamento orientamento di quella di legittimità: C. Cass., sez. lav., 22 ottobre 2019, n. 26966; Id., 24 settembre 2015, n. 18972; Id., 18 giugno 2014, n. 13687; Id., 3 ottobre 2006, n. 21297.

In questo solco, la giurisprudenza distingue nettamente il caso di illegittima anticipata cessazione dell’incarico dirigenziale da quello del suo mancato (e ugualmente) illegittimo conferimento. In questo senso, e da ultimo, secondo Cass., sez. lav., 28 febbraio 2020, n. 5546, in caso di illegittima cessazione anticipata dell’incarico, il dirigente è titolare di un diritto soggettivo che, se ritenuto sussistente, dà titolo alla reintegrazione (ove possibile) nella funzione dirigenziale ed al risarcimento del danno, mentre, a fronte del mancato conferimento di un nuovo incarico, può far valere un interesse legittimo di diritto privato, correlato all’obbligo per l’amministrazione di agire secondo i canoni della correttezza e buona fede, nonché dei principi di imparzialità, efficienza e buon andamento di cui all’art. 97 Cost., la cui eventuale lesione non legittima la domanda di attribuzione dell’incarico ma solo quella di ristoro dei pregiudizi ingiustamente subiti.

¹⁰⁹ B. CIMINO, *op. loc. ult. cit.*

comma 1, legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro)¹¹⁰ che, anche nelle controversie del lavoro pubblico privatizzato, ha contenuto “il controllo giudiziale (...) esclusivamente (...) all'accertamento del presupposto di legittimità” con espresso divieto di estensione “al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente. L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto”.

Se il lavoro pubblico risulta privatizzato, infatti, a questo vanno estesi i principi tipici del lavoro privato, tra cui anche la libera iniziativa economica che va difesa e garantita rispetto ai tentativi dei lavoratori di contestare le scelte tecniche, organizzative e produttive, che non possono che essere riservate alle valutazioni di merito del datore di lavoro. Tale principio, se ha un condivisibile fondamento e una ragionevole applicazione allorché si tratti di salvaguardare la concreta gestione del rapporto di lavoro già costituito, diventa un odioso e insuperabile ostacolo allorché, in occasione di procedure concorsuali o selettive (che dir si voglia), il candidato intenda contestare l'illegittimità delle scelte del datore di lavoro-organo politico. Tale dato normativo contrasta, all'evidenza, “con la diffusa convinzione che il sindacato (finanche sostitutivo) del giudice civile sulle valutazioni tecniche non conosce limiti di sorta”¹¹¹, ciò che viene smentito immediatamente dalle rassegne giurisprudenziali che non conoscono casi di sindacato sostitutivo del giudice del lavoro rispetto all'operato dell'Amministrazione.

Disposizioni normative e tradizione interpretativa del giudice del lavoro non fanno altro che contribuire a rendere insicura, precaria¹¹² e potenzialmente non meritocratica la selezione della dirigenza. Se tali disturbi fisiologici al sistema di tutela processuale dell'impiego pubblico privatizzato si applicano al caso in cui non si tratta di conferire un incarico dirigenziale a dirigenti di ruolo ma di instaurare *ex novo* rapporti di lavoro dirigenziale, anche di livello dirigenziale generale, si comprende bene come il combinato disposto di norme infelici (art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014), di indebite invasioni di campo della giurisprudenza (in punto di giurisdizione: Sez. un. n. 1413/2019 e 6040/2019) e di scarsa etica pubblica dimostrata dalle Amministrazioni (tendenza al riconoscimento di un carattere di fiduciarità politica o correntizia nella scelta dei dirigenti) consentano, nei fatti, l'immissione nei ruoli dirigenziali, pur se a tempo determinato (e fino a otto anni), di dirigenti, anche generali, assunti con semplici colloqui¹¹³. Quale

¹¹⁰ Su cui P. CERBO, *Il limite del merito nel sindacato sul rapporto di lavoro privatizzato: le recenti riforme legislative*, in B. MARCHETTI - G. FALCON (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, p. 335 ss.

¹¹¹ P. CERBO, *Il limite del merito*, cit., p. 340.

¹¹² B. CIMINO, *La stabilizzazione dei precari e la precarizzazione dei dirigenti*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 4/2019, p. 455 ss.

¹¹³ Sia consentito rinviare a quanto già esposto in A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale. Concetto, problemi, confini*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 40, *sub* nt. n. 22, ove si è osservato che la formulazione dell'art. 14, comma 2-*bis*, d.l.

tutela, dunque, per i candidati pretermessi? Solo un risarcimento per perdita di *chance*, non ricorrendo, spesso, la giurisprudenza del lavoro all'annullamento degli atti di nomina dirigenziale o all'adozione di tecniche di *remand*, e non adottando quasi mai provvedimenti sostitutivi dell'atto di nomina dirigenziale, nonostante la formulazione dell'art. 63, comma 2, d. lgs. n. 165/2001, teoricamente non ponga limite alcuno¹¹⁴.

Rappresenta, infatti, giurisprudenza consolidata che il sindacato sugli atti di conferimento di incarichi dirigenziali vada condotto esclusivamente secondo “criteri generali di correttezza e buona fede”, nonché dei generali “principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 cost., che obbligano la p.a. a valutazioni comparative”, ma “senza alcun automatismo della scelta; questa, infatti, resterebbe “rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo degli aspiranti all'incarico tutelabile ai sensi dell'art. 2907 c.c., anche in forma risarcitoria”¹¹⁵. Tuttavia, ove l'Amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni della selezione, una volta annullato per difetto di motivazione il conferimento di un incarico dirigenziale, la giurisprudenza civile (non la normativa) esclude che il giudice del lavoro possa emettere una pronuncia costitutiva del diritto all'incarico, contrariamente all'ampiezza dei poteri processuali riconosciuti dall'art. 63, comma 2, d. lgs. n. 165/2001, e ribaditi dalla giurisprudenza costituzionale (C. cost. n. 275/2001).

Ne consegue che pur se si addivenga al riconoscimento dell'illegittimità dell'incarico dirigenziale, il giudice del lavoro si limita ad ordinare una nuova valutazione nella quale, presumibilmente, l'Amministrazione potrà motivare in modo ineccepibile la scelta precedentemente assunta. Viene esclusa, di norma, l'adozione di provvedimenti costitutivi o di risarcimento, quest'ultimi ritenuti alternativi rispetto all'azione di adempimento in forma specifica, cioè alla richiesta di nuova valutazione del candidato escluso dalla

n. 83/2014, intenzionalmente “consente il conferimento dell'incarico dirigenziale, finanche di livello generale, non solo a soggetti estranei all'Amministrazione ma anche a personale interno all'Amministrazione del MiBAC pur non in possesso di qualifica dirigenziale, stante il richiamo integrale all'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001 fatto nel d.l. n. 83/2014. La disposizione, dunque, consente al personale interno, anche di recente assunzione in ruoli non dirigenziali, di velocizzare la carriera saltando qualsiasi ragionevole *cursum honorum*, potendo essere finanche preferiti a dirigenti di ruolo. Quando ciò avviene, come è purtroppo avvenuto, sembra tradirsi la pur apprezzabile *ratio* sottesa all'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, consistente nella ricerca nel mercato professionale esterno all'Amministrazione conferente di quanto non sia rinvenibile nei *ruoli dirigenziali* interni. Affinché sia difendibile, anche nella prassi, la soluzione normativa del 2014, basterebbe leggere rigorosamente l'art. 14, comma 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, così concludendo che tanto nel 1907 [grazie all'art. 29, legge n. 386/1907] quanto nel 2014, determinati ruoli apicali risultino conferibili unicamente ad esperti nella *gestione* del patrimonio culturale, e non nelle tipiche materie del patrimonio culturale (storia dell'arte, archeologia etc.), siano rinvenibili o meno nei *ruoli dirigenziali* interni all'Amministrazione dei beni culturali conferenti l'incarico; laddove agli inizi del Novecento erano considerati apicali i ruoli funzionali alla *tutela* per i quali, giustamente, apparivano coerenti le professionalità collegate alla storia dell'arte e dell'archeologia. Tali profili appaiono di importanza decisamente maggiore rispetto a quelli della nazionalità dei direttori degli istituti e luoghi della cultura, per quanto siano stati, ad oggi, unicamente tali aspetti a ricevere attenzione giurisprudenziale, come si desume dall'*excursus* culminato in Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2018, n. 9”.

¹¹⁴ Come ricordato anche dalla veduta C. cost. n. 275/2001.

¹¹⁵ Cass. civ., Sez. lav., 24 settembre 2015, n.18972, in *Lavoro nelle p.a.*, n. 5/2015, p. 724.

nomina¹¹⁶.

In sintesi, ciò che viene riconosciuto dal giudice del lavoro anche nel caso di conferimenti di incarichi dirigenziali illegittimi per violazione dei criteri di correttezza e buona fede è “solo una pretesa risarcitoria (del candidato non prescelto) per perdita di *chances*, ma non l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico dell'altro concorrente, né tanto meno una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro dirigenziale”¹¹⁷.

Il tentativo delle Sezioni unite della Cassazione, fino ad oggi riuscito, di assimilare (erroneamente) la selezione di candidati alla dirigenza statale alla scelta (fiduciaria?) dei dirigenti medici di strutture complesse comporta, per conseguenza che si pretenderebbe qualificare anche tale scelta in senso “fiduciario”, *id est* arbitrario e (potenzialmente) rispondente a logiche politiche o correntizie di varia natura. Infatti, nella nomina dei dirigenti medici di strutture complesse si ritiene che “il direttore generale non sia tenuto a motivare la propria scelta fiduciaria” essendo ispirata unicamente al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione” la cui violazione “costituisce fonte di responsabilità risarcitoria nei confronti dei candidati non prescelti, ma non determina, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda, l'invalidità dell'atto”, con la conseguenza che “il dipendente non può addurre tale criterio come obbligazione sussidiaria e strumentale rispetto alle obbligazioni che in generale sorgono per effetto dell'instaurazione di un rapporto di lavoro”¹¹⁸.

¹¹⁶ V. ad esempio Trib. Roma, sez. III lav., n. 539/2020, cit. in cui all'annullamento del DPCM di nomina di un dirigente generale segue solo la rimessione all'Amministrazione della nuova valutazione emende dai vizi riscontrati in sede giurisdizionale, senza, però, “attribuire l'incarico alla ricorrente, poiché la ritenuta illegittimità del provvedimento adottato implica l'esercizio di una nuova valutazione, pur sempre rimessa al datore di lavoro, al quale non può sostituirsi il giudice, salvo che non si tratti, e non è il caso di specie, di attività vincolata e non discrezionale”. Il che appare la negazione dell'ampiezza dei poteri attribuiti proprio al giudice del lavoro dall'art. 63, comma 2, d. lgs. n. 165/2001. Non consegue neanche l'accoglimento della domanda risarcitoria “sia perchè essa è alternativa alla domanda di adempimento in forma specifica sia perchè la fondatezza della stessa presuppone, nei termini in cui è formulata, comunque un esito della procedura di conferimento dell'incarico in questione che veda nella ricorrente l'avente diritto al medesimo”.

Sulla quantificazione del risarcimento danni, v. Cass. civ., sez. lav., 10 novembre 2017, ord. n. 26694, in *Dir. relazioni ind.*, 2019, 331, con nota di A. PRINCIPE NICOLUSSI, secondo cui “in tema di diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance* per mancato conferimento di incarico dirigenziale, è ammissibile la liquidazione equitativa, sicché il risarcimento può essere quantificato in una percentuale del trattamento retributivo spettante al dirigente, commisurata al grado di probabilità di ottenimento dell'incarico stesso, tenuto conto dell'esperienza professionale del dirigente e del numero di incarichi conferitigli in precedenza senza valutazione comparativa”.

¹¹⁷ Cass. civ., sez. lav., 6 dicembre 2012, n. 21943, in *Ragiusan*, 2013, 351, p. 229.

¹¹⁸ Cass. civ., sez. lav., n. 21943/2012, cit.