

11 OTTOBRE 2017

I differenti orientamenti
giurisprudenziali in materia di accesso
al pubblico impiego, fra atteggiamenti
di chiusura e approcci più attenti al
diritto dell'Unione europea

di Francesco Battaglia

Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea
Sapienza – Università di Roma

I differenti orientamenti giurisprudenziali in materia di accesso al pubblico impiego, fra atteggiamenti di chiusura e approcci più attenti al diritto dell'Unione europea *

di Francesco Battaglia

Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea
Sapienza – Università di Roma

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** La questione della direzione dei musei nazionali alla luce della legislazione italiana vigente. **3.** La normativa europea in materia di accesso al pubblico impiego e cittadinanza. **4.** Le sentenze del TAR Lazio in materia e il mancato richiamo al diritto dell'Unione europea. **5.** La disattenzione del legislatore nella vicenda della direzione dei poli museali di rilevante interesse nazionale. **6.** L'orientamento interpretativo del Consiglio di Stato in materia di accesso alla pubblica amministrazione da parte di cittadini di altri Stati membri. **7.** La pronuncia del Tribunale del lavoro di Firenze sull'ammissione al concorso per assistenti giudiziari. **8.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Negli ultimi mesi, la questione delle deroghe alla libera circolazione dei lavoratori applicabili al settore della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 45(4) del TFUE, è stata al centro del dibattito pubblico italiano. L'attenzione per questa tematica, che nel recente passato era stata già oggetto di alcune importanti *querelle* giudiziarie, è stata risvegliata da una serie di decisioni dei Giudici amministrativi riguardanti la direzione dei poli museali di rilevante interesse nazionale. Alcune di queste decisioni, infatti, hanno pure sollevato aspre polemiche a livello istituzionale.

L'evoluzione di questa vicenda giudiziaria, unitamente ai precedenti giurisprudenziali, offre interessanti spunti di riflessione agli studiosi del diritto dell'Unione europea, non solo per gli aspetti che riguardano, nello specifico, la libera circolazione dei lavoratori, ma, più in generale, per quanto concerne l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte delle giurisdizioni italiane. Infatti, come si dirà, nel risolvere la controversia, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (di seguito TAR Lazio) ha prestato una scarsissima (o meglio nulla) attenzione all'applicazione delle norme di diritto dell'Unione europea rilevanti nella fattispecie. Diversamente, il Consiglio di Stato, si è mostrato, molto puntuale nel ricostruire anche i consolidati orientamenti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia europea. Anche in passato, d'altronde, il Consiglio di Stato aveva già ribaltato una decisione del TAR riguardante l'applicazione della

* Articolo sottoposto a referaggio.

riserva ex art. 45 (4) TFUE, dal momento che questa non teneva adeguatamente conto della normativa e della giurisprudenza europea.

Invero, anche al di fuori della giustizia amministrativa esistono dei precedenti in materia, di cui si dirà, nei quali i giudici nazionali hanno giustamente interpretato la legislazione italiana in maniera strettamente conforme alle norme europee ed alla giurisprudenza della Corte di giustizia. L'approccio di chiusura al diritto dell'Unione europea seguito dal TAR sembra, quindi, avere un carattere di eccezionalità nella prassi giudiziaria italiana.

Venendo, quindi, alla vicenda in esame, il capitolo più importante della saga giudiziaria sui direttori dei musei è certamente costituito da due sentenze del TAR Lazio del 24 maggio 2017¹, con le quali sono stati annullati gli atti delle selezioni per l'affidamento degli incarichi dirigenziali del Palazzo Ducale di Mantova, della Galleria Estense di Modena e dei Musei archeologici nazionali di Taranto, Napoli e Reggio Calabria. Tali decisioni, la cui efficacia al momento è stata sospesa da due ordinanze del Consiglio di Stato², hanno provocato una dura reazione da parte del Ministro dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, Dario Franceschini³. Secondo il Ministro, infatti, il TAR Lazio avrebbe mal interpretato quanto disposto dalla riforma del MIBACT del 2014, il cui obiettivo è anche quello di adeguare l'Italia agli "standard internazionali" in materia di musei, per migliorare la promozione dello sviluppo della cultura. Ripercorrendo rapidamente le tappe che hanno portato alle decisioni di cui trattasi, si deve, ricordare che con d.l. 31 maggio 2014⁴, convertito in legge il 29 luglio successivo⁵, sono state introdotte una serie di disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo. Nell'ambito di questo testo normativo, è stato previsto che, per il fine già richiamato, cioè di adeguare l'Italia agli "standard internazionali" in materia di musei e di migliorare la promozione dello sviluppo della cultura, sono stati individuati i poli museali e gli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale

¹ Tribunale amministrativo Regionale per il Lazio, sentenze 24 maggio 2017, n. 6170 e 6171.

² Consiglio di Stato, ordinanze 2471 e 2472, 15 giugno 2017.

³ A questo proposito si può vedere il comunicato stampa ufficiale pubblicato sul sito del MIBACT, disponibile al link http://www.beniculturali.it/mibac/export/MiBAC/sito-MiBAC/Contenuti/MibacUnif/Comunicati/visualizza_asset.html_1902933900.html. Inoltre, è possibile leggere le dichiarazioni rilasciate dal Ministro ai principali mezzi d'informazione nazionali, ai quali ha mostrato grande preoccupazione per le conseguenze che le decisioni del TAR possono avere per l'immagine dell'Italia nel mondo. Si veda, ad esempio, *Il Tar annulla nomine musei, Franceschini: «Figuraccia di fronte al mondo»*, in *Il Messaggero*, disponibile on line su http://video.ilmessaggero.it/politica/franceschini_musei_non_do_lettura_politica_ma_registro_grande_dolore_cio_comporta-2462481.html. Ultimo accesso ai siti indicati il 13 giugno 2016.

⁴ Decreto legge 31 maggio 2014, n. 83, Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 125, 31 maggio 2014, pp. 5-15.

⁵ Legge 29 luglio 2014, n. 106, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83, recante disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 175, 30 luglio 2014, pp. 1-9.

che costituiscono uffici di livello dirigenziale. Gli incarichi relativi a tali uffici 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, anche in deroga ai limiti sulla dotazione organica previsti dalla legge. L'obiettivo perseguito dal legislatore sembra, quindi, quello di avviare procedure di selezione straordinaria, per affidare la direzione dei principali poli museali italiani a persone altamente qualificate, anche al di fuori del novero dei dipendenti del MIBACT ed oltre i limiti dei contingenti fissati dalla legge, con il fine ultimo di stimolare la crescita complessiva del settore culturale e turistico del nostro Paese⁶. In altri termini, seguire i modelli di gestione adottati a livello internazionale, per migliorare l'attrattività dei nostri principali siti culturali e turistici. Intento che, come detto, era stato sostanzialmente ridimensionato dal Tar Lazio lo scorso maggio, quando ha annullato gli incarichi conferiti in 5 dei 20 musei per i quali era stata bandita, attraverso un decreto emanato il 7 gennaio 2015 dal MIBACT⁷, la sopra indicata procedura straordinaria di selezione.

I motivi di annullamento presenti nelle due decisioni del TAR Lazio investono tre profili principali: *a)* la cittadinanza non italiana di alcuni dei nominati, *b)* la trasparenza della procedura e *c)* i criteri di valutazione. Tralasciando gli ultimi due aspetti, nella presente analisi ci si soffermerà soltanto sulla questione della cittadinanza⁸, dal momento che questa si presta ad essere esaminata alla luce delle disposizioni del diritto

⁶ Riguardo le finalità, più in generale, della riforma in questione e le motivazioni d'urgenza che hanno indotto ad agire attraverso d.l., si può leggere la relazione del 24 giugno 2014 della Commissione affari costituzionali, nella quale viene messo in evidenza che l'obiettivo principale è quello di : «Porre immediato rimedio allo stato di emergenza e degrado in cui versano numerosi siti culturali italiani, con particolare riguardo all'area archeologica di Pompei, al complesso della Reggia di Caserta e alle aree colpite da calamità naturali quali la Regione Abruzzo e la città di L'Aquila; di rilanciare il turismo al fine di promuovere l'imprenditorialità turistica e di favorire la crescita di un settore produttivo strategico per la ripresa economica del Paese, nonché di assicurare la competitività dell'offerta turistico-culturale italiana, anche mediante processi di digitalizzazione e informatizzazione del settore; di assicurare, nell'ambito della più ampia politica di revisione della spesa, l'organica tutela di interessi strategici sul piano interno e internazionale, tramite interventi sulla organizzazione, sui procedimenti e sul personale del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e di ENIT-Agenzia nazionale del turismo». Commissione affari costituzionali, Dossier n. 72 - Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale 24 giugno 2014.

⁷ Le 20 posizioni che erano state individuate in una precedente nota del Ministro, del 5 gennaio 2015, sono 7 per gli uffici di livello dirigenziale generale [Galleria Borghese (Roma); Gallerie degli Uffizi (Firenze); Galleria Nazionale d'Arte Moderna e Contemporanea (Roma); Gallerie dell'Accademia (Venezia); Museo di Capodimonte (Napoli); Pinacoteca di Brera (Milano); Reggia di Caserta (Caserta)] e 13 per gli uffici di livello dirigenziale non generale [Museo Archeologico Nazionale (Reggio Calabria); Museo Archeologico Nazionale (Taranto); Galleria dell'Accademia (Firenze); Museo Nazionale del Bargello (Firenze); Galleria Estense (Modena); Galleria Nazionale delle Marche (Urbino); Palazzo Ducale (Mantova); Galleria Nazionale dell'Umbria (Perugia); Palazzo Reale (Genova); Parco archeologico di Paestum (Paestum); Gallerie Nazionali d'arte antica (Roma); Musei Reali di Torino; Museo Archeologico Nazionale (Napoli)].

⁸ In generale, delle 20 posizioni bandite, 7 sono state assegnate ad esperti non italiani, tutti cittadini dell'Unione europea (3 tedeschi, 2 austriaci, 1 britannico e 1 francese). Più precisamente, Eike Schmidt, storico dell'arte tedesco, ha assunto la direzione della Galleria degli uffizi di Firenze; Sylvain Bellenger, storico dell'arte francese, del Museo di Capodimonte di Napoli; James Bradburne *museologist manager* culturale britannica, della Pinacoteca di Brera a Milano; Cecilie Hollberg, storica e manager tedesca, della Galleria dell'accademia di Firenze; Peter Aufreiter, storico

dell'Unione europea. Come, infatti, messo in evidenza da alcuni studiosi ed opinionisti, sembra che, nell'esame di entrambi i casi, il TAR non abbia dovutamente preso in considerazione la normativa europea in vigore sulla libera circolazione delle persone, così come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, sebbene questa prevalga sulla legislazione nazionale. Fra i commenti più autorevoli, ad esempio, ha avuto larga eco nei media l'opinione espressa da Sabino Cassese, il quale ha affermato che la direzione dei musei deve essere aperta ai cittadini dell'UE, secondo quanto disposto dalle regole europee sulla libera circolazione dei lavoratori, dalla giurisprudenza europea in materia e dalla legge italiana, come anche interpretata dalla giurisprudenza italiana⁹. Tali critiche hanno trovato conferma in alcune recenti decisioni del Consiglio di Stato. Quest'ultimo, in primo luogo, in attesa della decisione di merito sull'appello proposto dal MIBACT, ha sospeso l'efficacia delle due sentenze del TAR Lazio di cui si discute¹⁰, consentendo così ai direttori stranieri precedentemente nominati di tornare ad esercitare le proprie funzioni¹¹. Inoltre, il 20 luglio 2017 ha deciso un'altra controversia, riconoscendo nella relativa sentenza che la direzione del Parco archeologico del Colosseo possa essere affidata a cittadini dell'Unione non in possesso della cittadinanza italiana. .

Di seguito, quindi, si procederà, innanzitutto, ad esaminare la pertinente legislazione italiana, per passare, successivamente, ad analizzare il contenuto e la portata delle regole europee, alla luce degli orientamenti interpretativi della Corte di giustizia europea. Infine, tenendo conto del quadro giuridico di riferimento, nazionale ed europeo, si esamineranno criticamente le sentenze del TAR, alla luce sia delle più recenti decisioni del Consiglio di Stato sia della prassi degli altri organi giudiziari italiani che si sono occupati della stessa materia. L'obiettivo sarà quello di riflettere, in generale, sulla materia della libera circolazione dei lavoratori nell'ambito del pubblico impiego e sulla sua applicazione in Italia. A questo proposito, fra l'altro, lo scrivente è del parere che nella vicenda legata alla direzione dei musei, la legislazione sulla libera circolazione dei lavoratori non sia stata ignorata solo dai giudici del Tar Lazio, ma anche da tutti gli altri attori coinvolti in questa vicenda, a cominciare dal legislatore, fino alla difesa erariale nei cennati giudizi.

dell'arte. Austriaco, della Galleria nazionale delle Marche di Urbino; Gabriel Zuchtriegel, archeologo tedesco, del Parco archeologico di Paestum; Peter Assmann, storico dell'arte austriaco, del Palazzo Ducale di Mantova.

⁹ *L'intervista a Sabino Cassese, «Ormai sono insostenibili i costi del tempo perduto»*, in *Il Messaggero*, 26 maggio 2017, p. 3.

¹⁰ Consiglio di Stato (sezione sesta), ordinanza 2472, 15 giugno 2017.

¹¹ Dopo le sentenze 6170 e 6171 del TAR Lazio, il Ministero dei beni e delle Attività Culturali e del Turismo, per assicurare la necessaria continuità dell'attività gestionale, aveva designato cinque direttori supplenti. Nello specifico, aveva incaricato, 1) per il Palazzo Ducale di Mantova il direttore del Polo Museale della Lombardia; 2) per le Gallerie Estensi di Modena, il direttore del Polo museale dell'Emilia Romagna; 3) per il museo Nazionale Archeologico di Napoli, il direttore del Polo museale della Campania; 4) per il Museo Archeologico Nazionale di Taranto, il direttore del Polo museale della Puglia; 5) per il Museo Archeologico Nazionale di Reggio Calabria, il direttore del Polo museale della Calabria.

2. La questione della direzione dei musei nazionali alla luce della legislazione italiana vigente

Le decisioni del TAR Lazio originano dai ricorsi proposti da due partecipanti alle procedure di selezione per l'affidamento dell'incarico dirigenziale in alcuni dei poli museali ritenuti di particolare interesse nazionale. Il principale motivo di doglianza avanzato da entrambi i ricorrenti, ambedue esclusi nelle fasi finali di selezione¹², riguarda l'ammissione alla procedura di reclutamento di alcuni candidati, cittadini dell'Unione europea, non in possesso della cittadinanza italiana. Quest'ultima, a loro parere, avrebbe dovuto, invece, essere considerata un requisito essenziale per poter concorrere, in applicazione di quanto disposto dalla vigente legislazione italiana sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Il quadro normativo di riferimento, quindi, è costituito dal decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001¹³, il cui contenuto, quantomeno nella parte che interessa ai fini della presente analisi, cioè quella sull'accesso al pubblico impiego dei cittadini degli Stati membri della Unione europea, riprende testualmente il dettato normativo del precedente decreto legislativo n. 29 del 3 febbraio 1993¹⁴. Tale decreto, all'articolo 38, stabilisce che i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale.

Successivamente, attraverso la legge europea n. 97 del 6 agosto 2013¹⁵, la disciplina prevista dall'art. 38 del dlgs 165/2001 è stata ampliata, estendendone l'applicazione anche ad alcune categorie di cittadini di

¹² Per quanto concerne le modalità di svolgimento della selezione, secondo quanto previsto dal bando, una volta esaminate dalla Commissione le domande pervenute e valutati il contenuto ed i titoli indicati nel curriculum e nelle lettere di motivazione, sarebbero stati individuati non più di dieci candidati per ciascuna posizione dirigenziale messa a concorso da invitare ad un colloquio. All'esito del colloquio, la Commissione, sempre per ciascuna posizione da coprire, avrebbe proposto al Ministro o al direttore generale dei musei una terna di candidati all'interno della quale sarebbe stato scelto il vincitore della selezione per ogni istituto museale. Il primo ricorrente, Francesco Sirano, aveva presentato domanda per il Museo Archeologico Nazionale di Napoli, il Parco Archeologico di Paestum, il Museo archeologico nazionale di Reggio Calabria, il Museo archeologico nazionale di Taranto. A seguito della procedura, è stato inserito per tutti e 4 i poli museali nella prima decina, ma solo per il Parco archeologico di Paestum, per la cui direzione è stato poi nominato l'archeologo tedesco Gabriel Zuchriegel, è stato inserito nella terna finale. L'altra ricorrente, Giovanna Paolozzi Maiorca Strozzi, invece, ha partecipato alla selezione per il Palazzo Ducale di Mantova e la Galleria Estense di Modena. In entrambe le procedure è stata inserita nella prima lista di 10 nominativi, ma non inclusa nella terzina finale.

¹³ Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 106, 9 maggio 2001, Supplemento Ordinario n. 112.

¹⁴ Decreto legislativo, 3 febbraio 1993, n. 29, Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 30, 6 febbraio 1993.

¹⁵ Le 6 agosto 2013, n. 97, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n.194, 20 agosto, 2013. In materia, v., M. GNES, *I diritti dei cittadini di paesi terzi nella legge europea 2013*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2014, pp. 9-14.

Paesi terzi, cioè *a*) ai familiari di cittadini dell'Unione non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente; *b*) ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello *status* di rifugiato, ovvero dello *status* di protezione sussidiaria. Un simile ampliamento dell'ambito di applicazione si è reso necessario a seguito di due rilievi critici mossi dalla Commissione europea attraverso il sistema *EU Pilot*, cioè quel meccanismo pre-contenzioso tramite il quale la Commissione, in tutti quei casi in cui non ha un'opinione chiara sulla corretta applicazione del diritto UE, trasmette, attraverso un apposito *database on line*, le opportune richieste di informazione agli Stati membri, i quali hanno 10 settimane per fornire una risposta. Uno strumento, quindi, che fornisce alla Commissione un'ulteriore possibilità per assicurare la corretta applicazione della legislazione europea, senza dovere ricorrere all'apertura di una vera e propria procedura di infrazione¹⁶.

Nel caso specifico, si trattava di due procedure pre-contenziose¹⁷ attraverso le quali la Commissione ha fatto presente all'Italia che l'esclusione dai concorsi pubblici dei cittadini di Paesi terzi familiari di cittadini UE, dei rifugiati e titolari di protezione sussidiaria e dei lungo soggiornanti, sarebbe stata in contrasto con le direttive europee 2003/109¹⁸, 2004/38¹⁹, 2004/83²⁰. Al fine di evitare una procedura di infrazione, quindi, l'Italia con la legge europea del 2013 ha accolto i rilievi avanzati dalla Commissione.

Tuttavia, nonostante l'intervento legislativo del 2013, nell'articolo 38 del dlgs 165/2001 continuano a persistere alcuni aspetti incompatibili con il diritto dell'Unione europea. Da una lettura testuale della norma, infatti, si evince che i soggetti rientranti nelle categorie appena indicate possono essere esclusi da due tipologie di impieghi pubblici, cioè *a*) quelli che implicano l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, *b*) quelli che attengono alla tutela dell'interesse nazionale. Così formulata, pertanto, sembra che tale disposizione consideri queste due eccezioni come alternative fra loro e non cumulative. Una simile interpretazione, come si dirà più approfonditamente di seguito, è in contrasto con quanto stabilito nel

¹⁶ Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione. *Un'Europa dei risultati – applicazione del diritto comunitario*, Bruxelles, 5 settembre 2007, COM(2007) 502 def.

¹⁷ EU Pilot 1769/11/JUST e 2368/11/HOME.

¹⁸ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, del 23 gennaio 2004, L 016 pp. 44 - 53

¹⁹ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, 30 aprile 2005, L158, pp. 77-123.

²⁰ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, 30 settembre 2004, L304, pp. 12-23.

diritto dell'Unione europea La Corte di giustizia, infatti, in più occasioni ha precisato che uno Stato può riservare ai propri cittadini l'accesso agli impieghi pubblici solo nel caso in cui questi comportino sia l'esercizio di pubblici poteri, sia la tutela di un interesse essenziale²¹.

Inoltre, a prescindere dalle questioni di diritto dell'Unione europea, di cui si argomenterà successivamente, si deve mettere in evidenza che il testo del dlgs 165/2001 contiene solo una definizione di carattere generale dei possibili casi di deroga, lasciando al Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di adottare una lista dettagliata di incarichi riservabili ai soli cittadini italiani. Detta lista, in realtà, è stata adottata con un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1994²², emanato subito dopo l'adozione del precedente dlgs sul pubblico impiego, cioè il n. 29 del 1993. Infatti, quando nel 2001, con il dlgs n. 165 la materia è stata modificata, la Presidenza del Consiglio dei Ministri non ha ritenuto di dover aggiornare la lista ormai vecchia di dieci anni. Una simile decisione è probabilmente dovuta al fatto che, come già detto, le disposizioni sulle riserve di posti ai cittadini italiani sono riamaste immutate.

Tuttavia, lo scrivente è del parere che, anche se l'art. 38 del dlgs 165/2001 non introduce alcuna novità rispetto all'art. 37 del precedente dlgs 29/1993, nel 2001, o anche successivamente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri avrebbe dovuto comunque aggiornare il contenuto del DPCM 174/1994, in modo da adeguarlo alla giurisprudenza europea nel frattempo sviluppatasi. Allo stato attuale, infatti, la questione più importante non è che il DPCM 174/1994 sia temporalmente precedente al dlgs 165/2001, ma che la sua adozione risalga ad un periodo in cui non si era ancora consolidata l'ormai ampia prassi della Corte di giustizia. Quest'ultima, attraverso una giurisprudenza sempre più evolutiva, ha precisato negli anni che le norme tese a riservare gli impieghi pubblici ai soli cittadini nazionali devono essere interpretate in maniera particolarmente restrittiva.

Per quanto concerne, più in dettaglio, il contenuto del DPCM 174/1994, questo dispone che non si può prescindere dal requisito della cittadinanza italiana per gli impieghi nella pubblica amministrazione che contemplano l'esercizio delle seguenti funzioni: *a)* funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; *b)* funzioni di controllo di legittimità e di merito. Fra questi, quindi, indica, *i)* posti di dirigenti delle amministrazioni dello Stato e posti dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni, comprese quelle periferiche, *ii)* i posti di magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, avvocati e procuratori dello Stato; *iii)* posti dei ruoli civili e militari

²¹ J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector Current Issues and State of Play*, Part II – Country Files, Report for the European Commission, 2010, pp. 75 ss.

²² Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174, Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, n.61, 15 marzo 1994, pp. 3-7. Decreto modificato dal successivo Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 ottobre 1994, n. 623, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, n. 261, 8 novembre 1994, pp. 32-34.

della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa, del Ministero dell'Economia e delle finanze e del Corpo forestale dello Stato.

Di quelle elencate, soprattutto la prima categoria, cioè quella dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni, sembra formulata in maniera troppo vaga e suscettibile di interpretazioni oltremodo estensive, contrariamente a quanto stabilito in materia dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Pertanto, appare evidente che il contenuto dell'articolo 38 del dlgs 165/2001 e la lista inserita nel DPCM 174/1994 non possano ritenersi due strumenti esaustivi, sia per la portata troppo ampia di alcune loro disposizioni, sia per il fatto che questi non tengono conto dell'evoluzione che la disciplina europea ha conosciuto negli ultimi 15 anni, soprattutto grazie all'opera svolta dalla Corte di giustizia. Per tale motivo, l'interprete deve verificare di volta in volta se un determinato impiego debba essere ricompreso fra quelli per il cui svolgimento non si può prescindere dalla nazionalità italiana.

Nel caso in esame, i ricorrenti, non curanti del fatto che le innovazioni apportate dal diritto dell'Unione europea alla disciplina sull'accesso pubblico impiego devono essere applicate anche in Italia, hanno impostato la loro azione giudiziaria davanti al TAR, almeno nella parte che riguarda la cittadinanza di alcuni loro concorrenti, esclusivamente su una presunta erronea applicazione della normativa italiana appena richiamata, cioè l'art. 38 del dlgs 165/2001. In questo modo, però, hanno trascurato il fatto che, da quando l'Italia ha ratificato il Trattato istitutivo della Comunità economica europea, entrato in vigore nel lontano 1° gennaio 1958 e modificato dai ben noti trattati di riforma, il giudice italiano deve interpretare la legislazione nazionale in maniera conforme alle norme europee e alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Sebbene possa sembrare scontato, infatti, occorre ricordare che, come ribadito anche in seno alla Conferenza intergovernativa che ha portato al Trattato di Lisbona, «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza»²³.

²³ Si veda, Dichiarazione n. 17, relativa al primato, allegata al Trattato di Lisbona. In materia, come noto, esiste una consolidata giurisprudenza, che muove dalla celebre sentenza *Costa c. Enel* del 15 luglio 1964 e che è stata successivamente approfondita sempre più in dettaglio dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in diverse altre pronunce, come, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, 17 dicembre 1970, ECLI:EU:C:1970:114; *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, 106/77, 9 marzo 1978, ECLI:EU:C:1978:49; *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, 13 novembre 1990, ECLI:EU:C:1990:395; *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, C-213/89, 19 giugno 1990, ECLI:EU:C:1990:257; *Thomas Pringle v Government of Ireland and Others*, C-370/12, 27 novembre 2012, ECLI:EU:C:2012:756.

Principio di supremazia del diritto dell'UE che è stato accolto anche dalla Corte costituzionale italiana, in applicazione di quanto disposto dall'art. 11 della Costituzione²⁴.

Alla luce di ciò, prima di prendere in esame le argomentazioni del giudice amministrativo di prime cure, appare necessario fare alcune riflessioni sulla legislazione europea vigente nella materia *de quo*, in modo da avere un quadro normativo completo sulla questione.

3. La normativa europea in materia di accesso al pubblico impiego e cittadinanza

Sotto il profilo del diritto dell'Unione europea, la vicenda in esame è inquadrabile nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori²⁵. Questa, che è da considerare come uno dei capisaldi dell'ordinamento giuridico europeo e che è garantita sin dal Trattato di Roma che istituisce la Comunità economica europea, trova il proprio fondamento giuridico nel divieto di discriminazione fra i cittadini degli Stati membri. Per tale ragione, la libertà in parola deve essere interpretata in maniera estensiva, mentre qualsiasi eccezione volta a limitarne l'applicazione deve essere intesa in senso restrittivo²⁶.

Fra le limitazioni previste dai trattati, l'art. 45(4) del TFUE stabilisce che le disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione, poiché, come precisato già da tempo dalla Corte di giustizia, l'impiego nella pubblica amministrazione presuppone «l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti

²⁴ Per ovvie ragioni, in questa sede non si può argomentare sugli effetti che potrebbero discendere in relazione all'ordinanza di rinvio della nostra Corte costituzionale n. 24/2017, sul c.d. caso *Taricco II*.

²⁵ Per quanto riguarda la libera circolazione dei lavoratori, con particolare riferimento all'impiego nella pubblica amministrazione, si veda, E. SPAVENTA, *The Free Movement of Workers in the Twenty First Century*, in *The Oxford Handbook of European Union Law*, 2015, pp. 457-476; A. ADINOLFI, art. 45 TFUE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 669-717; M. COLUCCI, Art. 45 TFUE, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, pp. 719 ss.; M.-I. PRAVITA, *The Access of EU Citizens to the Public Service: A Comparative Analysis*, in *Review of European Studies*, 2010, pp. 18-34; J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment: The Impact of European Community Law*, Groningen, 2001; J. GUILLÉN; J. A. FUENTETAJA, *Free movement of workers and public administration: the European Court of Justice doctrine on the interpretation of the scope of Article 39 (4) EC*, in *Revue européenne de droit public*, 1999, pp. 1529-1593; B. NASCIMEBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, pp. 67-80; M. JAEGER, *La notion d'"emploi dans l'administration publique" au sens de l'article 48, paragraphe 4, du Traité CEE, a travers la jurisprudence de la Cour*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, pp. 785-802; L. DUBOUIS, *La notion d'emplois dans l'administration publique (art. 48, paragr. 4 Traité C.E.E.) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics*, in *Revue française de droit administrative*, 1987, pp. 949-962; G. DRUESNE, *La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les "emplois dans l'administration publique" (sur un arrêt t du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes)*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, pp. 286-300.

²⁶ V., su tutte, Corte di giustizia, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c Jean-Marc Bosman e altri e Union des associations européennes de football (UEFA) c Jean-Marc Bosman*, C-415/93, 15 dicembre 1995, ECLI:EU:C:1995:463.

dello Stato nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza»²⁷.

Dalla lettura dell'art. 45(4) TFUE, il cui contenuto riprende testualmente quello dell'art. 48(4) del Trattato CEE (in seguito art. 39.4 Trattato CE), si evince chiaramente come tale disposizione indichi solo un principio di natura generale, che avrebbe dovuto essere integrato attraverso norme di diritto derivato. Infatti, se fosse intesa in maniera testuale, questa norma risulterebbe particolarmente complicata da applicare, in quanto riconoscerebbe agli Stati la facoltà di ricorrere ad una generica deroga alla libera circolazione dei lavoratori relativamente all'insieme degli impieghi nella pubblica amministrazione. Una simile interpretazione, tuttavia, è troppo ampia e palesemente in contrasto con il fine primario perseguito dalla disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori, cioè quello di permettere ai cittadini europei di spostarsi liberamente su tutto il territorio dell'Unione europea per svolgere la propria attività lavorativa, senza subire alcuna forma di discriminazione legata alla cittadinanza nazionale posseduta. In altri termini, l'art. 45(4) non può essere letto in maniera del tutto isolata dal quadro giuridico all'interno del quale è stato inserito, cioè quello della libera circolazione dei lavoratori. In tal senso, da un punto di vista più concreto, si deve anche tener conto del rapporto che esiste nei singoli Stati membri fra il numero complessivo dei lavoratori e quello specifico degli impiegati nella pubblica amministrazione. Si può, infatti, constatare che in diversi Paesi membri anche più di un terzo dei lavoratori sono dipendenti della pubblica amministrazione. Solo in alcuni casi, come l'Italia, tale rapporto si abbassa considerevolmente, raggiungendo soglie intorno al 15%²⁸. Pertanto, riconoscere una deroga di carattere generale su tutto il settore dell'impiego pubblico, significherebbe escludere una porzione oltremodo ampia della popolazione lavorativa dalla disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori.

Per i motivi appena descritti, quindi, risulta evidente che le istituzioni europee avrebbero dovuto precisare in via normativa la concreta portata di una simile riserva.

Pertanto, in assenza di un loro intervento, è diventata di fondamentale importanza l'attività interpretativa svolta dalla Corte di giustizia. Quest'ultima, infatti, negli anni ha sviluppato una giurisprudenza che ha ristretto sempre di più il campo di applicazione dell'attuale art. 45(4) TFUE, con il fine di ampliare progressivamente il diritto alla libera circolazione dei lavoratori.

²⁷ Corte di giustizia, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Éducation Nationale*, C-4/91, 27 novembre 1991, ECLI:EU:C:1991:448, par. 6; *Commission of the European Communities c. Italian Republic*, C-225/85, 16 Giugno 1987, ECLI:EU:C:1987:284, par. 9; *Commission of the European Communities c. Kingdom of Belgium*, C-149/79, 17 dicembre 1980, ECLI:EU:C:1980:297, par. 10.

²⁸ Commissione europea, *Commission Staff Working Document, Free movement of workers in the public sector*, 14 December 2010, SEC(2010) 1609 final.

Già nel 1980, la Corte ha indicato i criteri generali di interpretazione, facendo presente che le deroghe previste da quello che oggi è l'art. 45(4) TFUE non includono la pubblica amministrazione nella sua interezza, ma «un complesso di posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche»²⁹. Quindi, i requisiti determinanti per applicare quanto stabilito dall'attuale art. 45(4) TFUE sono *a*) che un determinato impiego comporti l'esercizio di pubblici poteri, intesi come poteri di coercizione o d'imperio; *b*) che riguardi un settore di interesse generale e non aspetti meramente economici per lo Stato. Requisiti che, come ribadito ripetutamente dalla Corte, non sono alternativi, ma cumulativi, per cui è necessario che siano entrambi presenti per poter ricorrere alla riserva *ex* art. 45(4) TFUE.

In applicazione dei parametri interpretativi stabiliti nella sentenza del 1980, la Corte di giustizia ha sviluppato una giurisprudenza sempre più puntuale, stabilendo, in un primo tempo, che non possa essere precluso l'accesso ai cittadini europei in tutta una serie di posizioni, come il tirocinio della professione di insegnante³⁰, i posti di ricercatore presso il CNR³¹, i posti di lettore di lingua straniera nelle Università³², il lavoro di infermiere³³, diversi impieghi nelle amministrazioni comunali, come quello di falegname, elettricista o giardiniere³⁴.

Nel 2002, tenendo conto della giurisprudenza fino a quel momento elaborata dalla Corte, la Commissione europea ha adottato una comunicazione sulla libera circolazione dei lavoratori, in cui ha espresso la propria posizione sugli impieghi nella pubblica amministrazione. A tal riguardo, ha sostenuto che la deroga prevista all'articolo 39(4) del Trattato CE, oggi art. 45(4) TFUE, riguarda funzioni specifiche dello Stato e di organismi di diritto pubblico, come le forze armate, la polizia e altre forze di mantenimento dell'ordine, le autorità giudiziarie e fiscali e il corpo diplomatico. Tuttavia, ha precisato che non tutti le posizioni nei suddetti settori comportano tutti l'esercizio dell'autorità pubblica e la responsabilità della salvaguardia dell'interesse generale dello Stato. Alcuni, ad esempio, richiedono lo svolgimento di semplici funzioni amministrative, di consulenza tecnica o di manutenzione e, pertanto, non possono essere riservati a cittadini dello Stato membro ospitante³⁵.

²⁹ Corte di giustizia, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*, cit., par. 10.

³⁰ Corte di giustizia, *Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*, C-66/85, 3 luglio 1986, ECLI:EU:C:1986:284.

³¹ Corte di giustizia, *Commissione v. Italia*, C-225/85, 16 giugno 1987, ECLI:EU:C:1987:284.

³² Corte di giustizia, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan v. Università degli studi di Venezia*, C-33/88, 30 maggio 1989, ECLI:EU:C:1989:222.

³³ Corte di giustizia, *Commissione v. Francia*, C-307/84, 3 giugno 1986, ECLI:EU:C:1986:222.

³⁴ Corte di giustizia, *Commissione v. Belgio*, C-149/79, 26 maggio 1982, ECLI:EU:C:1982:195.

³⁵ Commissione europea, Comunicazione della Commissione, *Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*, 11 dicembre 2002, COM(2002) 694 def., p. 21.

Al tempo in cui è stata adottata questa comunicazione, la Corte di giustizia, sebbene avesse già contribuito a restringere in maniera importante il campo di applicazione della riserva oggi contenuta nell'art. 45(4) TFUE, si era pronunciata esclusivamente su impieghi che, al massimo, prevedevano un inquadramento di funzionario. Successivamente, invece, ha allargato il proprio campo d'azione a posizioni di più alto profilo, restringendo ulteriormente la portata della deroga qui in esame. In tal senso, una sentenza che giova richiamare è quella relativa al caso *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Español*³⁶. In quella circostanza i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a decidere, in sede pregiudiziale, se la giurisprudenza sviluppata fino a quel momento dovesse ritenersi applicabile anche ad impieghi nel settore privato cui lo Stato assegna funzioni di autorità pubblica, nello specifico a comandanti o ufficiali superiori delle navi mercantili e di pesca che esercitano funzioni di polizia. Nel concludere che tali posti dovessero essere accessibili a tutti i cittadini europei, la Corte di giustizia, restringendo ulteriormente la portata dell'attuale art. 45(4) TFUE, ha precisato che, per applicare la riserva ai cittadini nazionali, l'esercizio dei pubblici poteri deve essere abituale e non costituire una parte ridotta dell'attività svolta, dal momento che la deroga in questione «deve essere limitata a quanto è strettamente necessario alla salvaguardia dell'interesse generale dello Stato membro considerato, la quale non verrebbe messa in pericolo se i poteri d'imperio fossero esercitati sporadicamente, o addirittura eccezionalmente, da cittadini di altri Stati membri»³⁷.

Nelle sue successive pronunce, quindi, la Corte di giustizia, dando seguito a questo percorso evolutivo, teso a restringere ulteriormente la portata dell'art. 45(4) TFUE, ha ritenuto illegittimo il requisito della cittadinanza per tutta una serie di posizioni lavorative. Fra queste, in particolare, vanno menzionate: *a*) alcune attività ausiliarie o preparatorie rispetto all'esercizio di pubblici poteri³⁸; *b*) determinate attività il cui esercizio, pur comportando contatti regolari e organici con autorità amministrative o giudiziarie, lascino inalterati i poteri di valutazione e decisione di queste ultime³⁹; *c*) le attività che non ricomprendano poteri di natura coercitiva⁴⁰.

³⁶ Corte di giustizia, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*, C-405/01, 30 settembre 2003, ECLI:EU:C:2003:515.

³⁷ *Ibid.* par. 44. V. anche *Albert Anker, Klaas Ras and Albertus Snoek c. Bundesrepublik Deutschland*, C-47/02, 30 settembre 2003, ECLI:EU:C:2003:516, par. 63; *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*, C-270/13, 10 settembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2185, par. 58-59.

³⁸ Corte di giustizia, *Adrianus Thijssen c. Controledienst voor de verzekeringen*, C-42/92, 13 Luglio 1993, ECLI:EU:C:1993:304; *Commission c. Spain*, C-114/97, 29 Ottobre 1998, ECLI:EU:C:1998:519; *Servizi Ausiliari Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, C-451/03, 30 Marzo 2006, ECLI:EU:C:2006:208.

³⁹ *Commission c. Germany*, C-404/05, 29 novembre 2007, ECLI:EU:C:2007:723; *Commission c. Austria*, C-393/05, 29 Novembre 2007, ECLI:EU:C:2007:722.

⁴⁰; *Commission v Germany*, C-404/05, 29 novembre 2007, ECLI:EU:C:2007:723; *Commission c. Portugal*, C-438/08, 22 ottobre 2009, ECLI:EU:C:2009:651, par. 36.

Nell'ambito di questa evoluzione giurisprudenziale, ai fini della presente analisi, è certamente utile richiamare brevemente il caso *Haralambidis* del 2014, nel quale la Corte si è pronunciata su una posizione per certi aspetti simile a quella qui in esame. In questa circostanza, infatti, i giudici di Lussemburgo, per la prima volta, hanno dovuto decidere sull'accesso a posizioni lavorative di livello dirigenziale, che riguardano, allo stesso tempo, un settore di particolare interesse per lo Stato. Con esattezza, si tratta di un rinvio pregiudiziale promosso dal Consiglio di Stato italiano nell'ambito della controversia fra Iraklis Haralambidis, cittadino greco, e Calogero Casili, in merito alla nomina del primo a Presidente dell'Autorità portuale di Brindisi, avvenuta il 7 giugno 2011 con decreto del Ministro dei Trasporti e della navigazione. A seguito di tale decreto, il sig. Casili, che aveva anch'egli partecipato alla procedura di selezione per la posizione in oggetto, ha presentato ricorso davanti al Tar Puglia, chiedendo l'annullamento dell'atto, perché, secondo lui, il sig. Haralambidis non poteva essere nominato Presidente dell'autorità portuale, in quanto non possedeva la cittadinanza italiana. Dopo la sentenza di primo grado⁴¹, che ha dato ragione al ricorrente, il sig. Haralambidis si è rivolto in appello al Consiglio di Stato. Quest'ultimo, ritenendo che la questione riguardasse l'applicazione di norme europee, ha utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE⁴². Investita della questione, la Corte di giustizia, dopo aver accertato che l'attività esercitata dal Presidente dell'autorità portuale ha una natura pubblicistica e che si colloca nel novero della pubblica amministrazione, si è domandata se tale impiego potesse rientrare fra quelli che, ai sensi dell'art. 45(4) del TFUE, lo Stato può riservare ai suoi cittadini. A tal riguardo, ha innanzitutto ribadito che la deroga *ex art. 45(4) TFUE* deve ricevere un'interpretazione in senso restrittivo, che ne limiti la portata a quanto strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che essa consente agli Stati membri di tutelare. A questo proposito, quindi, ha richiamato la sua consolidata giurisprudenza, attraverso la quale ha più volte precisato che tale riserva può essere applicata solo per gli impieghi che implicano l'esercizio di pubblici poteri o la tutela degli interessi generali dello Stato.

Fatta questa precisazione preliminare, la Corte ha successivamente osservato che nel caso di specie occorreva verificare se le funzioni specifiche attribuite al Presidente dell'autorità portuale comportassero poteri d'imperio e la tutela degli interessi generali dello Stato, tali da giustificare l'applicazione della deroga contenuta nell'art. 45(4) TFUE. A tal riguardo, ha ritenuto che si trattava di una funzione prevalentemente legata alla gestione ordinaria del porto, di natura tecnica ed economica. A giudizio della Corte, nemmeno la facoltà riconosciuta ai Presidenti delle autorità portuali di rilasciare autorizzazioni e concessioni di aree e banchine a imprese che intendono svolgere operazioni portuali, avrebbe giustificato l'attivazione della

⁴¹ Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sentenza n. 1138/2012, 21 giugno 2012.

⁴² Consiglio di Stato, ordinanza n. 2492/2013, 8 gennaio 2013.

riserva *ex art. 45(4) TFUE*. Tali poteri, infatti, sono da considerare come atti di gestione che obbediscono a considerazioni di natura principalmente economica. L'unica competenza che, secondo i giudici di Lussemburgo, comporta l'esercizio di pubblici poteri è quella prevista dall'art. 8 co. 3 lett. h della legge 84/94, secondo cui il Presidente dell'autorità portuale assicura la navigabilità nell'ambito portuale nonché l'esecuzione di lavori di escavazione e manutenzione dei fondali marini. A tal fine, dispone del potere di adottare provvedimenti di carattere coattivo. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che tali poteri d'imperio esercitati dal Presidente dell'autorità portuale non possano giustificare l'attivazione della deroga prevista dall'art. 45(4) TFUE. La ragione di una simile conclusione risiede nel fatto che il ricorso a tale deroga non può avvenire ogni volta che una posizione lavorativa ricomprenda l'esercizio di alcuni poteri d'imperio. È altresì necessario che tali poteri siano esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta dell'attività svolta. Questa interpretazione è coerente con il principio precedentemente richiamato, secondo il quale la deroga *ex art. 45(4) TFUE* deve essere limitata a quanto strettamente necessario per salvaguardare gli interessi generali dello Stato membro interessato. Questi, secondo la Corte, non possono risultare in pericolo qualora poteri d'imperio vengano esercitati solo in modo sporadico o, addirittura, eccezionale.

L'interpretazione fornita in sede pregiudiziale è stata pienamente accolta dal Consiglio di Stato, il quale, probabilmente, ne ha anche rimarcato alcuni aspetti in maniera addirittura più incisiva. Ad esempio, il massimo organo di giustizia amministrativa ha più volte sottolineato, con grande efficacia, la supremazia del diritto dell'Unione europea, così come interpretato dalla Corte di giustizia, su quello nazionale. A tal riguardo, ha precisato un punto sul quale non si erano soffermati i giudici di Lussemburgo, cioè la possibilità che l'impiego nella pubblica amministrazione possa essere riservato ai soli cittadini italiani in virtù di una norma costituzionale, l'art. 51, la quale riserva ai soli cittadini italiani, in linea di principio, l'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive. Secondo il Consiglio di Stato, tale disposizione deve ricevere un'interpretazione conforme al diritto europeo, sebbene abbia rango costituzionale. In particolare, il fatto di riconoscere ai cittadini stranieri la facoltà di accedere ad impieghi nella pubblica amministrazione, non richiede alcuna disapplicazione dell'art. 51. Questa norma, infatti, va letta in conformità all'art. 11, nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione europea agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone *ex art. 45 TFUE*, salvo gli eventuali limiti espressi o legittimamente ricavabili dal sistema, con riguardo alla concreta partecipazione all'esercizio di pubblici poteri o comunque alle circostanze poste in rilievo dalla Corte di giustizia.

Il ragionamento svolto dalla Corte nel caso *Haralambidis*, successivamente ripreso ed ampliato dal Consiglio di Stato, è quello che avrebbe dovuto fare il TAR Lazio nei due casi in esame, salvo il fatto che,

data la natura delle specifiche posizioni in oggetto, avrebbe potuto poi giungere a conclusioni anche differenti. Il TAR, cioè, avrebbe dovuto, innanzitutto, valutare approfonditamente la natura delle posizioni lavorative in oggetto e le competenze attribuite ai suoi titolari e, di conseguenza, stabilire se ad esse poteva essere applicata o meno la deroga prevista dall'art. 45(4) TFUE. Semplificandosi, invece, il lavoro interpretativo, il TAR Lazio, come si vedrà di seguito, ha semplicemente basato le sue decisioni su un'applicazione letterale del diritto interno vigente, ignorando l'esistenza del diritto dell'Unione europea. Lo stesso lavoro di semplificazione interpretativa, oltre che di omissione del diritto dell'Unione europea, lo aveva fatto il TAR Puglia nel caso *Haralambidis*, nel quale si era semplicemente limitato a ritenere che, visto quanto disposto dall'art. 51 della Costituzione, la carica di Presidente dell'Autorità portuale dovesse essere riservata ai cittadini italiani.

Dalla ricostruzione fin qui svolta è emerso che la giurisprudenza della Corte di giustizia, sebbene ampia, e nonostante stia seguendo un percorso di costante evoluzione, non può ovviamente fornire un elenco completo ed esaustivo di tutte le posizioni all'interno della pubblica amministrazione riservabili ai cittadini nazionali. Quindi, per quelle che non sono mai state oggetto di ricorso a Lussemburgo, spetterà agli Stati membri precisare di caso in caso, in sede legislativa o interpretativa, l'eventuale esistenza di una deroga di nazionalità, purché questa risulti compatibile con il diritto dell'Unione europea e, quindi, coerente con la citata prassi giurisprudenziale. In tal senso, in presenza di dubbi interpretativi, lo strumento di cui si dovrebbe avvalere il giudice interno, anche in primo grado di giudizio, dovrebbe essere quello del rinvio pregiudiziale. In questo modo, infatti, avrebbe la possibilità di ottenere l'autorevole interpretazione dell'istituzione artefice del processo evolutivo che si è avuto in materia di accesso al pubblico impiego.

4. Le sentenze del Tar in materia e il mancato richiamo al diritto dell'Unione europea

Con le sentenze 6170 e 6171 del 24 maggio 2017 il TAR Lazio ha accolto le istanze dei ricorrenti e ha disposto che le nomine dei direttori delle Gallerie estensi di Modena, del Palazzo Ducale di Mantova e dei musei archeologici di Taranto, Reggio Calabria e Napoli fossero annullate. Le argomentazioni sviluppate per arrivare ad una simile conclusione, come già anticipato, non richiamano le norme di diritto europeo in materia di libera circolazione dei lavoratori, ma sono esclusivamente fondate sull'applicazione del dlgs 165/2001 sul pubblico impiego.

I giudici amministrativi, in primo luogo, hanno constatato che la procedura straordinaria per scegliere i direttori dei musei di rilevante interesse nazionale è contenuta nel d.l. 83 del 31 maggio 2014, poi convertito con la legge 106 del 29 luglio 2014, con il quale sono state introdotte disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo. Il d.l. del 2014, fra le altre cose, contiene, all'art. 14, una misura derogatoria all'art. 19 co. 6 del dlgs 165/2001, con la quale si

stabilisce che possono essere conferiti incarichi dirigenziali “a contratto”, quindi fuori dal novero dei funzionari della pubblica amministrazione, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, «entro il limite del 5 per cento dei dirigenti appartenenti alla prima fascia del ruolo unico e del 5 per cento di quelli appartenenti alla seconda fascia»⁴³. Secondo il TAR, quindi, la straordinarietà della procedura di selezione per i dirigenti dei poli museali di particolare interesse nazionale, prevista dal d.l. del 2014, è esclusivamente limitata a quest’aspetto, cioè il numero dei conferimenti di incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla pubblica amministrazione. Per tutte le altre questioni legate alla procedura selettiva, invece, andrebbero applicate le misure ordinarie previste dal dlgs 165/2001. Fra queste, rientrerebbero quelle previste al già citato art. 38, in base al quale i cittadini degli Stati membri dell’Unione europea possono accedere solo ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell’interesse nazionale. A tal riguardo, come già osservato, i giudici del TAR non si sono domandati se, in conformità alle evoluzioni della disciplina europea sulla libera circolazione dei lavoratori, le posizioni oggetto di ricorso dovessero essere o meno ricomprese fra quelle che gli Stati, in base all’art. 45(4) del TFUE, possono riservare ai propri cittadini nazionali. A parere dello scrivente, invece, se i giudici del TAR avessero esaminato la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, anche solo il recente caso *Haralambidis*, e la successiva sentenza “in considerazione” del Consiglio di Stato, avrebbero potuto facilmente constatare che i compiti affidati ai direttori dei poli museali hanno una natura equiparabile a quella dei Presidenti delle autorità portuale. Come questi ultimi, infatti, svolgono prevalentemente funzioni di gestione tecnica ed amministrativa⁴⁴.

⁴³ L’art. 19 co. 6 del dlgs 165/2001, di cui questa disposizione costituisce una deroga, prevede, invece, che: «Gli incarichi di cui ai commi da 1 a 5 possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, entro il limite del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli di cui all’articolo 23 e dell’8 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia, a tempo determinato ai soggetti indicati dal presente comma. La durata di tali incarichi, comunque, non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale di cui ai commi 3 e 4, il termine di tre anni, e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni. Tali incarichi sono conferiti, fornendone esplicita motivazione, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell’Amministrazione, 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. Il trattamento economico può essere integrato da una indennità commisurata alla specifica qualificazione professionale, tenendo conto della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali». Corsivo aggiunto.

⁴⁴ Secondo quanto previsto dal bando, «Il direttore è responsabile della gestione del museo nel suo complesso, nonché dell’attuazione e dello sviluppo del suo progetto culturale e scientifico e, particolare: a) programma, indirizza, coordina e monitora tutte le attività di gestione del museo, ivi inclusa l’organizzazione di mostre ed

I giudici del TAR, invece, dopo una rapida elencazione, di carattere puramente descrittivo, delle competenze affidate ai direttori di poli museali, hanno ritenuto scontato che tali posizioni dovessero essere riservate ai soli cittadini italiani, ai sensi di quanto previsto dall'art. 38 dlgs 165/2001 e dal DPCM del 1994.

A dire il vero, dalla motivazione delle citate decisioni, sembra che nemmeno l'avvocatura dello Stato abbia sollevato l'attenzione sulla libera circolazione dei lavoratori e sulla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia. Infatti, se avesse argomentato al riguardo, i giudici ne avrebbero certamente fatto almeno un veloce richiamo nella sentenza, quantomeno a sostegno dell'estraneità del diritto dell'Unione europea nella questione in esame. Infine, come si approfondirà nel paragrafo successivo, una parte di responsabilità spetta anche al legislatore, il quale avrebbe dovuto disciplinare la materia con maggiore chiarezza, anche quando, dopo le sentenze del TAR, ha provato a provato a risolvere la situazione con una successiva legge interpretativa.

esposizioni, nonché di studio, valorizzazione, comunicazione e promozione del patrimonio museale; b) cura il progetto culturale del museo, facendone un luogo vitale, inclusivo, capace di promuovere lo sviluppo della cultura; c) ferme restando le competenze del direttore del Polo museale regionale, stabilisce l'importo dei biglietti di ingresso, sentita la Direzione generale Musei e il Polo museale regionale e nel rispetto delle linee guida elaborate dal Direttore generale Musei; d) stabilisce gli orari di apertura del museo in modo da assicurare la più ampia fruizione, nel rispetto delle linee guida elaborate dal Direttore generale Musei; e) 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 la piena collaborazione con la Direzione generale Musei, il segretario regionale, il direttore del Polo museale regionale e le Soprintendenze; g) 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; h) autorizza il prestito dei beni culturali delle collezioni di propria competenza per mostre od esposizioni sul territorio nazionale o all'estero, ai sensi dell'articolo 48, comma 1, del Codice, anche nel rispetto degli accordi culturali eventualmente promossi dalla Direzione generale Musei finalizzati all'organizzazione di mostre e esposizioni, sentite le Direzioni generali competenti e, per i prestiti all'estero, anche la Direzione generale Musei; i) autorizza, sentito il soprintendente di settore, le attività di studio e di pubblicazione dei materiali esposti e/o conservati presso il museo; l) dispone l'affidamento delle attività e dei servizi pubblici di valorizzazione del museo, ai sensi dell'articolo 115 del Codice e del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 agosto 2014, n. 171; m) coadiuva la Direzione generale Bilancio e la Direzione generale Musei 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, i cui risultati rende pubblici, anche in via telematica; propone alla Direzione generale Educazione e ricerca iniziative di divulgazione, educazione, formazione e ricerca legate alle collezioni di competenza; collabora altresì alle attività formative coordinate e autorizzate dalla Direttore generale Educazione e ricerca, anche ospitando attività di tirocinio previste da dette attività e programmi formative; o) svolge le funzioni di stazione appaltante».

5. La disattenzione del legislatore nella vicenda sulla direzione dei poli museali di rilevante interesse nazionale

Un punto su cui il TAR Lazio coglie certamente nel segno, riguarda il comportamento “disattento” del legislatore. Quest’ultimo, nel disciplinare la questione della direzione dei poli museali ha anch’egli colpevolmente trascurato l’esistenza del diritto dell’Unione europea. Consapevole del fatto che la normativa europea sulla libera circolazione dei lavoratori, nella parte sull’impiego nella pubblica amministrazione, potesse essere soggetta ad interpretazioni non sempre uniformi da parte dei giudici nazionali, nel d.l. del 2014 avrebbe dovuto esplicitare che le procedure di selezione per i poli museali di interesse nazionali dovevano considerarsi aperte a tutti i cittadini dell’Unione europea e che non rientravano fra le clausole di riserva previste dal dlgs 165/2001. Come puntualizzato anche dalla Commissione europea, infatti, «article 45(4) TFEU is not a requirement, but just a possibility to restrict some public service posts to nationals. Therefore Member States are free to open up their public sectors at all levels as much as they wish in order to boost workers’ mobility between Member States»⁴⁵. A prescindere, quindi, dalla riserva di cui all’art. 45(4) TFUE, gli Stati possono prevedere per legge che l’accesso ai cittadini europei sia esteso a determinate funzioni di alto profilo o, addirittura, a tutta la pubblica amministrazione. In altri, termini, nulla impedisce loro di offrire una tutela più ampia rispetto a quella garantita dal diritto UE.

Se il legislatore, quindi, avesse precisato nel d.l. del 2014 che i posti per dirigenti dei poli museali dovevano essere accessibili a tutti i cittadini europei, il TAR non avrebbe in alcun modo potuto annullare la nomina dei direttori sulla base del principio di cittadinanza. Al limite, avrebbe potuto sollevare un’improbabile questione di costituzionalità, in riferimento all’articolo 51 della Costituzione. Solo dopo le sentenze del 24 maggio scorso, il legislatore, attraverso un intervento certamente tardivo, che non può giustificare l’omissione originaria, ha provato a risolvere la situazione. Due giorni dopo la decisione del TAR Lazio, infatti, è stata depositato un emendamento alla legge di stabilità, nel quale si precisa che alle “procedure di selezione pubblica internazionale”, di cui all’art 14 co. 2 bis del d.l 31 maggio 2014, non si applicano i limiti di accesso alla pubblica amministrazione stabiliti dall’art. 38 del dlgs 165/2001⁴⁶. Questa disposizione interpretativa, tuttavia, dal momento che in sede di appello dovrebbe produrre efficacia retroattiva, potrebbe risultare inapplicabile. Al momento, infatti, il tema delle leggi interpretative costituisce una questione ancora aperta nell’ambito del dibattito dottrinale e della prassi

⁴⁵ European Commission, *Commission staff working*, cit., p. 14.

⁴⁶ Legge 21 giugno 2017, n. 96, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n.144 del 23 giugno 2017, Supplemento Ordinario n. 31.

giurisprudenziale⁴⁷. In termini generali, sebbene la stessa Corte Costituzionale si sia pronunciata a favore della possibilità che leggi interpretative successive possano avere efficacia retroattiva, queste devono trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si devono porre in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti, come, ad esempio, la preservazione dei principi di certezza del diritto⁴⁸. Inoltre, non devono essere invasive della sfera riservata al potere giudiziario, per cui al legislatore è precluso, di regola, intervenire, con norme aventi portata retroattiva, per annullare l'efficacia del giudicato e non già a salvaguardarne gli effetti⁴⁹. Su quest'ultimo aspetto, è particolarmente interessante anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in diverse circostanze si è pronunciata in materia di retroattività della legge interpretativa, stabilendo che «benché non sia impedito alla legislazione di regolamentare, mediante nuove disposizioni retroattive, diritti che derivano da leggi in vigore, il principio dello stato di diritto e la nozione di giusto processo custoditi nell'articolo 6 precludono, tranne che per impellenti ragioni di interesse pubblico, l'interferenza dell'assemblea legislativa nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia»⁵⁰. Nel caso in esame, quindi, se il Consiglio di Stato dovesse decidere di ribaltare la decisione del TAR, motivando una simile scelta solo in ragione di una legge interpretativa adottata in pendenza di giudizio, i ricorrenti potrebbero adire la Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando una violazione dell'art. 6 CEDU. Le possibilità di un ricorso a Strasburgo sarebbero, invece, decisamente più ridotte se il Consiglio di Stato decidesse di riconoscere il diritto ai cittadini europei ad essere nominati direttori dei musei nazionali in applicazione del diritto dell'Unione europea e non, invece, dell'emendamento inserito nella legge di stabilità. Fra l'altro, la possibilità che il Consiglio di Stato faccia ricorso alla legge interpretativa per ribaltare la sentenza del TAR Lazio sembra esclusa anche dalla successiva giurisprudenza nel frattempo elaborata del massimo organo di giustizia amministrativa, nel caso relativo alla direzione del Parco archeologico del Colosseo, di cui si approfondirà nel paragrafo successivo. Prima di procedere in tal senso, però, occorre precisare che, a prescindere dalle valutazioni più generali sulla legittimità delle leggi interpretative, l'emendamento inserito nella legge di stabilità del maggio 2017 si

⁴⁷ A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001; S. FOÀ, *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, in *federalismi.it*, n. 15/2011, pp. 1-19; R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art.6 della CEDU? (nota a corte cost., 26 novembre 2009, n.311)*, in *federalismi.it*, 24/2009, pp. 1-8.

⁴⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 234, 18 giugno 2007.

⁴⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 282, 7 luglio 2005.

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Arras e altri c. Italia*, 14 febbraio 2012, *Zielinski e Pradal e Gonzalez e Altri c. Francia*, 28 ottobre 1999, par. 57; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. il Regno Unito*, 23 ottobre 1997, par. 112; *Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 dicembre 1994, par. 49.

presta a due ulteriori riflessioni critiche. In primo luogo, a differenza di quanto si afferma in tale disposizione, il testo del d.l. non fa riferimento a “procedure di selezione pubblica internazionale”, ma semplicemente a procedure di selezione pubblica, il cui fine è anche quello di adeguare l'Italia agli *standard* internazionali. Il legislatore, quindi, in maniera forse un po' ingenua, ha creduto di risolvere il problema nella maniera apparentemente più semplice: trasferendo l'aggettivo “internazionale” da una parte all'altra del testo, sperando che questo spostamento possa passare inosservato ai giudici del Consiglio di Stato. In secondo luogo, occorre far notare che anche in questo tardivo intervento legislativo, ci si è dimenticati di precisare che l'apertura ai cittadini dell'Unione europea dovrebbe essere consentita perché è il diritto dell'Unione europea a stabilirlo. Pertanto, anche quando il legislatore ha provato a mettere una “toppa normativa” alla vicenda, ha colpevolmente dimenticato di richiamare gli obblighi europei che deve rispettare l'Italia, derivanti non solo dalle norme di diritto dell'Unione europea, ma anche dall'interpretazione che ne fornisce la Corte di giustizia attraverso la sua giurisprudenza.

6. L'orientamento interpretativo del Consiglio di Stato in materia di accesso alla pubblica amministrazione da parte di cittadini di altri Stati membri

Come detto in precedenza, prima delle sentenze del TAR Lazio sulla direzione dei musei, il Consiglio di Stato si era già occupato di accesso al pubblico impiego da parte di cittadini di altri Stati membri. In tal senso, nel richiamato caso *Haralambidis* si era persino occupato di una posizione di livello dirigenziale che comporta anche l'esercizio di pubblici poteri. Un profilo lavorativo, dunque, molto simile a quello del direttore di un polo museale di rilevante interesse nazionale. In quella circostanza, il massimo organo di giustizia amministrativa ha giustamente fatto ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale, attenendosi successivamente a quanto deciso alla Corte di giustizia. Anzi, in alcuni passaggi della sua sentenza ha anche approfondito ed ampliato le argomentazioni dei Giudici di Lussemburgo. Il verdetto del Consiglio di Stato ha, quindi, ribaltato la sentenza di primo grado del TAR Puglia, nella quale non era stato fatto alcun richiamo al Diritto dell'Unione europea. La stessa situazione si riproporrà con ogni probabilità nel caso in esame, con l'unica eccezione che in questo circostanza il Consiglio di Stato eviterà persino di rinviare la questione a Lussemburgo, avendolo già fatto nel caso *Haralambidis*. Ad avvalorare questa tesi sono le argomentazioni prodotte dai giudici del Consiglio di Stato in una recentissima sentenza sulla direzione del Parco archeologico del Colosseo⁵¹. Si tratta di una vicenda che trae origine da un ricorso inizialmente presentato davanti al TAR Lazio dall'Unione italiana lavoratori pubblica amministrazione - coordinamento MIBACT, con il quale è stato chiesto di vagliare la legittimità del decreto 12 gennaio

⁵¹ Consiglio di Stato (Sezione sesta), sentenza n. 3666, 20 luglio 2017.

2017, istitutivo del Parco archeologico del Colosseo, e di un altro adottato dal Direttore generale del MIBACT, in data 12 gennaio 2017, con il quale è stata indetta una selezione pubblica per il conferimento dell'incarico di direttore del suddetto parco. Secondo i ricorrenti, infatti, tali atti prospettavano diversi motivi di illegittimità, fra cui il fatto che alle procedure di selezione sarebbero stati ammessi anche cittadini non italiani, in contrasto con la normativa che disciplina il settore del pubblico impiego. Nell'esame del caso, il TAR Lazio, come avvenuto nelle altre circostanze qui esaminate, ha valutato la legittimità degli atti in questione solo alla luce della legge italiana, tralasciando qualsiasi richiamo al Diritto dell'Unione europea. Seguendo tale approccio è giunta alla conclusione che la normativa nazionale vigente pone un chiaro ed insormontabile sbarramento alla partecipazione di soggetti non provvisti del requisito della cittadinanza italiana a procedure concorsuali nella pubblica amministrazione in relazione a posti di livello dirigenziale generale comportanti esercizio di poteri autoritativi⁵². Anche questa volta, quindi, ha ignorato il fatto che la legislazione italiana deve essere applicata conformemente a quella europea, in quanto quest'ultima prevale sulla prima.

A seguito di questa decisione, il MIBACT ha proposto ricorso in appello davanti al Consiglio di Stato. Quest'ultimo ha, innanzitutto, chiarito che una riserva ai soli cittadini italiani all'accesso al pubblico impiego non può essere giustificata dalla nostra Costituzione. In tal senso ha richiamato l'art. 51 co. 2, secondo il quale «la legge può, per l'ammissione agli uffici pubblici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica». Con riferimento a questa disposizione, quindi, il Collegio giudicante ha precisato che tale norma non contempla una "riserva" a favore dei cittadini italiani degli uffici pubblici. Piuttosto, nel prevedere la possibilità di parificare, con legge nazionale, ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica, si caratterizza come una norma "aperturista" e non come "preclusiva". Inoltre, ha sottolineato che l'interpretazione delle norme costituzionali deve essere effettuata anche alla luce del successivo mutato contesto in cui esse si collocano. A questo proposito, ha richiamato l'importante concetto di cittadinanza europea enunciato all'art. 20 TFUE, sebbene questo non giovasse, nello specifico, a risolvere la controversia in questione. Di seguito, quindi, ha preso in esame la disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori ed, in particolare la deroga *ex* art. 45 (4) TFUE. Su quest'aspetto, a differenza di quanto fatto in primo grado dal TAR Lazio, il Consiglio di Stato ha sviluppato le proprie argomentazioni in maniera molto precisa e convincente, interpretando legge italiana conforme alla normativa europea in vigore. Il Collegio giudicante, infatti, dopo aver ricostruito la legislazione italiana in materia ed aver chiarito che questa non può essere in contrasto con la normativa europea, è giunto alla conclusione che nell'ottica europea, ai fini dell'applicazione di quanto previsto

⁵² Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (sezione seconda quater), sentenza n. 6179, 7 giugno 2017.

dall'art. 45 (4) TFUE, non rileva il profilo “strutturale-statico” di “pubblica amministrazione” ma quello “funzionale-dinamico” che valorizza la natura specifica dell’attività posta in essere. A tal fine, pertanto, non basta rilevare, in termini generali, che un determinato impiego si collochi nell’ambito della sfera dirigenziale all’interno della pubblica amministrazione. In pratica, ha sostenuto che l’interprete deve, di volta in volta, valutare se una specifica posizione lavorativa possa essere ricompresa fra quelle a cui è applicabile la deroga di nazionalità, seguendo in tal senso le linee interpretative fornite dalla Corte di giustizia europea.

Seguendo questo approccio, il Consiglio di Stato è giunto alla conclusione che i compiti attribuiti al Direttore del Parco archeologico del Colosseo riguardano attività prevalentemente di gestione economica e tecnica, finalizzate ad assicurare una migliore utilizzazione del Parco, nella prospettiva della valorizzazione di beni pubblici. Anche alcune funzioni che potrebbero essere intese come un esercizio di pubblici poteri, come ad esempio l’autorizzazione al prestito di beni culturali, non possono essere sufficienti ad applicare la deroga di cittadinanza, in quanto sono sporadiche e, comunque, si inseriscono nell’ambito di rapporti economici e tecnici.

Nel costruire le sue convincenti argomentazioni, il Consiglio di Stato ha tenuto ben presente due aspetti ignorati dal TAR Lazio, cioè *a)* il principio del primato del diritto Unione europea sulla legislazione nazionale, secondo cui il giudice deve disapplicare una legge nazionale in contrasto con un obbligo dell’Unione europea; *b)* il fatto che le norme europee sulle deroghe applicabili alla libera circolazione dei lavoratori non possono essere dedotte da una lettura testuale dell’art. 45 (4) TFUE, perché quest’ultimo ha una portata troppo generale. Di conseguenza, tale disposizione deve essere integrata con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Infine, occorre far notare che il Consiglio di Stato, al fine di riconoscere il diritto dei cittadini di altri Stati membri a partecipare alle procedure di selezione per il Parco archeologico del Colosseo, non ha avuto bisogno di applicare la legge di interpretazione autentica nel frattempo adottata dal legislatore. Nel dispositivo della sentenza, infatti, ha semplicemente ricordato che, nel periodo intercorso fra la sentenza di primo grado e quella di appello, il legislatore ha adottato una legge di interpretazione autentica, al fine di chiarire la propria volontà ad aprire le procedure di selezione in questione a tutti i cittadini europei. Tuttavia, non ha esaminato in maniera approfondita il suo contenuto, né si è soffermata sulla sua portata interpretativa, piuttosto che innovativa, in quanto non avrebbe avuto rilevanza ai fini della risoluzione della controversia in questione. Il Collegio, infatti, è pervenuto al medesimo risultato mediante l’impiego della tecnica della “non applicazione” della normativa interna in contrasto con il diritto europeo. Un simile comportamento conferma i dubbi esposti dallo scrivente sull’idea del legislatore di rimediare alla sua precedente “disattenzione” attraverso una successiva legge di interpretazione autentica, la quale,

invece di risolvere la situazione, rischierebbe di aprire nuove problematiche. Fra queste, ad esempio, la possibilità di un futuro ricorso della parte soccombente alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

7. La pronuncia del Tribunale di Firenze sull'ammissione al concorso per assistenti giudiziari

Prima di procedere con alcune considerazioni conclusive, per completare quest'analisi sugli orientamenti giurisprudenziali in materia di accesso al pubblico impiego, occorre fare un veloce richiamo ad una recente ordinanza emessa dal Giudice della sezione lavoro del Tribunale di Firenze⁵³. La vicenda trae origine dal ricorso promosso da una cittadina albanese, con permesso di soggiorno di lungo periodo, che aveva presentato regolare domanda di partecipazione al concorso per assistente giudiziario. La ricorrente, che era in possesso di tutti gli altri requisiti richiesti dal bando, era stata esclusa dalla procedura perché non aveva la cittadinanza italiana. Secondo l'amministrazione resistente, il Ministero della Giustizia, il requisito della cittadinanza per l'accesso ai pubblici uffici, previsto da bando, era coerente con i principi costituzionali che regolano la pubblica amministrazione, di cui agli art. 97 e 98; era espressamente richiesto dall'art. 51 della Costituzione ed era disciplinato dalla normativa nazionale, in particolare dall'art. 1 del PDCM 174/1994 e dall'art. 38 del dlgs 165/2001.

In questo caso, quindi, si è presentata una posizione ribaltata rispetto a quella vista negli altri procedimenti finora esaminati, con l'amministrazione che mostra un'evidente chiusura rispetto alla disciplina europea e l'altra parte in giudizio che pretende la conformità della legislazione italiana alle norme di diritto dell'Unione europea. Il differente approccio utilizzato dal MIBACT e dal Ministero della Giustizia appare abbastanza ambiguo, visto che si tratta di due Ministeri i cui Titolari sono componenti dello stesso Governo e, pertanto, dovrebbero mantenere una certa unità di indirizzo politico ed amministrativo.

Ricevuto il ricorso, il Tribunale ha, innanzitutto, chiarito la sua competenza a giudicare. Secondo il giudice del lavoro, infatti, l'inserimento del requisito di cittadinanza nel bando ha generato una potenziale comportamento discriminatorio, rispetto ai quali sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, essendo irrilevante che il comportamento discriminatorio consista nella emanazione di un atto amministrativo.

Per quanto riguarda, infine, la questione di principale interesse, cioè le regole che disciplinano l'accesso alla pubblica amministrazione, il Tribunale di Firenze, dopo aver riconosciuto il primato del diritto dell'Unione europea sulla legislazione italiana ed aver ricostruito in maniera approfondita e dettagliata la giurisprudenza della Corte di giustizia europea sull'applicazione dell'art. 45 (4) TFUE, ha concluso che l'assistente giudiziario agisce sempre sulla base di istruzioni e sotto la vigilanza o direzione del magistrato.

⁵³ Tribunale ordinario di Firenze, sezione Lavoro, ordinanza n. 1090/2017, 27 maggio 2017.

Pertanto, si tratta di una funzione ausiliaria, preparatoria all'esercizio di pubblici poteri. Alla luce di ciò, quindi, ha accolto il ricorso e ordinato di ammettere i candidati alle prove preselettive.

Il Tribunale di Firenze, seguendo lo stesso approccio adottato dal Consiglio di Stato, ha agito in maniera coerente con gli orientamenti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia. Cioè, *a)* è partito dal presupposto che la deroga di cittadinanza *ex art. 45 (5) TFUE* deve ricevere un'applicazione restrittiva, per non limitare eccessivamente la libera circolazione dei lavoratori; *b)* ha interpretato la legislazione italiana in maniera conforme alla normativa europea; *c)* ha preso in esame la natura della posizione specifica in questione e le competenze attribuite al suo titolare, in modo da valutare se fosse legittimo il ricorso alla deroga di cittadinanza.

8. Considerazioni conclusive

La vicenda degli incarichi affidati a cittadini di altri Stati membri per la direzione dei poli museali di rilevante interesse nazionale ha riproposto una dinamica giudiziaria che già si era manifestata in passato, precisamente nel caso *Haralambidis*. Anche in quella circostanza il TAR Puglia non solo ha evitato di sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, ma nella sentenza non ha mai richiamato il diritto dell'Unione europea, motivando la sua decisione esclusivamente sul diritto interno. In sede di appello, invece, il Consiglio di Stato, giustamente, ha rilevato che la questione riguardava l'applicazione del diritto europeo, nella fattispecie di una disciplina di non semplice interpretazione, e, di conseguenza, ha sollecitato la pronuncia della Corte di giustizia. Acquisita la sentenza di quest'ultima, non solo vi si è conformato, ma ne ha anche approfondito le argomentazioni, ribaltando così la decisione adottata in primo grado.

Nella vicenda qui in esame, l'epilogo sarà con ogni probabilità lo stesso. Infatti, dopo la sentenza di primo grado, in cui il TAR Lazio ha confermato il suo *non-European approach*, omettendo qualsiasi riferimento al diritto dell'Unione europea, il Consiglio di Stato ha immediatamente mutato orientamento. Appena ricevuto il ricorso in appello del MIBACT, ha sospeso, attraverso due ordinanze del 16 giugno scorso, l'efficacia delle sentenze di primo grado e ha disposto di rimettere in servizio i direttori stranieri che erano stati dimessi. Nel frattempo, il massimo organo di giustizia amministrativa si è, inoltre, pronunciato su un caso strettamente attinente a quello qui preso in esame, cioè quello del Parco archeologico del Colosseo. In questa circostanza, ha confermato il suo approccio *european-oriented*, ricostruendo in maniera dettagliata la giurisprudenza della Corte di giustizia europea e applicando la legislazione nazionale in maniera conforme al diritto dell'Unione europea. Questa pronuncia, quindi, lascia presupporre che anche negli altri casi di cui si è discusso, per i quali ha fissato la data dell'udienza dibattimentale il prossimo 26 ottobre, il Consiglio ribalterà la sentenza del TAR Lazio, senza nemmeno richiedere un esame

pregiudiziale alla Corte di giustizia. Una simile conclusione è più che ragionevole, dal momento che i direttori dei poli museali non esercitano in maniera abituale poteri d'imperio. Né, tantomeno, una riserva ai cittadini nazionali può essere fondata sulla semplice motivazione che la tutela del patrimonio culturale rappresenta un interesse generale dello Stato. A differenza di quanto previsto nell'ormai datata normativa italiana, infatti, la Corte di giustizia ha ripetutamente precisato che una deroga ai sensi art. 45(4) TFUE può essere giustificata solo per posizioni che comportino *sia* l'esercizio di pubblici poteri, *sia* la tutela di un interesse generale⁵⁴. A questo proposito, la saga giudiziaria sui direttori dei musei ha chiaramente mostrato la necessità di aggiornare la normativa italiana, di fatto risalente al 1993, visto che il dlgs del 2001 non ha per nulla modificato la disciplina delle riserve si posti ai cittadini nazionali, in modo da renderla più precisa e per adeguarla alla disciplina europea nel frattempo sviluppatasi. In questo modo si semplificherebbe sostanzialmente il lavoro dell'interprete, il quale, tuttavia, è comunque tenuto a conoscere ed applicare il diritto dell'Unione europea.

Con quanto sia poi irrilevante da un punto di vista giuridico, nel caso di specie, fra l'altro, pare che, a differenza di quanto deciso dal TAR Lazio, il richiamo agli "standard internazionali" inserito nel testo del d.l. del 31 maggio 2014 presuppone anche la volontà di aprire la direzione dei poli museali a dirigenti non italiani, quantomeno ai cittadini europei. Non indicherebbe, invece, come affermato dal TAR Lazio la semplice intenzione del legislatore di migliorare «gli aspetti sostanziali e contenutistici dell'offerta museale italiana, appunto rapportandola e adeguandola agli analoghi servizi offerti dai migliori istituti di altri Paesi». Proprio guardando agli altri Paesi, d'altronde, si può notare come già in altri contesti tali posizioni siano accessibili a cittadini stranieri. Ad esempio, in Olanda, sebbene i poli museali siano entità indipendenti, su cui, però, il Ministero si riserva un potere di controllo, soprattutto per quanto riguarda la nomina dei direttori, esistono due realtà importanti la cui direzione è affidata a cittadini non olandesi, cioè il *Van Gogh Museum* e lo *Stedelijke Museum of Amsterdam*⁵⁵.

In conclusione, occorre ribadire che la vicenda appena analizzata non avrebbe avuto luogo di esistere se il legislatore, certamente a conoscenza dell'orientamento giurisprudenziale assunto dalla Corte di giustizia in materia di accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione, avesse avuto l'accortezza di precisare che i direttori dei poli museali di interesse nazionale avrebbero potuto essere selezionati anche fra persone di nazionalità non italiana, purché cittadini europei. Una simile dimenticanza, tuttavia, non giustifica il fatto che il TAR abbia dimenticato il fatto che il diritto interno va interpretato conformemente al diritto dell'Unione europea. A questo proposito, si deve rilevare che in dottrina, già da tempo, è stata fatta notare

⁵⁴ Corsivo aggiunto.

⁵⁵ Si ringrazia Naomi Hirschfeld, *Public Correspondence Unit Ministry of Education, Culture and Science*, per le informazioni fornite sul sistema olandese di gestione dei musei.

L'importanza di perfezionare la conoscenza del diritto dell'Unione europea fra gli operatori giuridici ed è stato segnalato proprio che «alla luce della segnalata disciplina del concorso per Consigliere di Stato, appare stupefacente che, a tutt'oggi, il diritto dell'Unione europea non sia stato formalmente menzionato nelle prove del concorso per referendario dei Tribunali amministrativi regionali come materia orale (se non pure di quella scritta)»⁵⁶. Visto il livello di stretta interdipendenza esistente fra l'ordinamento europeo e quello nazionale è, infatti, di primaria importanza che la conoscenza del Diritto dell'UE assuma un ruolo prioritario. A sostegno di ciò, si può richiamare un breve passaggio dell'intervento tenuto dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, in occasione dell'incontro del 9 ottobre scorso con i Magistrati Ordinari in Tirocinio. In quell'occasione ha ricordato che «la prospettiva non più solo nazionale nella quale il magistrato deve muoversi delinea un orizzonte più ampio entro il quale rendere effettiva e autentica la applicazione della legge e, attraverso di essa, la tutela dei diritti; il che non vuol dire disperdere la propria tradizione giuridica bensì alimentarla in una dimensione europea al fine di assicurare che la tutela sia completa ed efficace». Di conseguenza, ha precisato ai Magistrati presenti che «è parte anche del vostro lavoro, quindi, il compito di mantenere viva l'interlocazione con la Corte di giustizia dell'Unione europea e con la Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di assicurare l'uniformità del diritto europeo, mantenendo sempre prioritario il rispetto dei nostri valori costituzionali»⁵⁷.

⁵⁶ C. CURTI GIALDINO, *Prolegomeni, ovvero la formazione del giurista europeo e i commentari ai Trattati sull'Unione europea*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, pp. 14 ss. Il contributo è anche riprodotto nella *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 1, gennaio-marzo 2012, pp. 79-98.

⁵⁷ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'incontro con i Magistrati Ordinari in Tirocinio nominati con D.M. 3 febbraio 2017. Disponibile on line su: «<http://www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=721>». Ultimo accesso il 10 ottobre 2010.