

Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria -
Sentenza 18 aprile-25 giugno 2018 n. 9

IL COMMENTO

Marcello Clarich
e Giuliano Fonderico

Riserva di nazionalità, non può riguardare tutti i dirigenti pubblici

Mentre si fa sempre più acceso lo scontro tra europeisti e sovranisti, i giudici continuano a tracciare i confini tra il diritto europeo e quello nazionale spesso ampliando il territorio del primo. Anche nell'ultimo caso relativo ai direttori dei musei, deciso dall'Adunanza plenaria n. 9/2018 del Consiglio di Stato, è il diritto europeo a segnare un punto a proprio favore.

La vicenda

La vicenda nasceva da una procedura di selezione per i direttori di strutture museali. Tra le questioni sollevate sin dal giudizio di primo grado vi era quella della nazionalità non italiana, ma di un altro Stato membro della Ue, di uno dei candidati selezionati. Il Tar del Lazio aveva affermato che il possesso della nazionalità italiana fosse imprescindibile, in quanto richiesta dal Dpcm 174/1994 applicabile a tutti gli incarichi dirigenziali dello Stato. Il Tar non riteneva che tale norma fosse incompatibile con i Trattati, e in particolare con le norme sulla circolazione dei lavoratori, perché queste ammettono deroghe per gli incarichi nelle pubbliche amministrazioni che comportano l'esercizio di pubblici poteri.

Il passaggio al Consiglio di Stato e poi alla Plenaria

Va imputato al legislatore il fatto di non aver risolto in modo definitivo il problema, lasciando in vigore una norma che, al di là della soluzione di singoli casi, ha una tecnica difficilmente conciliabile con il diritto europeo: il nostro sistema avrebbe bisogno di leggi nazionali chiare, precise e conformi alle regole Ue, non discipline da disapplicare.

La questione è arrivata al Consiglio di Stato che con una prima sentenza della sezione VI l'ha rimessa all'Adunanza plenaria. La sezione ha riconosciuto l'esistenza di soluzioni discordanti - un precedente non lontano dello stesso Consiglio, sentenza n. 3666/2017, aveva disapplicato il requisito della nazionalità previsto dal Dpcm, ritenendolo in contrasto con il diritto Ue - e così, pur propendendo per l'applicazione della norma nazionale, ha chiesto che l'Adunanza plenaria resolvesse la questione.

La sentenza della Plenaria n. 9 del 2018, che ha ammesso la possibilità di nominare cittadini non italiani come direttori dei musei nazionali, ha un impatto più generale sotto due profili.

In primo luogo, anche sulla scorta dei precedenti della Corte costituzionale, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito la primazia del diritto europeo sul diritto nazionale con la conseguente necessità per il giudice italiano di disapplicare anche d'ufficio la norma interna contrastante con norme europee.

La disapplicazione per contrasto con il diritto Ue

La disapplicazione per contrasto con il diritto Ue, da questo punto di vista, ha un regime che non può essere assimilato ai restanti casi di disapplicazione ammessi nel processo amministrativo, riguardando questi ultimi i soli atti di natura regolamentare e incontrando limiti che non rilevano rispetto al contrasto con norme Ue. L'Adunanza plenaria ha ritenuto che la conclusione valesse a più forte ragione nel caso di specie, dove si fronteggiavano, da un lato, il principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea che ammette deroghe solo in ipotesi tassative (articolo 45 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea); dall'altro lato, la cosiddetta riserva di nazionalità italiana prevista da un regolamento governativo per tutti i dirigenti statali e non statali (Dpcm 7 febbraio 1994 n. 174), inclusi dunque i direttori dei musei. Dunque, più che di disapplicare la norma interna in contrasto con quella Ue, si trattava di fare diretta applicazione di norme

Ue "chiare e autoapplicative".

In simili circostanze, la disapplicazione è inevitabile una volta che sia appurata, come in questo caso, che la norma nazionale non può essere corretta in via interpretativa per renderla conforme al diritto Ue. La disapplicazione però non risolve il problema, perché la norma resta in vigore, genera altre controversie e magari trova qualche altro giudice pronto ad applicarla.

In secondo luogo, posto che il Dpcm in discussione riguarda tutti i dirigenti statali, i principi affermati dal Consiglio di Stato hanno una portata che va al di là della questione dei direttori dei poli museali di rilevante interesse nazionale. Su questo punto, la sentenza ha rammentato la giurisprudenza restrittiva della Corte di giustizia in merito alle deroghe che il diritto nazionale può introdurre alla libertà di circolazione dei lavoratori. Occorre che l'impiego implichi una partecipazione "diretta e specifica" all'esercizio di pubblici poteri e che tale partecipazione sia caratterizzante della funzione, sia cioè prevalente rispetto all'insieme delle attività espletate.

Le conclusioni

Con queste premesse, l'Adunanza plenaria ha concluso che l'intera dirigenza pubblica non può essere inclusa in blocco nella riserva di nazionalità, con una norma "orizzontale" che accomuna situazioni per loro natura eterogenee, nelle quali il "grado di partecipazione" ai pubblici poteri può essere oggettivamente variabile. Occorrerebbe invece individuare, come richiesto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le posizioni correlate all'esercizio di pubblici poteri e alla tutela degli interessi generali dello Stato. La

clausola di nazionalità si giustifica cioè solo per gli impieghi che comportano esercizio di sovranità in senso proprio.

Nel caso specifico, il Consiglio di Stato, ha ritenuto che la clausola di nazionalità non sia applicabile per i direttori dei musei le cui funzioni hanno natura in gran parte organizzativa, gestionale e di valorizzazione

Le funzioni dei direttori museali hanno natura organizzativa, gestionale e di valorizzazione delle risorse

zione delle risorse. Vi sono anche poteri autoritativi, come l'autorizzazione al prestito delle opere o le funzioni di stazione appaltante, che però non possono essere ritenuti caratterizzanti e prevalenti e dunque non possono giustificare la deroga al principio della libera circolazione. Analoga è la situazione per le guardie giurate e per i presidenti delle Autorità portuali, oggetto di precedenti richiamati dalla pronuncia del Consiglio di Stato.

Le conclusioni nette dell'Adunanza plenaria non devono però far ritenere che la soluzione del caso fosse scontata. In realtà, una volta applicato alla dirigenza pubblica, il test del coinvolgimento nell'esercizio di pubblici poteri ha per sua natura profili sfumati, secondo che si valorizzino o meno le funzioni più propriamente autoritative. La giurisprudenza amministrativa ha oscillato vistosamente negli ultimi due anni e, se non avesse provveduto la Plenaria, prima o poi la questione sarebbe dovuta giun-

gere alla Corte di giustizia.

Resta il "problema" della norma

Va imputato però al legislatore il fatto di non aver risolto in modo definitivo il problema, lasciando in vigore una norma che, al di là della soluzione di singoli casi, ha una tecnica *one size fits all* difficilmente conciliabile con il diritto europeo. Anche nel disciplinare il reclutamento dei direttori dei poli museali di rilevante interesse nazionale in deroga ai contingenti con contratti di diritto privato di durata da tre a cinque anni (articolo 2-bis del Dl 83/2014), il legislatore ha perso l'occasione di precisare che i concorsi sarebbero stati aperti anche a cittadini europei.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria invita il Governo, «per evidenti ragioni di certezza giuridica», a rivedere il regolamento alla luce dei principi europei. In effetti, sul piano dei rapporti tra il diritto Ue e il diritto interno, anche una situazione di incertezza costituisce di per sé una possibile infrazione da parte dello Stato membro, rimediabile solo rimuovendo formalmente la disposizione interna. Si tratta però di un lavoro complesso che richiede un'analisi delle varie tipologie di dirigenti statali e non statali e delle funzioni attribuite a ciascuna di esse. Forse questa potrebbe essere l'occasione per rimettere in moto la riforma della dirigenza pubblica, arenatasi nella precedente legislatura.

Come dimostra il caso dei direttori dei musei, che in questi anni ha creato una situazione imbarazzante per il nostro Paese, il sistema ha bisogno di norme nazionali chiare, precise e conformi al diritto europeo, non di norme da disapplicare. ●