

CONCORSI A PUBBLICI IMPIEGHI

PATRIMONIO CULTURALE

Giornale Dir. Amm., 2017, 4, 492 (nota a sentenza)

MUSEI ITALIANI E DIRETTORI STRANIERI - L'ANNULLAMENTO DELLA NOMINA DEI DIRETTORI DEI MUSEI: LA VICENDA PROCESSUALE

di Maria Paola Monaco

T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, 24 maggio 2017, n. 6170

T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, 07 giugno 2017, n. 6719

Cons. Stato Sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3665

Cons. Stato Sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3666

cost. art. 51

D.P.C.M. 29-08-2014, n. 171, epigrafe

D.Lgs. 30-03-2001, n. 165, Articolo 38

Il T.A.R. del Lazio, con le sentenze n. 6170 e 6171 del 24 maggio 2017 ha annullato le nomine dei direttori di cinque dei venti direttori dei musei di rilevante interesse nazionale nominati nel settembre 2015 a conclusione di una selezione pubblica internazionale. Partendo dal presupposto - peraltro affatto scontato - della natura concorsuale della selezione i giudici, affermata la loro competenza, accolgono alcuni dei motivi prospettati dai ricorrenti. Il contributo, ricostruita la vicenda processuale, si sofferma sulla connotazione della procedura selettiva e sulle modalità con le quali si è svolta, prefigurando come possibile, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali più recenti, una diversa lettura interpretativa.

Sommario: Il contesto - L'antefatto - La questione di giurisdizione - Svolgimento della procedura, operato della Commissione e discrezionalità tecnica

Il contesto

Con il D.L. 31 maggio 2014, n. 83 convertito in L. 29 luglio 2014, n. 106 "Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo" il Governo prima ed il Parlamento poi, in sede di conversione, hanno realizzato un epocale cambiamento nell'amministrazione dei beni culturali ⁽¹⁾. Il decreto, frutto di un preciso progetto finalizzato a recuperare quella missione di educazione e ricerca che deve caratterizzare ogni amministrazione che intenda operare nel campo dei beni culturali, ha avuto attuazione con il D.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171 ("Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, a norma dell'articolo 16, comma 4, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89"), il cui *focus* si è appuntato sulla realizzazione di un sistema museale fortemente orientato al contesto internazionale. Si trattava di "rispondere, pur con qualche decennio di distanza, ai rilievi che venivano mossi (...), tra gli altri, da Ranuccio Bianchi Bandinelli e da Giulio Carlo Argan già negli anni Cinquanta e Sessanta del XX secolo. Bianchi Bandinelli osservava come le 'preoccupazioni' gestionali e amministrative assorbissero completamente l'attività dei soprintendenti, impossibilitati perciò a 'seguire' a essere studiosi. Argan notava come i musei italiani fossero incapaci di svolgere un ruolo attivo nella educazione e nella formazione, avessero uno 'sviluppo lentissimo', una funzione con 'un raggio limitatissimo' e una 'presa' minima sulla società contemporanea, senza alcun legame con l'insegnamento nelle scuole e nelle università" ⁽²⁾.

Non è nostro compito analizzare la complessa riforma realizzata dal D.L. 31 maggio 2014, n. 83 convertito in L. 29 luglio 2014, n. 106, parendo opportuno rinviare, per una per un'esaustiva ricostruzione dello stato dell'arte, ad un pregevole approfondimento ad essa espressamente dedicato ⁽³⁾. Ai fini della comprensione delle vicende processuali che hanno portato all'annullamento della nomina dei direttori di alcuni musei è sufficiente, infatti, fermare l'attenzione sul nuovo assetto organizzativo realizzato dall'art. 14, comma 2 *bis*, D.L. 31 maggio 2014, n. 83 convertito in L. 29 luglio 2014, n. 106, che consente di delineare, mediante un regolamento ministeriale, in termini di uffici di livello dirigenziale, nuovi poli museali e luoghi della cultura statali di rilevante interesse nazionale ⁽⁴⁾. Gli incarichi di direzione di queste strutture possono essere conferiti mediante procedure di selezione pubblica "a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali e in possesso di una documentata esperienza di elevato livello nella gestione di istituti e luoghi della cultura". Nel complessivo piano riorganizzativo tale richiamata procedura selettiva è stata oggetto d'impugnativa da parte di alcuni candidati non vincitori. A conclusione del giudizio di primo grado, il 24 maggio 2017, il T.A.R. per il Lazio - Sez. II *quater* con le sentenze n. 6170 e 6171 ha accolto i ricorsi disponendo, contestualmente, l'annullamento degli atti impugnati.

L'antefatto

La procedura, avviata con decreto del Direttore generale della Direzione generale organizzazione del Mibact ⁽⁵⁾, aveva la finalità di conferire incarichi di direzione "secondo le modalità previste dall'articolo 14, comma 2-bis, del decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2014, n. 106", per 20 istituti e musei "di rilevante interesse nazionale" connotati dal D.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171 "Regolamento di riorganizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (...)" in termini di strutture dirigenziali ⁽⁶⁾. L'esigenza di procedere all'aggiornamento della disciplina concernente i criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali nel rispetto dei principi e delle procedure stabilite dall'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001 e dall'art. 20 del CCNL della dirigenza dell'Area 1 - quadriennio 2002-2005,

sottoscritto il 21 aprile 2006, aveva fatto seguire al decreto di riorganizzazione, il D.M. 27 novembre 2014 di "Disciplina dei criteri e delle procedure per il conferimento degli incarichi dirigenziali". Il decreto ascrive alla competenza del Ministro la possibilità di stabilire quali incarichi dirigenziali, relativi ai poli museali e agli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale, possano essere conferiti con procedure di selezione " *distinte da quelle dirette al conferimento di altri incarichi*". La "distinzione" implica che, nel caso di specie, non trovi applicazione, in attuazione di quanto prescritto dall'art. 14 comma 2 *bis*, la disposizione "ordinaria" di cui all'art. 19, comma 6, D.Lgs. n. 165/2001 relativa al conferimento di incarichi dirigenziali a personale esterno alla p.a. né i criteri specifici stabiliti, per tali ipotesi, dall'art. 2, comma 4, dello stesso decreto ministeriale. Si prevede altresì che Ministro e Direttore generale, ai fini della selezione, possano avvalersi di una o più commissioni composte da tre o cinque membri scelti fra esperti di chiara fama nel settore del patrimonio culturale.

In questo complesso panorama si inserisce il successivo decreto d'indizione della selezione pubblica per il conferimento dell'incarico di direttore in sette istituti di livello dirigenziale generale e tredici di livello dirigenziale non generale. Per la selezione della terna di candidati da presentare al Ministro o al Direttore generale, sui quali ricade la scelta finale del candidato più idoneo, si prevede di avvalersi di una Commissione di valutazione che opererà "oltre che in base ai criteri di cui all'art. 19, comma 1, del d.lgs. 165/2001" anche in base ai criteri esposti nel bando - titoli, esperienza professionale maturata in Italia e/o all'estero, ulteriori competenze. Alla Commissione è riservata la possibilità di individuare i punteggi da assegnare ai titoli posseduti dai candidati nonché di introdurre "ulteriori criteri di valutazione" purché con "distribuzione di punteggio tra tutti i criteri" e fermo restando che peso preponderante debba essere attribuito "al possesso di particolare e comprovata qualificazione professionale in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali e di una documentata esperienza di elevato livello nella gestione degli istituti e luoghi di cultura".

La procedura, ispirata ad una prassi che si sarebbe voluta consolidare ⁽⁷⁾, si compone, quindi, di due fasi: una prima, in cui la Commissione, seguendo i criteri esposti, procede alla selezione di un numero massimo di 10 candidati per ciascun istituto per comporli, a seguito di un colloquio orale, in una terna. Una seconda, nella quale il Ministro o il Direttore generale del Mibact scelgono da tale terna il vincitore "sulla base dell'analisi condotta dalla commissione e del giudizio finale da questa espresso, tenuto conto altresì delle eventuali preferenze indicate dai partecipanti nella lettera di motivazione presentata all'atto della candidatura". In questo contesto si sono sviluppate le impugnative che hanno evidenziato l'illegittimità della procedura rilevando che, anteriormente al suo svolgimento, non si sarebbe proceduto alla verifica della presenza o meno di risorse umane interne già in possesso dei requisiti professionali richiesti; che i punteggi assegnati ai titoli e alle esperienze dei candidati non sarebbero stati adeguatamente evidenziati; che i colloqui si sarebbero svolti a porte chiuse e senza motivazioni idonee a spiegare l'attribuzione dei punteggi. La selezione, infine, aveva portato alla nomina di soggetti privi della cittadinanza italiana in modo del tutto illegittimo in quanto tali tipi d'incarichi, comportando l'esercizio di poteri amministrativi autoritativi, sarebbero riservati esclusivamente a cittadini italiani.

La questione di giurisdizione

Dal punto di vista procedurale ancorché logico la prima censura che i giudici delle sentenze in commento si trovano ad affrontare concerne la questione relativa alla giurisdizione. Non è assolutamente pacifico, infatti, in fattispecie come queste, ritenere la competenza del giudice amministrativo deponendo, in senso contrario, l'art. 63, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001, che devolve espressamente al giudice ordinario "le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali". Essendo il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione equiparato dalla legge al lavoro privato, gli atti di conferimento d'incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali e sono null'altro che espressione dell'esercizio di poteri analoghi a quelli del datore di lavoro privato ⁽⁸⁾. Sebbene sia questo il principio generale che stabilisce la competenza dei giudici in tema di cognizione degli incarichi dirigenziali, considerazioni particolari devono essere fatte nelle diverse ipotesi in cui l'attribuzione degli incarichi segua lo svolgimento di una procedura selettiva. In tali evenienze, infatti, il rigore del primo comma dell'art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001, che porta ad escludere possibili fughe dalla dichiarata competenza del giudice ordinario, finisce per essere stemperato dalla previsione del quarto comma dello stesso articolo ai sensi del quale "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni". La valorizzazione del momento procedurale selettivo, quale fase prodromica all'attribuzione dell'incarico di funzione dirigenziale, ha consentito, infatti, al Consiglio di Stato e alle Sezioni unite della Cassazione di operare delle distinzioni sulla giurisdizione in connessione con le modalità di svolgimento della procedura selettiva attivata antecedentemente al conferimento dell'incarico dirigenziale ⁽⁹⁾. Qualora, infatti, la procedura selettiva, indipendentemente dal *nomen* utilizzato, sia aperta a soggetti in possesso di predeterminati requisiti soggettivi, sia caratterizzata dalla concorrenzialità fra i partecipanti alla selezione e sia destinata a concludersi con la formazione di una graduatoria di merito, assumendo le caratteristiche proprie della procedura concorsuale può, in applicazione del comma 4 dell'art. 63 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, rientrare nella competenza del giudice amministrativo. Qualora, invece, la selezione non acquisti natura "concorsuale", in quanto sebbene l'individuazione del soggetto al quale conferire l'incarico dirigenziale avvenga all'esito di una valutazione comparativa di una rosa di candidati anche esterni all'amministrazione sulla base di curricula a tal fine esaminati, ma le modalità di svolgimento non assumano carattere competitivo, la giurisdizione sulle relative controversie resta nella cognizione del giudice ordinario. In tali ipotesi la valutazione effettuata dall'amministrazione durante lo svolgimento della procedura selettiva è d'idoneità ⁽¹⁰⁾ del candidato e di rispondenza del profilo professionale emergente dal singolo *curriculum* alle esigenze funzionali del posto da ricoprire ⁽¹¹⁾.

Nelle pronunce i giudici della Sezione II *quater* del T.A.R. per il Lazio riferiscono i più recenti orientamenti giurisprudenziali che valorizzano, ai fini dell'individuazione del giudice competente, la connotazione della selezione in termini di concorso o di semplice selezione. Non appare agevole, tuttavia, cogliere l'esatto

valore di tale richiamo in quanto, nelle motivazioni che corredano la sentenza, i giudici non sviluppano, in modo esplicito, argomentazioni volte ad evidenziare la connotazione concorsuale o meno della procedura selettiva. Delle due l'una: o la connotazione in termini concorsuali della procedura è data per "scontata" ovvero la competenza del giudice amministrativo potrebbe essere ritenuta in ragione di un diverso motivo. I giudici, in entrambe le sentenze, affermano che "l'eccezione è infondata tenuto conto che con il ricorso introduttivo parte ricorrente ha posto sotto i riflettori dello scrutinio contenzioso di legittimità non l'atto di natura privatistica con il quale si conferisce l'incarico dirigenziale, bensì il procedimento amministrativo ad esso prodromico che si compendia negli atti della procedura selettiva dei candidati aspiranti alla posizione dirigenziale ed in quelli ad essi presupposti costituenti il bando di selezione ed i criteri di valutazione delle domande e dei titoli presentati" ⁽¹²⁾. Sebbene nelle motivazioni dei giudici non se ne rinvenga un espresso richiamo, l'aver affermato che sia stato posto "sotto i riflettori dello scrutinio contenzioso di legittimità non l'atto di natura privatistica" con il quale si conferisce l'incarico dirigenziale "bensì il procedimento amministrativo ad esso prodromico che si compendia negli atti della procedura selettiva dei candidati aspiranti alla posizione dirigenziale ed in quelli ad essi presupposti costituenti il bando di selezione ed i criteri di valutazione delle domande e dei titoli presentati" ⁽¹³⁾ potrebbe ricollegarsi a quella giurisprudenza che, già in passato, aveva affermato la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in riferimento alle controversie nelle quali "la contestazione invest[*a*] direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi" ⁽¹⁴⁾. Su questi presupposti si è affermata l'esistenza di due ipotesi in cui è lecito ritenere la competenza del giudice amministrativo "nei casi in cui la contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti di macro organizzazione e dei provvedimenti che determinano i modi di conferimento della titolarità degli uffici pubblici dirigenziali" nonché nei casi di "controversie in materia di procedure concorsuale per l'assunzione di dipendenti della p.a." ⁽¹⁵⁾. Qualora, quindi, l'amministrazione definisca i modi di conferimento della titolarità degli uffici ⁽¹⁶⁾ tramite specifici atti normativi che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001, sono tipici atti di espressione di poteri pubblicistici, la contestazione in giudizio della loro legittimità implicherebbe la deduzione di posizioni di interesse legittimo ⁽¹⁷⁾. In queste ipotesi il rapporto di lavoro non costituirebbe l'effettivo oggetto del giudizio ma lo sfondo rilevante ai fini di qualificare la prospettata posizione soggettiva del ricorrente, derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto. L'indirizzo espresso sembra così sostituire al criterio di competenza per materia quello della distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi che, da sempre, ha costruito il riparto di giurisdizione fra g.a. e g.o.

La soluzione interpretativa propugnata dai giudici sarebbe dovuta arrivare a conclusioni opposte e, quindi, avrebbe dovuto escludere la competenza del g.a. proprio nel caso in cui avesse esplicitato in motivazione le caratteristiche della procedura selettiva. Il bando di selezione non ha previsto una graduatoria finale, ma una terna di candidati, valutati idonei da una Commissione e, al contempo ha distinto tra fase di "selezione" dei curricula e delle lettere di motivazione e fase dei colloqui, strumentale all'"individuazione" dei candidati da inserire nella terna. È proprio questa la posizione espressa dai giudici della sesta sezione del Consiglio di Stato ⁽¹⁸⁾ in una recentissima pronuncia relativa ad una fattispecie simile a quella che ha portato alla nomina dei direttori dei musei. Nel caso esaminato dai giudici di Palazzo Spada si trattava, infatti, di una procedura di selezione indetta dal Presidente del CNR, con proprio decreto, per la nomina di sette direttori per altrettanti istituti dipendenti dal proprio ente, fra i quali l'Istituto di biostrutture e bioimmagini di Napoli. Il bando - similmente a quello indetto per la nomina dei direttori dei musei - prevedeva che un'apposita commissione accertasse "l'alta qualificazione ed esperienza scientifica, professionale e manageriale dei candidati tenendo conto delle esigenze scientifiche e organizzative dell'Istituto interessato" e formulando "su ciascuno un giudizio discorsivo, secondo criteri predeterminati dalla commissione stessa, che deve in base ad essi valutare i titoli presentati e il colloquio con l'interessato". La prima fase della procedura - ossia quella svolta dalla Commissione - aveva lo scopo di comporre "una terna di candidati idonei da presentare al Consiglio di amministrazione (...) per la scelta finale, per la quale non è dato un criterio esplicito". La diversa e più appropriata ricostruzione della procedura selettiva consente al Consiglio di Stato di affermare che "non sono invece procedure concorsuali - e la cognizione delle controversie relative appartiene al Giudice ordinario - le procedure a carattere c.d. idoneativo, in cui ci si limita a verificare, se i candidati, in base ai titoli posseduti, sono idonei a ricoprire un dato incarico e si predispongono di conseguenza un elenco, entro il quale l'amministrazione interessata sceglie in base a criteri di carattere essenzialmente fiduciario il soggetto da nominare". D'altra parte già in precedenza sia il Consiglio di Stato ⁽¹⁹⁾ che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ⁽²⁰⁾ si sono pronunciate negli stessi termini sulla similare fattispecie della nomina dei dirigenti delle strutture complesse nella sanità. Parimenti le stesse conclusioni sono state raggiunte con riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali di cui all'art. 110, D.Lgs. n. 267/2000 che prevede che l'attribuzione avvenga "previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico" ossia, quindi, in fattispecie che hanno tutte una disciplina sostanziale estremamente simile a quella dell'art. 14, comma 2 *bis*, D.L. n. 83/2014. Al riguardo, pertanto, appaiono di assoluto rilievo i principi espressi dalle Sezioni Unite della Cassazione che ritengono la giurisdizione del giudice ordinario in tutti i casi in cui l'individuazione del soggetto al quale conferire l'incarico costituisca "l'esito di una valutazione di carattere discrezionale, che rimetta all'amministrazione la scelta del tutto fiduciaria del candidato da collocare in posizione di vertice, ancorché ciò avvenga mediante un giudizio comparativo tra curricula diversi" ⁽²¹⁾. La fiduciarità è, quindi, l'elemento che esclude, in radice, possibili connotazioni concorsuali della procedura selettiva per caratterizzarla in termini idoneativi.

Svolgimento della procedura, operato della Commissione e discrezionalità tecnica

Rigettate le questioni giurisdizionali, si tratta di verificare entro quali limiti le censure sollevate dai ricorrenti abbiano indotto i giudici ad accoglierle. Così, in relazione alla rilevata illegittimità della procedura per violazione dell'art. 19, comma 6, D.Lgs. n. 165/2001, i giudici hanno avuto buon gioco nell'escluderne la fondatezza, richiamando quelle parti del D.L. n. 83/2014 convertito nella L. n. 106/2014 che introducono deroghe sia all'obbligo della previa ricerca, all'interno del ruolo dell'amministrazione, di dipendenti in possesso dei requisiti descritti nel bando di selezione sia ai limiti di contingentamento ⁽²²⁾.

Le altre censure sollevate dai ricorrenti si appuntano sull'operato della Commissione e, più specificatamente, sulle modalità con cui questa, nell'effettuare la selezione abbia applicato ed interpretato il decreto legge e gli atti ad essa conseguenti.

Prima di verificare la fondatezza dei motivi adottati dai ricorrenti è d'obbligo effettuare - seppur brevemente - un inquadramento generale del potere valutativo di cui la Commissione è titolare. Tale potere, sebbene connotato da discrezionalità tecnica, non è configurabile in termini di potere "assoluto" essendo sottoposto, nel suo esercizio, al rispetto di determinati parametri e - ove richiesto - a successivi controlli dei giudici ⁽²³⁾. Il lungo e vivace dibattito sviluppatosi negli anni, porta a ritenere ormai superata quell'impostazione tradizionale che, assimilando la discrezionalità tecnica a quella amministrativa ⁽²⁴⁾, nei casi di dubbia ragionevolezza delle valutazioni effettuate dalla P.A. ammetteva la sindacabilità del provvedimento in relazione al solo profilo dell'eccesso di potere ⁽²⁵⁾ attraverso il controllo estrinseco della motivazione ⁽²⁶⁾. In quest'ottica un sindacato meramente logico formale non avrebbe impedito alla pubblica amministrazione di ri-emettere la stessa valutazione annullata in giudizio, magari semplicemente fortificandone le argomentazioni. Il quadro di riferimento è profondamente cambiato a seguito di un importante intervento del Consiglio di Stato ⁽²⁷⁾ che ha ritenuto ammissibile ed opportuna una verifica più incisiva e penetrante sugli apprezzamenti tecnici ⁽²⁸⁾. Secondo questa nuova interpretazione il giudice può ripetere la valutazione per verificare se il criterio tecnico adottato sia "sufficiente" ed "adeguato" e se il procedimento esplicativo del criterio sia stato esperito correttamente. Anche in questo caso, tuttavia, il provvedimento non potrà essere annullato qualora dalla consulenza tecnica emerga un risultato solo tecnicamente diverso rispetto a quello prodotto dall'apprezzamento, anch'esso tecnico, della P.A. Essendo le regole, astrattamente impieghiabili, in caso di discrezionalità tecnica, estremamente opinabili ⁽²⁹⁾, l'annullamento dell'atto potrebbe ammettersi, invece, solo ove la valutazione abbia dato luogo non ad un risultato semplicemente opinabile ma assolutamente inattendibile. Sebbene questo nuovo filone interpretativo abbia segnato i successivi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, nel peculiare ambito dei concorsi pubblici - genericamente intesi - l'impostazione prevalente è rimasta ferma alla più risalente elaborazione che ritiene ammissibile la sindacabilità del potere di valutazione della Commissione solo "dall'esterno". Le ragioni di un approccio così cauto riposano sull'irripetibilità del giudizio valutativo ⁽³⁰⁾ abbinate ad una sua rilevata soggettività assoluta ⁽³¹⁾ che considera il "giudizio tecnico-discrezionale della Commissione di concorso [...] espressione di valutazione di merito che, come tale, non è puntualmente sindacabile in sede di legittimità, se non nei casi in cui esso risulti *ictu oculi* macroscopicamente viziato da illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento dei fatti" ⁽³²⁾. In sostanza "il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è limitato al riscontro del vizio di eccesso di potere per manifesta illogicità, con riferimento ad ipotesi di erroneità o irragionevolezza riscontrabili *ab externo* e *ictu oculi* dalla sola lettura degli atti" ⁽³³⁾. Per quanto, quindi, il giudizio circa l'idoneità del candidato possa avvenire secondo regimi selettivi di volta in volta scelti dal legislatore ⁽³⁴⁾ non potrà mai prescindere dal rispetto degli obblighi motivazionali. Si tratterà tutt'al più di comprendere come questi debbano o possano essere espressi. La questione si pone, in modo particolare, con riferimento ai giudizi valutativi espressi in forma numerica, essendo difficile stabilire se possano essere ritenuti esaustivi della valutazione effettuata. La questione ha assunto peculiare rilievo a seguito dell'introduzione dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241 che, oltre a prevedere un obbligo diffuso di motivazione, con riferimento ai provvedimenti concernenti lo svolgimento dei concorsi pubblici specifica che la motivazione debba indicare "i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione" ⁽³⁵⁾. Tra i molteplici orientamenti che si sono susseguiti sul tema ⁽³⁶⁾, assolutamente prevalente risulta quello che ritiene che, in presenza di criteri di massima e parametri di riferimento sufficientemente specifici, il voto numerico attribuito alle prove o ai titoli di un concorso pubblico, in mancanza di norma contraria, sia idoneo ad esprimere e sintetizzare il giudizio tecnico della commissione ⁽³⁷⁾. Il punteggio, infatti, contiene già in sé, senza necessità di ulteriori spiegazioni, la motivazione in tutti i casi in cui i criteri di attribuzione dei voti siano estremamente dettagliati e contenuti in un'adeguata griglia di valutazione stabilita "a priori" ⁽³⁸⁾. In questi casi il punteggio numerico, muovendosi all'interno delle prefissate indicazioni, ottempera pienamente le prescrizioni dell'art. 3, L. n. 241/1990 ⁽³⁹⁾.

I principi teorici sopra espressi devono, a questo punto, essere contestualizzati con riferimento alle fattispecie sulle quali si sono pronunciati i giudici amministrativi.

Nulla quaestio sulla prima fase volta ad individuare i dieci candidati da sottoporre a colloquio. Qui la Commissione, nel rispetto del principio del buon andamento e di trasparenza della pubblica amministrazione, prima ha provveduto alla stesura dei criteri - titoli, professionalità e altri elementi da essa stessa indicati - sintetizzandoli in un giudizio tecnico discrezionale e, poi, li ha applicati attribuendo a ciascun titolo, attraverso la formulazione di un giudizio valutativo, i relativi punteggi ⁽⁴⁰⁾. I giudici, pertanto, in considerazione delle teoriche sopra esposte, hanno ritenuto che si ponesse al di fuori del loro perimetro valutativo "ogni apprezzamento della commissione con riferimento ai requisiti dimostrati dal candidato con la presentazione della domanda e degli allegati ad essa, alla quale sia stato attribuito un punteggio in quanto tale verifica conduce ad un sindacato profondo dell'operato della commissione che coinvolge anche il confronto tra i punteggi attribuiti ai candidati, spingendosi fino al giudizio comparativo dei requisiti in possesso del ricorrente e quelli il cui possesso è stato vantato dai concorrenti alle medesime posizioni dirigenziali cui aspira il ricorrente medesimo".

Nulla quaestio anche sulla seconda fase relativa allo svolgimento del colloquio e alla relativa attribuzione di punteggio. È evidente che se il T.A.R. non fosse incorso nell'equivoco iniziale, di equiparare la selezione dei direttori a un concorso pubblico, sarebbe approdato a conclusioni diverse. Tale selezione, infatti, non essendo una procedura concorsuale non si compone di un'unica fase ma - come più volte evidenziato - di due fasi distinte e separate, consequenzialmente collegate fra loro. Così, mentre la prima è funzionale alla valutazione dei titoli, delle esperienze e delle competenze di ciascun candidato, la seconda invece - come ben spiegato nel verbale della Commissione - ha la finalità di far "apprezza[re] direttamente il complesso del *curriculum* e della motivazione, nonché la potenzialità professionale nella gestione di un museo, con particolare riguardo all'autonomia scientifico-culturale, anche alla luce dei risultati ottenuti in precedenza, e in relazione alle caratteristiche del museo". Il colloquio, quindi, andando a valutare le caratteristiche, per così dire, "soggettive dei candidati" ed essendo finalizzato all'inserimento di costoro in una terna non avrebbe potuto dar luogo a soluzioni diverse da quelle adottate dalla Commissione, pena un'indebita compressione della discrezionalità della valutazione e della scelta che avrebbero poi dovuto compiere il Ministro o il Direttore generale. Evidenti i riflessi di queste considerazioni sul giudizio valutativo. Muovendosi nell'ottica concorsuale, infatti, il colloquio non potrebbe sostanzarsi in null'altro che in una "prova orale" nella quale non solo le domande devono essere predeterminate ma la Commissione non può prescindere dall'attribuzione di un punteggio a ciascuna di esse ovvero a ciascun gruppo di esse compreso nella materia esposta dal candidato. Al di fuori dell'ottica concorsuale, invece, non è necessario fornire una giustificazione in relazione all'utilizzo di ogni singolo punto. Così accade, per esempio, nelle cc.dd. procedure "idoneative" alle quali si ispira, con ogni evidenza, quella tratteggiata dal decreto ministeriale e dagli atti ad esso conseguenti. Il riferimento è, ancora una volta, alle procedure per il conferimento d'incarichi di direzione nelle aziende del servizio sanitario nazionale. L'esclusione della natura concorsuale di tali procedure consente alla giurisprudenza di affermare che la selezione del candidato, dato il carattere fiduciario della scelta, avvenga "ricercando non il migliore in senso assoluto ma il migliore anche in relazione alle attitudini necessarie per gestire, organizzare e dirigere il lavoro che afferisce all'incarico da ricoprire" (41).

Se questo è il contesto, allora perché mai i giudici affermano che i criteri in base ai quali la Commissione ha fatto corrispondere i punteggi alle classi di giudizio non sono comprensibili? Tali criteri sarebbero apparsi assolutamente comprensibili se fossero stati considerati riferibili a precisi gradi d'idoneità potenziale dei candidati a ricoprire l'incarico, in base alle motivazioni e alle priorità dell'azione e delle iniziative che il singolo candidato avrebbe inteso svolgere per valorizzare e gestire la singola struttura. E perché ancora affermano che il colloquio non ha portato all'applicazione di un punteggio ma di una semplice valutazione? Se non vi è necessità di comparare i candidati fra loro non vi è neanche la necessità di distinguerli all'esito del colloquio mediante l'attribuzione di valori interni alle singole classi di giudizio essendo sufficiente la formulazione di un'espressa e specifica motivazione da parte della Commissione, così come in uso in ambito internazionale. La natura non concorsuale della selezione avrebbe dovuto indurre, pertanto, i giudici a ritenere pienamente legittima - in linea con la sopra menzionata giurisprudenza - anche questa seconda fase procedurale, in quanto limitata alla verifica dei requisiti d'idoneità dei singoli aspiranti e alla predisposizione di un elenco di candidati, da comporre in una terna, teoricamente ugualmente dotati della professionalità e delle capacità richieste senza passare da valutazioni espresse nella forma di punteggi, dalla predisposizione di una graduatoria finale nonché da una specifica disciplina del colloquio orale.

Proprio in relazione ai colloqui appare ugualmente non ponderata la non celata "accusa" mossa alla Commissione di una mancata trasparenza nella loro conduzione. Come prontamente sottolineato all'indomani della pubblicazione delle sentenze (42) il T.A.R. "non ha accertato se - come pare - sia stata conservata la registrazione del colloquio" cosa indubitabile quanto meno con riferimento ai criticati colloqui avvenuti via Skype (43). La registrazione, infatti, "consente una forma di pubblicità anche maggiore perché vi si può accedere anche successivamente". Parimenti il T.A.R. non ha accertato "se le porte fossero aperte, se cioè ai locali dove si svolgevano le prove tutti potessero accedere" (44) fatto questo, peraltro, che dalla lettura delle sentenze sembra solo affermato dai ricorrenti, senza la produzione di specifiche prove sul punto.

Rinviano agli altri commenti l'approfondimento delle argomentazioni addotte in relazione alla presunta violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001 (45), si può conclusivamente ricordare come l'individuazione del diritto giurisprudenziale avvenga non solo per il tramite di una nozione "quantitativa", basata sull'uniformità delle decisioni, ma anche per il tramite di una dimensione qualitativa attinente al diverso grado di autorevolezza dell'interprete. La parola è ora del Consiglio di Stato (46).

(1) Il decreto-legge in commento è stato presentato alla Camera dei deputati il 31 maggio 2014 e approvato, con modificazioni, il 9 luglio dello stesso anno. Quali elementi cardine della 'riforma' venivano indicati: la creazione di un "sistema museale nazionale"; la costituzione di una nuova Direzione generale musei; il conferimento del massimo status amministrativo a venti musei di rilevante interesse nazionale, rimettendo la scelta dei direttori ad una selezione pubblica; la creazione in ogni Regione di Poli museali regionali, "incaricati di promuovere gli accordi di valorizzazione previsti dal Codice e di favorire la creazione di un sistema museale tra musei statali e non statali, sia pubblici, sia privati". Così D. Franceschini, *Verso un nuovo MiBACT. Franceschini: riorganizzazione del Ministero è rivoluzione dei beni culturali*, 18 luglio 2014, <http://www.beniculturali.it>.

(2) L. Casini, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, n. 3, 2014.

(3) L. Casini, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016.

(4) Sulla contigua questione relativa alla legittimità del decreto 12 gennaio 2017 del Mibact con il quale è stato istituito il Parco Archeologico del Colosseo nonché del bando 27 febbraio 2017, n. 149 con cui il Direttore generale del Ministero ha indetto una selezione pubblica internazionale per il conferimento dell'incarico di direttore del suddetto Parco v., le sentenze Cons. Stato, Sez. VI, 24 luglio 2017, nn. 3665 e 3666.

(5) V. decreto del 7 gennaio 2015.

(6) L'art. 30 di detto D.P.C.M., infatti, nel disciplinare gli " *istituti centrali e dotati di autonomia speciale*" individua e qualifica una serie di strutture in termini di direzioni generali (7) e non generali (13). V. Cass. 26 aprile 2017, n. 10320 che ricorda come, in tema di impiego pubblico privatizzato, un ufficio può essere ritenuto di livello dirigenziale generale solo in presenza di un'espressa qualificazione normativa in tal senso.

(7) Nello schema di decreto legislativo recante disciplina della dirigenza della Repubblica, atto n. 328/2016, ma ancor prima nella legge delega 125/2014, il legislatore aveva optato per la realizzazione di una procedura bifasica: alla fase iniziale riservata alla Commissione avrebbe fatto seguito seconda fase - quella dell'effettiva nomina - riservata alle specifiche prerogative del soggetto che ad essa deve provvedere.

(8) Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 784; Cass. 24 settembre 2015, n. 18972. Con la sola eccezione degli atti di alta amministrazione in settori nei quali l'ordinamento stima opportuno mantenere una disciplina giuridica sottratta al fenomeno della privatizzazione. Solo questi sono, infatti, " *espressione di un'ampia discrezionalità amministrativa*" così Cons. Stato, Sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4375.

(9) Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6712.

(10) V. Cass., SS.UU., 3 febbraio 2014, n. 2290, che stabilisce che le controversie attinenti ad una procedura di selezione "idoneativa" e "non concorsuale" avviata da una ASL per il conferimento di un incarico dirigenziale (nella specie, di dirigente di struttura complessa), aventi ad oggetto atti adottati in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario; Cass., SS.UU., 16 aprile 2007, n. 8950; parimenti v., Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2015, n. 5693; Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1888, relativa agli incarichi dirigenziali di lavoro subordinato a tempo determinato, di cui all'art. 110 del D.Lgs. n. 267/2000.

(11) La comparazione non viene svolta sulla base di prove episodiche di capacità o di titoli oggettivi e di tipo predeterminato, ma è relativa al profilo complessivo del singolo aspirante, pertanto, è estranea alla fattispecie di stretta interpretazione della procedura concorsuale che legittima l'eccezione alla giurisdizione ordinaria. Così Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2016, cit. In termini chiari si era espresso Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2015, n. 5693 che con riferimento ad una procedura selettiva per dirigente di una struttura sanitaria complessa. V., anche, Cass., SS.UU., 3 febbraio 2014, n. 2290.

(12) V. il punto 15 sentenza 6171 "sulla base del *petitum* sostanziale (...) essenzialmente rivolto a censurare le modalità di svolgimento della procedura selettiva, la quale rientra ordinariamente nell'ambito della giurisdizione amministrativa". V. sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 784.

(13) Punto 15, terzo capoverso, della sentenza n. 617/2017.

(14) Cass., SS.UU., 27 marzo 2017, n. 7483; fra le tante v., anche Cass., SS.UU., 3 novembre 2011, n. 22733, ma già, chiaramente, Cass., SS.UU., 9 febbraio 2009, 3052.

(15) T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 8 maggio 2017, n. 5533.

(16) Cfr., Cass., SS.UU., 9 febbraio 2009, n. 3052; Cass., SS.UU., 7 novembre 2008, n. 26799; Cass., SS.UU., 17 aprile 2003, n. 6220, secondo la giurisprudenza è ammessa la tutela dinanzi al giudice amministrativo nei confronti degli atti amministrativi presupposti "rilevanti per la decisione" che il giudice ordinario ex art. 63, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001 può disapplicare. Quindi, gli interessati possono non solo rivolgersi al giudice ordinario per chiedere l'accertamento dei loro diritti ma anche adire direttamente il giudice amministrativo a tutela dei loro interessi legittimi, chiedendo l'annullamento degli atti autoritativi presupposti. Così, Cons. Stato, Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 128, FA CdS 2006, 892 nt. Montini. Più di recente, Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 827; Cons. Stato, Sez. IV, 10 aprile 2009, n. 2236.

(17) Cass., SS.UU., 27 febbraio 2017, n. 4881; Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2017, n. 1367; Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2016, n. 18888.

(18) Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3221 di riforma di T.A.R. Campania, sede di Napoli, Sez. IV, 6 febbraio 2017, n. 723.

- (19) Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2015, n. 5693; Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4039.
- (20) Fra le tante, da ultimo, Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4227.
- (21) Cass., SS.UU., 8 giugno 2016, n. 11711, Cass., SS.UU., 30 settembre 2014, n. 20571. Si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2017, n. 2526 che afferma "con recente sentenza, dalle cui conclusioni non vi è ragione di discostarsi, questa Sezione, giudicando su una controversia relativa ad una procedura bandita dopo le modifiche all'art. 110 comma 1, del D. Lgs n. 267 del 2000, apportate dall'art. 11, comma 1, lett. a), più sopra citato, ha confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nella materia di che trattasi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 aprile 2017, n. 1549)".
- (22) V. punto 8.1. della sentenza T.A.R. n. 6170/2017.
- (23) Senza pretesa di completezza si vedano i fondamentali contributi di D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; sullo specifico tema dei concorsi A. Gagliardi, *L'autonomia delle commissioni di concorso e la tutela avverso l'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 12, 2010, 2628.
- (24) B. G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*; in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 1993-2003.
- (25) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 1991, n. 160.
- (26) In altri termini, le valutazioni compiute dall'Amministrazione in ordine alle scelte tecnico amministrative costituivano espressione di un potere di natura tecnico discrezionale, di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le valutazioni sottoposte a scrutinio fossero state manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o errori di fatto, in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3554.
- (27) Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in senso critico L. R. Perfetti, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 2, 422.
- (28) "Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo così Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4635.
- (29) Del resto, come è noto, non è consentito all'Autorità giudiziaria di sostituirsi ad un potere già esercitato o da esercitarsi. V., Cons. Stato, Sez. IV, n. 1274/2010; da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 657.
- (30) Si vedano le pur sempre rilevanti considerazioni di V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463.
- (31) S. Vinti, *Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 560 ss.
- (32) Cons. Stato, Sez. IV, 6 dicembre 2016, n. 5130.
- (33) Cons. Stato, Sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2110; Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2629; Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1427; T.A.R. Napoli, (Campania), Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 4579. Anche la Cassazione sembra pacificamente attestata sul limite del sindacato estrinseco. Cfr. Cass., SS.UU., 28 maggio 2012, n. 8412.
- (34) In tal senso si leggano le decisioni della Corte cost. nn. 20 e 78/2009.
- (35) Differentemente, le norme regolatrici di procedure valutative di un numero ristretto di candidati prevedono l'elaborazione di giudizi (ad esempio, il d.P.R. 23 marzo 2000, n. 117 regolamento sulle modalità di espletamento procedure di reclutamento dei professori universitari di ruolo e dei ricercatori). Il che conferma che la valutazione in forma numerica risponde ad un'esigenza di economicità e non aggravio dell'agire delle amministrazioni.
- (36) Ritengono sufficiente come motivazione il mero punteggio numerico Cons. Stato, Sez. III, 9 giugno 2014, n. 2699; Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 924; il mero punteggio numerico solo nei casi in cui vi siano criteri di massima regolativi della procedura prefissati in maniera rigida Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2013, n. 2032; Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 233; ritiene necessaria una compiuta motivazione T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 5 agosto 2014, n. 3919; Cons. Stato, Sez. V, 8 giugno 2007, n. 3012.

(37) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 dicembre 2016, n. 5099; Cons. Stato, Sez. IV, 12 novembre 2015, n. 537; Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5407; Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5639.

(38) Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 233; Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 859.

(39) In relazione all'esame per abilitazione per avvocato si veda la pronuncia della Corte cost. 8 giugno 2011, n. 175, in *Giur. cost.*, 2011, 3, 2266 con nota di Scoca, che ha ritenuto che la assoluta legittimità del c.d. "voto senza motivazione" da considerarsi - per il consolidato orientamento del Consiglio di Stato - "diritto vivente". Sulla cortea di questa considerazione la Corte ha affrontato la questione di costituzionalità in riferimento ai parametri costituzionali sulle garanzie processuali (artt. 24, 111 e 113 Cost.).

(40) La Commissione, nominata con D.M. 19 febbraio 2015, dopo una prima riunione del 23 marzo 2015, nella successiva del 5 maggio 2015 stabiliva i punteggi massimi da attribuire a ciascun criterio di valutazione.

(41) Così Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8850. Fra le tante, Cass., SS.UU., 19 luglio 2011, n. 15764, in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, 1338; Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8850; Sez. V, 5 febbraio 2007, n. 432; Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4402.

(42) Intervista a Sabino Cassese, *Ormai sono insostenibili i costi del tempo perduto*, Il Messaggero, 26 maggio 2017.

(43) Tale scelta peraltro è stata effettuata solo con riferimento a due candidati sui tanti che avevano partecipato alla selezione.

(44) Ancora così Cassese, cit., nt. 40.

(45) Si vedano, in questo stesso fascicolo, i contributi di M. Gnes, *L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, supra pag. 493 ss. e F.G. Albisinni, *I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, infra pag. 508 ss.

(46) Si vedano, peraltro, le ordinanze del Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2016, nn. 2471 e 2472.