

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

L'ACCESSO DEGLI STRANIERI AL LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

di Simona D'Antonio

Abstract: *Il saggio intende chiarire se e in che misura nell'ordinamento giuridico italiano l'accesso ai posti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni sia riservato ai cittadini italiani, riflettere su origini e fondamento di tale regola e verificare se essa abbia ancora ragion d'essere nell'attuale contesto giuridico-istituzionale. Dall'analisi dell'evoluzione normativa in materia risulta che la spinta decisiva al superamento della riserva è giunta dall'ordinamento dell'Unione europea, per effetto del principio della libera circolazione dei lavoratori, applicato in maniera sempre più estensiva dalla Corte di giustizia, con il risultato di restringere l'ambito del lavoro pubblico riservato ai nazionali. Agli impieghi pubblici non riservati sono stati ammessi dapprima solo i cittadini degli Stati membri, poi anche alcune categorie di cittadini di Paesi terzi. Una parte della giurisprudenza italiana apre il settore a tutti i cittadini extraeuropei, senza distinzioni, in nome del principio di parità di trattamento tra lavoratori italiani e stranieri e del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. L'Autrice scorge nella disciplina vigente possibili profili di illegittimità costituzionale ed auspica un intervento del legislatore volto a superarli, attraverso la piena equiparazione delle diverse categorie di stranieri (europei e non) ai fini dell'accesso ai posti di lavoro pubblico non riservati ai nazionali.*

Abstract: *The essay intends to clarify whether and to what extent, in the Italian legal system, public sector jobs are reserved for nationals or not, to reflect on the origin and foundation of such a rule and to check whether it still has a justification in the current legal and institutional context. The analysis of the normative development in this field shows that the decisive boost to overcoming the reserve came from the European Union legal system, specifically from the principle of free movement of workers. The European Court of Justice enforced this principle in an increasingly large way, with the result of reducing the scope of public employment reserved for nationals. First, only nationals of Member States got to non-reserved public sector jobs, later also some categories of Third Country nationals did. Part of Italian jurisprudence opens the sector to all Third Country nationals, without distinction, in the interests of equal treatment between Italian and foreign workers and of non-discrimination on the grounds of nationality. The Author sees in the current regulations reasons of constitutional illegitimacy and hopes that the legislator remove them, treating equally the different categories of aliens (European and non-European) as regards access to public sector jobs not reserved for nationals.*

L'ACCESSO DEGLI STRANIERI AL LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

di Simona D'Antonio*

SOMMARIO: 1. Obiettivo e metodo della ricerca. – 2. La cittadinanza nazionale come requisito per l'accesso al pubblico impiego: origini e fondamento. – 3. Il principio comunitario della libera circolazione dei lavoratori e il problema della sua applicabilità nel settore del pubblico impiego. – 4. L'individuazione degli impieghi pubblici esclusi dalla libera circolazione. – 4.1. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia... – 4.2. ... e nel diritto italiano. – 4.3. La ulteriore delimitazione degli impieghi pubblici esclusi mediante disapplicazione del diritto interno in contrasto col diritto dell'Unione europea. – 5. L'equiparazione ai cittadini europei di alcune categorie di cittadini di Paesi terzi ai fini dell'accesso agli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione, tra diritto dell'Unione europea e diritto interno. – 6. La preclusione ai cittadini di Paesi terzi degli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione: considerazioni critiche. – 7. Conclusioni.

1. Obiettivo e metodo della ricerca

Nell'ordinamento giuridico italiano l'accesso ai posti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni è riservato, in linea di principio, ai cittadini italiani, con alcune eccezioni: vi sono ammessi, entro certi limiti, i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ed alcune categorie ben determinate di cittadini di Paesi terzi, ai quali rimane comunque preclusa tutta una serie di posti e di funzioni riservati ai soli nazionali.

Il quadro normativo in materia presenta diversi aspetti problematici, sia per la pluralità e l'eterogeneità delle fonti che lo compongono, dislocate tra diritto interno, diritto dell'Unione europea e diritto internazionale, sia per il dinamismo storico-giuridico dei concetti in gioco, come quelli di pubblica amministrazione, di funzione pubblica, di cittadinanza, sia per la rilevanza dei principi applicabili, dalla libera circolazione dei lavoratori, alla non discriminazione, all'uguaglianza. A ciò si aggiunge il ruolo cruciale e spesso creativo svolto dalla giurisprudenza, sia della Corte di giustizia sia dei giudici nazionali, nel farsi interprete di un tessuto normativo sfilacciato e talvolta lacunoso, con l'inevitabile margine di incertezza e imprevedibilità che un simile ruolo comporta.

La continua evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali, le persistenti zone d'ombra della disciplina normativa e le spinte verso ulteriori sviluppi provenienti dal contesto europeo ed internazionale sollecitano una riflessione aggiornata su un tema non nuovo, ma ancora ricco di questioni aperte.

* Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli studi di Teramo.

L'obiettivo della ricerca è duplice: verificare se ed entro quali limiti sia ancora vigente nell'ordinamento una disciplina che riservi ai cittadini italiani l'accesso ai posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni; riflettere in chiave critica sul rapporto tra lavoro pubblico e cittadinanza e sulle sue trasformazioni.

A questi fini, sarà ripercorsa l'evoluzione storica della riserva di cittadinanza all'interno della disciplina italiana del pubblico impiego, dalle origini all'attualità, mettendo in luce come ne sia stato progressivamente ridotto l'ambito di applicazione, prima ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, poi del legislatore italiano e infine della giurisprudenza interna. Si mostrerà come il ridimensionamento della riserva sia avvenuto da una parte restringendo il numero degli impieghi riservati ai cittadini italiani, dall'altra ampliando la platea degli stranieri che possono accedere agli impieghi non riservati. Entrambi i processi sono ancora *in fieri*: il primo guidato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che s'impone per forza propria sulle norme interne non conformi; il secondo promosso da una parte della giurisprudenza italiana, che tenta di estendere ai cittadini di Paesi terzi, in via interpretativa, il regime di accesso previsto per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea.

2. La cittadinanza nazionale come requisito per l'accesso al pubblico impiego: origini e fondamento

Va innanzitutto ricordato che il legame tra nazionalità e funzione pubblica non è una prerogativa italiana ma è una caratteristica degli ordinamenti moderni nati dall'esperienza dello Stato-nazione¹, nei quali l'appartenenza alla nazione è condizione indispensabile per l'esercizio delle funzioni pubbliche. Il nesso tra lo *status* di cittadinanza, che sancisce l'appartenenza legale di un individuo allo Stato, e il diritto di accedere agli uffici pubblici era scolpito già nell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino²; fu nel contesto dei nazionalismi ottocenteschi che il principio di nazionalità della funzione pubblica assunse un significato esplicitamente escludente, che portò a riservare l'accesso alle cariche pubbliche ai cittadini e a negarlo agli stranieri.

Venendo all'ordinamento italiano, risalire alle origini della regola che riserva ai cittadini l'accesso al pubblico impiego non è facile, poiché richiede di retrocedere nel tempo, quanto meno fino alla nascita dell'Italia unita, per interrogare la disciplina

1. Tra i primi e più significativi contributi sul tema oggetto del presente lavoro vi è S. Cassese, *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1.1997, p. 88, che fa luce anche sulle radici storiche di quello che l'Autore denomina, con felice sintesi, «il principio di nazionalità della funzione pubblica».

2. L'art. 6 della «*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*» del 1789 afferma che «*tous les citoyens ... sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*».

giuridica di una materia, quella del lavoro alle dipendenze della P.A., che da allora ha conosciuto profonde trasformazioni. Autorevole dottrina ha osservato che mentre in una prima fase la riserva ai cittadini italiani riguardava soltanto le cariche superiori, più vicine alla sfera politica ed implicanti la rappresentanza dello Stato, senza coinvolgere le cariche minori o di natura tecnica, inerenti alla semplice amministrazione, in una seconda fase, a partire dall'inizio del Novecento, fu estesa a tutti gli impieghi pubblici senza distinzioni, sul presupposto che fosse utile a garantire l'indipendenza e la sicurezza della nazione, oltre che la fedeltà e il patriottismo dei funzionari³.

Il requisito della cittadinanza italiana fa dunque parte di quel corpo di regole che il legislatore inizialmente aveva dettato solo per il personale destinato a svolgere funzioni pubbliche, ma che fu successivamente esteso, prima ad opera della giurisprudenza e poi anche in sede normativa, a tutto il personale amministrativo unitariamente considerato, conferendo al relativo rapporto di lavoro la fisionomia unitaria e fortemente pubblicistica che poi lo avrebbe a lungo caratterizzato⁴. Questo rilievo consente di evidenziare subito un aspetto sul quale si tornerà nel prosieguo della trattazione: il nesso tra cittadinanza nazionale e rapporto di lavoro con la P.A. si collega all'inquadramento di tale rapporto nell'alveo del diritto pubblico⁵. Non pare un caso che la prima apertura a cittadini di altri Stati si rinvenga nel d.lgs. 3.2.1993, n. 29, al quale si deve la svolta riformatrice nel senso della privatizzazione del settore.

Tornando alla legislazione d'inizio secolo, la previsione della cittadinanza italiana come condizione per la nomina all'impiego, presente già nel Testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili di cui al r.d. 22.11.1908, n. 693, trovò conferma nella riforma

3. L'osservazione è di S. Cassese, *Stato-nazione e funzione pubblica*, cit.

4. Su tale passaggio storico nell'evoluzione del pubblico impiego cfr. M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 293, in partic. p. 298. L'Autore mette in evidenza che le prime disposizioni legislative dettate in materia, per la loro parte più tipica, riguardavano solo i dipendenti pubblici titolari di organi o, quanto meno, addetti «ad uffici di organi svolgenti attività che fossero esercizio di funzioni pubbliche», mentre per tutti gli altri continuava a valere un regime di «diritto privato speciale»; fu poi la giurisprudenza amministrativa ad accorpate nel concetto unitario d'impiego pubblico norme dettate con scopi diversi e per categorie diverse di personale pubblico. Sul punto si veda anche A. Orsi Battaglini, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego. Pluralismo giuridico, separazione degli ordinamenti e forme di comunicazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 53, il quale osserva che la disciplina pubblicistica fu inizialmente dettata soltanto per «gli impiegati titolari di organi (o addetti ad uffici di organi investiti di funzioni pubbliche)», per poi investire «la generalità del personale», facendo gradualmente scomparire «la distinzione tra funzionari e impiegati».

5. Le interrelazioni tra statuto pubblicistico del rapporto di lavoro con la P.A. e requisito della cittadinanza nazionale sono state messe in luce da S. Battini, *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4814, in partic. p. 4817 e p. 4819. I presupposti teorici del radicamento del pubblico impiego nello *status* di cittadinanza sono stati indagati a fondo dallo stesso Autore in S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, parte I.

De Stefani⁶ del 1923, che consolidò il regime pubblicistico del rapporto, accentuando la rigidità della disciplina, l'assetto gerarchico dell'organizzazione e i poteri unilaterali dell'amministrazione.

È stato osservato⁷ che i Testi unici dei primi decenni del Novecento non fecero che codificare la disciplina messa a punto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla scorta della concezione del rapporto di lavoro con la P.A. elaborata dalla dottrina tedesca nella seconda metà dell'Ottocento e recepita dalla dottrina italiana a cavallo tra i due secoli⁸. Secondo questa concezione, di carattere pubblicistico e autoritario, il rapporto di pubblico impiego doveva essere ricondotto nell'alveo dei rapporti politici, precisamente del rapporto di supremazia/soggezione intercorrente tra Stato e individuo, del quale costituiva una *species* di particolare intensità; come conseguenza, la posizione dell'impiegato veniva ad essere qualificata come *status* di speciale soggezione o di speciale sudditanza e quella dell'amministrazione, specularmente, come supremazia speciale⁹. In Italia fu Santi Romano ad accreditare questa ricostruzione, nell'ambito dei suoi studi sul potere disciplinare dell'amministrazione, che egli qualificò come diritto di supremazia speciale dello Stato¹⁰.

È verosimile che la riserva ai cittadini italiani dell'accesso ai pubblici impieghi prevista dalla legislazione dei primi decenni del Novecento sia da mettere in relazione con l'impostazione teorica sopra richiamata, la quale sembra aver condizionato a lungo la disciplina della materia, ben oltre la fase storica nella quale ebbe ad affermarsi. È un dato ormai acquisito in dottrina che nel nostro ordinamento «l'impiego pubblico è stato concepito come un approfondimento dello *status* di cittadinanza» e l'impiegato è stato considerato alla stregua di un cittadino speciale, legato allo Stato da «una relazione di appartenenza e di identificazione più intensa e profonda di quella del normale cittadino»¹¹.

6. Con questo nome si è soliti indicare il r.d. 11.11.1923, n. 2395, recante «Ordinamento gerarchico delle amministrazioni dello Stato» e il r.d. 30.12.1923 n. 2960, recante «Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'Amministrazione dello Stato», nati dai lavori della commissione Ranelletti, nominata per procedere al riordino della materia. Il secondo ribadiva appunto che la cittadinanza italiana era condizione per la nomina all'impiego.

7. Si vedano M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, cit., p. 298; M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978, p. 48.

8. L'elaborazione culturale che preparò e accompagnò la formazione della nozione di impiego pubblico in Germania e in Italia tra la seconda metà del XIX e i primi decenni del XX secolo è stata accuratamente ricostruita da S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 126 ss.

9. Cfr. S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 254 ss. nonché M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 126.

10. Si veda S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898, IV, p. 238, nonché la ricostruzione che ne fa S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 254 ss.

11. Le frasi riportate tra virgolette sono tratte da S. Battini, *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit. p. 4817; più ampiamente cfr. Id., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 699. Anche la dottrina che ha negato con più convinzione la specialità della posizione dell'impiegato pubblico rispetto a quella del normale cittadino, sostenendo la piena equiparazione delle due posizioni all'interno del potere dei privati di partecipare

Sta di fatto che la previsione normativa della cittadinanza come requisito di accesso agli impieghi pubblici è sopravvissuta all'epoca fascista ed ha attraversato indenne la svolta costituzionale, trovando ingresso ancora nel Testo unico di cui al d.p.r. 10.1.1957, n. 3¹². Il nesso con la cittadinanza nazionale, come l'impianto pubblicistico della materia, è stato infatti confermato anche dopo la Costituzione, che secondo una parte della dottrina non avrebbe rappresentato un elemento di discontinuità nella concezione tradizionale del lavoro pubblico ed avrebbe consentito di recuperare, in sede di riordino normativo, buona parte dei contenuti della vecchia disciplina¹³.

Molto si è discusso circa l'impatto della Costituzione sull'inquadramento teorico del pubblico impiego: alcuni vi hanno individuato elementi di carattere sostanziale atti a fondare la specialità dell'istituto e la sua intrinseca differenza rispetto al lavoro privato¹⁴; altri vi hanno trovato argomenti per ricondurre l'attività dell'impiegato pubblico ad un più ampio potere di partecipazione del cittadino di cui sarebbe parimenti espressione l'attività del lavoratore privato, aprendo così la prospettiva dell'appartenenza dei due settori ad un diritto comune¹⁵; altri ancora hanno evidenziato come il Costituente non abbia preso posizione sulla natura privata o pubblica dei rapporti di lavoro con la P.A., lasciando al legislatore ordinario la scelta del regime da adottare¹⁶.

Per ciò che in questa sede interessa, pare difficile negare che la Costituzione agganci la posizione del funzionario pubblico a quella del cittadino, come traspare sia dalla disposizione relativa all'accesso ai pubblici uffici (art. 51), sia da quella relativa all'obbligo di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore (art. 54)¹⁷. La prima, infatti,

all'organizzazione del Paese, ha confermato che l'impiegato pubblico si qualifica innanzitutto come cittadino, nel senso di «membro della comunità statale, di cui fa parte»: ci si riferisce a G. Pastori, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, ad es. p. 230 e p. 273.

12. Sulla cittadinanza italiana come requisito generale di accesso agli impieghi statali ai sensi dell'art. 2 del d.p.r. n. 3/1957 cfr. G. Pastori, *La burocrazia*, cit., p. 311, che la colloca all'interno della valutazione della «capacità per l'ufficio»; nonché M. Amendola, *Dispensa e decadenza (Impiego pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 167-168, secondo il quale si tratta di un presupposto, più che di un requisito, di accesso all'impiego, tanto che il provvedimento di decadenza dall'impiego per perdita della cittadinanza è meramente dichiarativo.

13. Così M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 149 ss. e p. 181 ss.

14. Questa la tesi di A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 58 ss. Ma già A. Orsi Battaglini, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, cit., p. 78 ss., aveva ravvisato nella Costituzione, e più in radice nei caratteri generali del nostro ordinamento, le ragioni profonde della pubblicità e della specialità del rapporto di pubblico impiego, strettamente connesse alla stessa pubblicità dell'amministrazione, ritenendo determinanti, prima ancora delle norme costituzionali sull'organizzazione, gli artt. 24 e 103 Cost.

15. È la tesi di G. Pastori, *La burocrazia*, cit., ad es. p. 212, p. 216, p. 223, ribadita in Id., *Burocrazia*, in *Digesto*, 1987, dove si osserva che «l'insieme delle norme costituzionali ... paiono mettere in discussione dalle radici la configurabilità stessa di un regime o di regimi speciali per gli appartenenti alla o alle varie burocrazie, che non siano giustificati appunto dalla necessità di proteggerne la scelta e le prestazioni da improprie interferenze politiche di parte».

16. In questo senso cfr. A. Police, *Le risorse umane*, in F.G. Scoca, a cura di, *Diritto amministrativo*, V ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 454 s.

17. Così S. Battini, *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 4817.

dopo aver proclamato il diritto di «tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso» di «accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge» (co. 1), stabilisce che «la legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica» (co. 2), così mostrando di aderire al principio per cui l'accesso alla funzione pubblica è riservato ai cittadini nazionali, con la sola possibilità, per il legislatore, di estenderlo agli italiani privi di cittadinanza¹⁸. La seconda disposizione, che si occupa al primo comma di «tutti i cittadini» e al secondo comma «dei cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche», sembra considerare la categoria dei funzionari pubblici come una *species* del *genus* cittadini, in disparte ogni altra considerazione sul rapporto tra il dovere di fedeltà alla Repubblica gravante su tutti i cittadini e quello di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore gravante sui pubblici funzionari¹⁹.

Bisognerà attendere la riforma del lavoro pubblico attuata con il d.lgs. n. 29/1993 perché nell'ordinamento italiano sia prevista anche per i cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea (all'epoca della Comunità economica europea)²⁰ la possibilità di accedere ai posti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, limitatamente a quei posti «che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale».

La svolta, come si vedrà tra breve, fu l'esito del necessario adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia, ma fu resa possibile anche da un'evoluzione dottrinale di lungo corso che aveva portato ad una nuova concezione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni. Ci si riferisce alla progressiva convergenza tra rapporto di lavoro pubblico e rapporto di lavoro privato, che già nel 1970 Giannini registrava come «in corso da un ventennio»²¹ ed è poi

18. Per la dottrina più risalente, cfr. M. Amendola, *Dispensa e decadenza*, cit., secondo il quale «l'art. 51 Cost. ha esplicitamente limitato ai soli cittadini la possibilità di accedere agli uffici pubblici, né è controverso che malgrado l'uso del verbo "accedere" ... il possesso dello *status* di cittadino debba sussistere non soltanto al momento iniziale dell'ingresso nell'ufficio, ma anche per tutta la durata dell'impiego pubblico». Più di recente, in senso riduttivo, cfr. M. Centini, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego: un problema costituzionale*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci, a cura di, *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene, 2011, p. 187, in partic. p. 196 ss., con utili riferimenti bibliografici. L'Autore propone di riferire l'art. 51, co. 2, Cost. non già a qualsiasi impiego pubblico, bensì a «quegli impieghi e quelle funzioni che coinvolgono gli interessi della Nazione» (p. 198), ritenendo che questa sia «l'unica interpretazione che permette di giustificare il rilievo attribuito al requisito dell'italianità» (p. 199). La tesi appare convincente.

19. Per un'approfondita analisi del significato e della portata dell'art. 54 Cost., con specifica attenzione al rapporto tra primo e secondo comma, cfr. G. Pastori, *La burocrazia*, cit., p. 237 ss., nonché A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, cit., p. 81 ss. Sul dovere di fedeltà cfr. G. Lombardi, *Fedeltà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968.

20. Nel testo del primo comma dell'art. 37 del d.lgs. n. 29/1993 l'espressione Comunità economica europea, presente nella versione originaria, fu sostituita dall'espressione Unione europea ad opera del d.lgs. 31.3.1998, n. 80.

21. M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, cit., p. 300.

proseguita, sfociando in tempi più recenti nel superamento della separazione verticale tra impiego pubblico e impiego privato, a vantaggio di una divisione orizzontale tra dirigenza e personale non dirigenziale²². Nel momento in cui si è sgretolata quella nozione giuridica del rapporto di impiego pubblico che era stata costruita «in termini di approfondimento e proiezione della relazione di cittadinanza»²³, è divenuto possibile sganciare la posizione del pubblico impiegato da quella del cittadino e così aprire la strada all'ingresso nelle pubbliche amministrazioni anche di persone prive della cittadinanza nazionale.

3. Il principio comunitario della libera circolazione dei lavoratori e il problema della sua applicabilità nel settore del pubblico impiego

La libera circolazione delle persone, già prevista nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea e ivi declinata come libera circolazione dei lavoratori, implicava l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri, e riconosceva a questi ultimi il diritto di accettare offerte di lavoro, di spostarsi a tal fine in qualsiasi Stato membro, di prendervi dimora per svolgervi un'attività lavorativa e di rimanervi dopo aver occupato un impiego²⁴.

L'applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori all'ambito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni avrebbe comportato l'apertura di tale ambito ai cittadini di tutti gli Stati appartenenti alla Comunità economica europea, con l'effetto di travolgere qualunque regola interna volta a riservare gli impieghi pubblici ai titolari della cittadinanza del singolo Stato. Ed invece, in ossequio all'opposto principio di nazionalità della funzione pubblica, il Trattato esclude espressamente gli impieghi nella pubblica amministrazione dal campo di applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori²⁵. Analogamente il Trattato esclude dall'applicazione delle disposizioni relative al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi le attività che, in ciascuno Stato membro, partecipassero, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri²⁶.

22. Per un'analisi approfondita di tale evoluzione, che qui non è possibile ripercorrere, si rinvia a S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 693 ss.

23. S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 699.

24. È quanto disponeva l'art. 48 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCEE), firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958. Pressoché identico contenuto aveva l'art. 39 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993. Ai citati articoli corrisponde oggi l'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

25. L'art. 48, co. 4, TCEE stabiliva che «le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione»; ad esso è subentrato prima l'art. 39, co. 4, TCE e poi il vigente art. 45, co. 4, TFUE.

26. Si veda l'art. 55, co. 1, TCEE (art. 45, co. 1, TCE; art. 51, co. 1, TFUE) in tema di diritto di stabilimento, secondo il quale «sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro

La suddetta clausola di esclusione dimostra quanto fosse all'epoca radicata, nei Paesi firmatari, quella concezione tradizionale del pubblico impiego che ne enfatizzava ad un tempo la specialità rispetto al lavoro privato ed il nesso con la sovranità statale. Alla base della deroga vi erano inoltre sia la preoccupazione di proteggere le identità nazionali, sia l'attenzione quasi esclusiva agli aspetti economici della nuova istituzione sovranazionale²⁷.

Forse non era necessario, per fare salvo il principio di nazionalità della funzione pubblica, escludere in blocco dall'operatività della libera circolazione tutti «gli impieghi nella pubblica amministrazione»: si sarebbero potute usare formule più puntuali, incentrate non sulla natura pubblica del datore di lavoro, ma sul carattere pubblico delle attività svolte, ovvero sull'effettivo esercizio di funzioni pubbliche e poteri pubblici, come si fece in altre disposizioni²⁸. Sulla scelta di un'espressione così ampia e generica deve aver pesato anche la consapevolezza delle vistose differenze esistenti tra gli ordinamenti amministrativi dei diversi Stati, che rendevano difficile e forse non opportuno prendere posizione, nel testo del Trattato, sul confine tra l'ambito del lavoro pubblico che poteva essere aperto alla libera circolazione e quello che era opportuno affidare alle scelte dei legislatori nazionali.

Ad ogni modo la formula adottata dall'art. 48, co. 4, TCEE richiedeva all'interprete di stabilire quali fossero «gli impieghi nella pubblica amministrazione», cioè le attività lavorative che, in quanto connesse alla sfera pubblica, fossero suscettibili di una disciplina nazionale svincolata dai principi comunitari, con eventuale possibile riserva ai cittadini nazionali. Diventava pertanto ineludibile affrontare la questione preliminare di cosa dovesse intendersi per pubblica amministrazione ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto comunitario²⁹.

Si consideri che la clausola di esclusione contenuta nel Trattato non fu trasposta in previsioni di diritto derivato che aiutassero, entrando nel dettaglio, a circoscriverne la portata. Il regolamento sulla libera circolazione dei lavoratori del 1968 si limitò infatti a

interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri», richiamato dall'art. 66 (art. 55 TCE, art. 62 TFUE) a proposito della libera prestazione dei servizi.

27. Sulle ragioni dell'esclusione si vedano M. Rusciano, *Spunti per lo studio del lavoro pubblico nell'ordinamento comunitario*, in *Lavoro e diritto*, n. 1.1995, p. 65; S. Cassese, *Stato-nazione e funzione pubblica*, cit.

28. Il riferimento è al citato art. 55, co. 1, TCEE; si veda anche l'art. 8 del reg. 1612/68/CEE del Consiglio del 15.10.1968 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, del quale si dirà subito nel testo.

29. La disposizione di cui all'art. 48, co. 4, TCEE ha dato origine ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla possibilità di elaborare una nozione di pubblico impiego e quindi di pubblica amministrazione valida a livello comunitario. In argomento si vedano M. Rusciano, *Spunti per lo studio del lavoro pubblico nell'ordinamento comunitario*, cit.; S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10.1996, p. 915; G. Della Cananea, *Pubblico impiego e diritto comunitario*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1996, parte I, p. 224; R. Caranta, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 1.1999, p. 21.

stabilire, al riguardo, che «il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro ... può essere escluso dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico e dall'esercizio di una funzione di diritto pubblico»³⁰.

Il compito di chiarire significato, estensione ed implicazioni della clausola di esclusione, operando il difficile bilanciamento tra uno dei principi cardine dell'ordinamento comunitario e l'esigenza di salvaguardare un nucleo di sovranità statale ritenuto intangibile dai padri fondatori dell'Europa è spettato alla Corte di giustizia, che lo ha assolto in modo creativo ed evolutivo, avvalendosi dell'importante contributo della Commissione europea.

Si è trattato di una giurisprudenza creativa, perché ha dovuto essa stessa stabilire il confine tra regola (libera circolazione e non discriminazione) ed eccezione (nazionalità della funzione pubblica e dunque riserva ai cittadini degli impieghi comportanti l'esercizio di funzioni pubbliche), in mancanza di un parametro normativo sufficientemente preciso; ed evolutiva, perché la pertinente disposizione del Trattato è rimasta identica nonostante la profonda e rapida trasformazione conosciuta in oltre mezzo secolo dall'ordinamento e dalle istituzioni dell'Europa unita. Basti pensare che, nel corso dei decenni, da un lato il modo di concepire il lavoro pubblico nei diversi contesti nazionali è radicalmente mutato; dall'altro, con l'avanzare del processo di integrazione europea, si è spostato il punto di equilibrio tra la sovranità degli Stati e il peso assunto dalle istituzioni comunitarie. Pur apparendo ben presto «storicamente datata»³¹, la *public service exception*³² è tuttavia rimasta intatta, attraversando indenne sia il Trattato di Maastricht e, con esso, la nascita dell'Unione europea ed il solenne riconoscimento della cittadinanza europea, sia il Trattato di Lisbona, che ha segnato il definitivo superamento dell'esperienza comunitaria e l'ingresso nella più coesa e matura realtà dell'Unione.

4. L'individuazione degli impieghi pubblici esclusi dalla libera circolazione

Il problema posto dall'art. 48, co. 4, TCEE e dagli articoli che ne hanno riprodotto il contenuto nelle successive versioni del Trattato è stato dunque quello di definire quali fossero gli «impieghi nella pubblica amministrazione» esclusi dall'applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori. Ad affrontarlo sono stati principalmente i «guardiani

30. Così l'art. 8 reg. 1612/68/CEE, cit., su cui si sofferma R. Caranta, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, cit. Di identico tenore l'art. 8 del vigente reg. 492/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5.4.2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, che ha abrogato e sostituito il precedente.

31. Lo notava già M. Rusciano, *Spunti per lo studio del lavoro pubblico nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 72.

32. L'espressione, usata anche con riferimento alle deroghe in tema di diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi, si collega al testo in inglese del vigente art. 45, co. 4, TFUE, secondo il quale «*the provisions of this article shall not apply to employment in the public service*».

dell'*esprit communautaire*»³³, attraverso un'azione sistematica volta a contrastare la tendenza degli Stati a tenere chiusi i confini nazionali della funzione pubblica. Adottando una nozione non soggettiva ma funzionale di pubblica amministrazione, imperniata sui due concetti, tra loro collegati, di «esercizio dei pubblici poteri» e «tutela degli interessi generali dello Stato», Corte e Commissione hanno circoscritto in maniera sempre più rigorosa lo spazio sottratto alla non discriminazione, con l'effetto di imporre ai legislatori nazionali l'apertura di tutti gli altri impieghi pubblici ai cittadini degli Stati membri.

L'Italia ha recepito le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria nel 1993, in occasione di un'importante riforma del lavoro pubblico, aprendo ai cittadini degli Stati membri gli impieghi non comportanti l'esercizio di pubblici poteri ovvero non attinenti alla tutela dell'interesse nazionale, mentre l'individuazione dei posti riservati ai cittadini italiani è stata affidata ad un regolamento. Sulla base di tale quadro normativo, la giurisprudenza italiana ha portato avanti l'opera intrapresa dai giudici europei, rilevando gli scostamenti tra la disciplina interna e il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia e procedendo alla disapplicazione della prima ove in contrasto con il secondo.

4.1. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia...

La Corte di giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi sul principio di libera circolazione dei lavoratori nel settore pubblico sia in sede di rinvio pregiudiziale disposto dai giudici nazionali, sia a seguito di procedure di infrazione aperte dalla Commissione nei confronti di singoli Stati.

Il percorso interpretativo della Corte parte da alcune premesse metodologiche che è utile ricordare.

In primo luogo, la natura fondamentale del principio di libera circolazione dei lavoratori nel sistema del Trattato vieta di attribuire alle relative deroghe «una portata più ampia di quella connessa al perseguimento del loro specifico scopo»³⁴; pertanto, l'art. 48, co. 4, TCEE «deve ricevere un'interpretazione che ne limiti la portata a quanto è strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che esso consente agli Stati membri di tutelare»³⁵.

33. Corte di Giustizia e Commissione secondo S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit.

34. L'affermazione si trova in quella che viene generalmente citata come la prima pronuncia della Corte sull'argomento: Corte giust., 12.2.1974, causa 152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, in *Racc.*, p. 154, punto 4.

35. Tra le tante, cfr. Corte giust., 16.6.1987, causa 225/85, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, p. 2636, punto 7; Corte giust., 30.9.2003, causa C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c.*

In secondo luogo non può rilevare, al fine di individuare gli impieghi oggetto della deroga, la circostanza che nell'ordinamento interno il lavoratore sia qualificato come impiegato pubblico o privato, ovvero che il suo rapporto di lavoro sia disciplinato dal diritto pubblico o dal diritto privato, poiché le differenze esistenti sul punto tra gli ordinamenti degli Stati membri darebbero luogo ad un'applicazione non omogenea del principio all'interno della Comunità³⁶.

In terzo luogo, «la nozione di pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 48, n. 4 ... va interpretata ed applicata in modo uniforme nell'intera Comunità» e «non può essere lasciata alla completa discrezione degli Stati membri»³⁷; occorre quindi una nozione di impiego pubblico valida al livello comunitario. A tal fine è necessario superare un approccio soggettivo e formale, incentrato sulla natura pubblica del soggetto datore di lavoro, dal momento che il novero degli enti ed organismi che compongono la sfera pubblica differisce da Stato a Stato; va invece adottato un approccio oggettivo e funzionale, che faccia leva sulle attività effettivamente svolte dal lavoratore³⁸.

Sulla base di tali premesse si giunge ad affermare che la deroga di cui all'art. 48, co. 4, TCEE si riferisce ad «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»; i quali sono sottratti al principio di libera circolazione in quanto «presuppongono ... da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza»³⁹.

Questa è la nozione funzionale di impiego pubblico sulla cui base la Corte, a partire dal 1980, ha proceduto a stabilire se i posti di lavoro di volta in volta sottoposti al suo scrutinio potessero o meno farsi rientrare nella deroga. Alla stregua di tale criterio ha avuto modo di chiarire che non partecipano all'esercizio di pubbliche potestà, anche se

Administración del Estado, in *Racc.*, p. I-10419, punto 41, la quale però si riferisce all'art. 39, co. 4, TCE, nel frattempo entrato in vigore.

36. Si veda Corte giust., 12.2.1974, causa 152/73, cit., punti 5 e 6.

37. Corte giust., 17.12.1980, causa 149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, p. 3883, punti 12 e 18.

38. Corte giust., 17.12.1980, causa 149/79, cit., punti 11 e 15.

39. Corte giust., 17.12.1980, causa 149/79, cit., punto 10. In motivazione si precisa che la deroga riguarda «le funzioni tipiche della pubblica amministrazione» (punto 11) e «i posti ... caratteristici delle attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato» (punto 12). In una successiva pronuncia si ribadisce che «i posti ai sensi dell'art. 48, n. 4, del Trattato, sono quelli che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato, cui vanno equiparati gli interessi propri delle collettività pubbliche, come le amministrazioni comunali»: Corte giust., 26.5.1982, causa 149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, p. 1845, punto 7.

qualificati ad altri fini come dipendenti pubblici, gli addetti a mansioni tecnico-operative presso le Ferrovie e le amministrazioni comunali⁴⁰, gli infermieri assunti negli ospedali pubblici⁴¹, gli insegnanti tirocinanti⁴², i ricercatori del CNR⁴³, i lettori di lingua straniera delle università⁴⁴, gli insegnanti delle scuole secondarie⁴⁵.

Poiché alcuni Stati membri, nonostante le chiare indicazioni della Corte, continuavano ad interpretare in maniera estensiva la deroga prevista dal Trattato, nel 1988 la Commissione delle Comunità europee intraprese una sistematica ricognizione delle legislazioni statali in materia di accesso agli impieghi pubblici, al fine di verificarne la conformità al principio della libera circolazione dei lavoratori⁴⁶. Tre delle procedure di infrazione avviate in esito alla suddetta indagine arrivarono dinanzi alla Corte, che approvò il metodo seguito dalla Commissione secondo il quale, se in un certo settore la maggior parte degli impieghi si discosta da quelle che sono le attività specifiche della pubblica amministrazione, il settore deve essere tendenzialmente aperto alla libera circolazione, dando la possibilità allo Stato interessato di dimostrare che la singola figura professionale interna al settore abbia i caratteri richiesti per poter essere riservata ai cittadini⁴⁷.

La Commissione è tornata sull'argomento in successive occasioni, continuando ad ampliare il campo di applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori e

40. Corte giust., 26.5.1982, causa 149/79, cit.: rientrano nell'eccezione i posti di ispettore capo dell'ufficio tecnico, ispettore capo, ispettore dei lavori, ispettore degli inventari, guardiano notturno e architetto presso le amministrazioni comunali (punto 8). Non vi rientrano, tra gli altri, i posti di conduttore, segnalatore, addetto alle pulizie degli uffici, manovale imbianchino, addetto alla mensa, manovale d'officina presso l'ente di gestione delle Ferrovie, né quelli di falegname, aiuto giardiniere, infermiera, puericultrice, elettricista, idraulico presso le amministrazioni comunali: per tali posti, richiedere il possesso della cittadinanza come condizione per l'assunzione integra inadempimento agli obblighi derivanti dal Trattato (punto 11).

41. Corte giust., 3.6.1986, causa 307/84, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, p. 1734.

42. Corte giust., 3.7.1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden Württemberg*, in *Racc.*, p. 2139.

43. Corte giust., 16.6.1987, causa 225/85, cit.

44. Corte giust., 30.5.1989, causa 33/88, *Allué e Coonan c. Università degli Studi di Venezia*, in *Racc.*, p. 1606, punto 9.

45. Corte giust., 27.11.1991, causa C-4/91, *Bleis c. Ministère de l'Éducation Nationale*, in *Racc.*, p. I-5638.

46. Commissione delle Comunità europee, Comunicazione 88/C 72/02, «Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia d'applicazione dell'articolo 48, paragrafo 4 del trattato CEE», in GUCE n. C 72/2 del 18.3.1988. L'indagine si concentrò su settori ritenuti «abbastanza lontani dalle attività specifiche dell'amministrazione pubblica», nei quali la riserva ai cittadini nazionali non avrebbe avuto fondamento: i servizi economici gestiti da organismi pubblici (come i trasporti, le poste e le telecomunicazioni, la distribuzione dell'elettricità e del gas, i servizi radiotelevisivi), i servizi sanitari pubblici, la pubblica istruzione, la ricerca pubblica.

47. Corte giust., 2.7.1996, causa C-473/93, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*, in *Racc.*, p. I-3248, punti 29 ss.; Corte giust., 2.7.1996, causa C-173/94, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, p. I-3276, punto 20; Corte giust., 2.7.1996, causa C-290/94, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Racc.*, p. I-3317, punto 37.

invitando gli Stati membri ad aprire il più possibile a tutti i cittadini europei le pubbliche amministrazioni statali⁴⁸.

Dopo aver ribadito la centralità della libera circolazione anche a seguito del Trattato di Lisbona⁴⁹, con riferimento specifico al settore pubblico, ha promosso un'indagine sistematica sulle legislazioni nazionali e sulla relativa applicazione, incaricando un noto studioso di analizzarne i risultati. Ne sono nati un approfondito rapporto (c.d. *Ziller Report*)⁵⁰ e un documento di lavoro, nel quale la Commissione ha confermato che «solo i posti che rispettano i criteri della giurisprudenza della Corte di giustizia» possono essere «riservati ai nazionali dello Stato membro ospitante»⁵¹.

Dal suo canto, la Corte di giustizia ha chiarito sempre meglio la portata dell'eccezione prevista dal Trattato al principio di libera circolazione dei lavoratori per gli impieghi nella pubblica amministrazione.

Innanzitutto ha avuto modo di delimitare il confine tra la disciplina della libera circolazione dei lavoratori, da una parte, e la disciplina del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, dall'altra: la prima applicabile ai lavoratori subordinati, la seconda ai lavoratori autonomi e alle imprese.

Quando l'attività riservata ai cittadini del singolo Stato membro è un'attività di lavoro autonomo o un'attività d'impresa, i principi a rischio di violazione sono il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, anch'essi sanciti dal Trattato e parimenti sottoposti ad una *public service exception*⁵². In tal caso il problema non è l'applicabilità della deroga *ex art. 48*, ma della deroga *ex art. 55*, per cui occorre verificare se nello Stato

48. Commissione delle Comunità europee, 11.12.2002, COM(2002)694 definitivo, «Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità», punto 5.2. In questa comunicazione la Commissione ha precisato che anche nei settori nei quali vengono in gioco funzioni specifiche dello Stato non tutti i posti comportano l'esercizio dell'autorità pubblica e la tutela dell'interesse generale dello Stato. Ha poi aggiunto che neppure gli impieghi che in precedenza la stessa Commissione aveva globalmente escluso dalla libera circolazione sono tutti oggetto di deroga.

49. Commissione europea, 13.7.2010, COM(2010)373 definitivo, «Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi», Introduzione. Sull'accesso ai posti di lavoro nella pubblica amministrazione, si veda il punto 2.3.

50. Si tratta del rapporto redatto dal Prof. Jacques Ziller, dal titolo «*Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector. Current Issues and State of Play*», costituito da una prima parte («*Part I – General Report*») relativa allo stato dell'arte della libera circolazione dei lavoratori nel settore pubblico e da una seconda parte («*Part II – Country Files*») contenente le schede relative a ciascuno dei 27 Stati membri.

51. Commissione europea, 14.12.2010, SEC(2010)1609 final, «*Free movement of workers in the public sector*». Sui posti riservati ai nazionali secondo l'art. 45, co. 4, TFUE si veda in particolare il punto 3.3.

52. Si tratta dell'art. 55, co. 1, TCEE (art. 45, co. 1, TCE; art. 51, co. 1, TFUE) a tenore del quale «sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». La disposizione, inserita nel capo relativo al diritto di stabilimento, per espressa previsione è applicabile anche alla libera prestazione dei servizi (art. 66 TCEE, art. 55 TCE, art. 62 TFUE).

interessato l'attività in questione partecipi, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri⁵³.

Vale la pena osservare che anche la deroga al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi è stata oggetto di un'interpretazione restrittiva da parte della Corte di giustizia, che ne ha limitato l'applicazione «alle attività che, considerate di per sé, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri»⁵⁴.

Tornando alla deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori, prevista dal Trattato per gli impieghi nella pubblica amministrazione, la Corte ha precisato che non vi rientrano le attività di lavoro subordinato svolte alle dipendenze di soggetti privati⁵⁵. Tuttavia in altre pronunce, in coerenza con la nozione oggettiva e funzionale di impiego pubblico fatta propria, la Corte ha affermato che quando ad un posto di lavoro sono connesse funzioni che costituiscono una partecipazione all'esercizio di poteri pubblici volti a salvaguardare l'interesse generale dello Stato, la circostanza che si tratti di un impiego alle dipendenze di una persona fisica o giuridica di diritto privato non esclude di per sé l'applicabilità dell'art. 39, co. 4, TCE. Tale disposizione sarà infatti applicabile qualora i poteri pubblici siano effettivamente esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta della complessiva attività del lavoratore⁵⁶.

53. Su tale base la Corte ha affermato, ad esempio, che la deroga prevista dall'art. 48 del Trattato non è applicabile alle imprese private di sorveglianza spagnole, per la fondamentale ragione che esse non fanno parte della pubblica amministrazione. Nel caso di specie non ha ritenuto applicabile neppure la deroga al diritto di stabilimento *ex art.* 55, in quanto le attività svolte dalle imprese in questione non implicavano l'esercizio di pubblici poteri. Cfr. Corte giust., 29.10.1998, causa C-114/97, *Commissione c. Regno di Spagna*, in *Racc.*, p. I-6732, punto 33 e punti 34-39.

54. Requisito che non sussiste, secondo la Corte, nel caso della libera professione di avvocato (Corte giust., 21.1.1974, causa 2/74, *Jean Reyners c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, p. 632, punti 45 e 54), del commissario autorizzato al controllo sulle imprese di assicurazione (Corte giust., 13.7.1993, causa C-42/92, *Adrianus Thijssen c. Controledienst voor de Verzekeringen*, in *Racc.*, p. I-4066, punto 22), delle imprese private di sorveglianza e del relativo personale (oltre alla pronuncia citata nella nota precedente, vedi anche Corte giust., 31.5.2001, causa C-283/99, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.* p. I-4377, punto 22), dei servizi di consulenza e assistenza fiscale erogati in esclusiva dai c.d. CAF (Corte giust., 30.3.2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, in *Racc.*, p. I-2961, punto 49), degli organismi privati di controllo sui prodotti dell'agricoltura biologica (Corte giust., 29.11.2007, causa C-404/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, p. I-10242, punto 44; Corte giust., 29.11.2007, causa C-393/05, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, in *Racc.*, p. I-10216, punto 42), delle imprese di revisione degli autoveicoli (Corte giust., 22.10.2009, causa C-438/08, *Commissione c. Repubblica portoghese*, in GUUE, 5.12.2009), della professione di notaio (Corte giust., 24.5.2011, causa C-47/08, *Commissione c. Regno del Belgio*, in GU C 204 del 9.7.2011; Corte giust., 24.5.2011, causa C-50/08, *Commissione c. Repubblica francese*, *ibidem*; Corte giust., 24.5.2011, causa C-51/08, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, *ibidem*; Corte giust., 24.5.2011, causa C-53/08, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, *ibidem*; Corte giust., 24.5.2011, causa C-54/08, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, *ibidem*; Corte giust., 24.5.2011, causa C-61/08, *Commissione c. Repubblica ellenica*, *ibidem*; Corte giust., 1.2.2017, causa C-392/15, *Commissione c. Ungheria*, in GU C 104 del 3.4.2017).

55. Non è pertanto compatibile col Trattato la disciplina interna che richieda la cittadinanza nazionale per svolgere l'attività di guardia particolare giurata: Corte giust., 31.5.2001, causa C-283/99, *cit.*, punto 25.

56. Alla stregua del principio, la Corte ha statuito che i posti di capitano o comandante in seconda di navi battenti bandiera di uno Stato, anche se dipendenti da soggetti privati, potrebbero in astratto essere riservati ai cittadini di quello

La considerazione secondo la quale la salvaguardia dell'interesse generale dello Stato «non verrebbe messa in pericolo se i poteri d'imperio fossero esercitati sporadicamente, o addirittura eccezionalmente, da cittadini di altri Stati membri», è stata ribadita dalla Corte di giustizia anche con riferimento agli impieghi pubblici in senso stretto, ossia alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. Anche per tali impieghi è necessario, ai fini dell'applicazione della deroga, che i poteri d'imperio attribuiti al lavoratore siano esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta della sua attività⁵⁷.

4.2. ... e nel diritto italiano

All'inizio degli anni Novanta, mentre in sede comunitaria era ormai chiaro che all'interno del settore pubblico occorreva distinguere tra posti esclusi dal principio di libera circolazione, suscettibili di riserva di nazionalità, e posti soggetti a quel principio, necessariamente accessibili ai cittadini di tutti gli Stati membri, la legislazione italiana prevedeva ancora la cittadinanza nazionale come requisito generale di accesso al pubblico impiego, senza distinzioni⁵⁸.

Occorreva adeguare l'ordinamento interno a quello comunitario, ammettendo i cittadini degli Stati membri almeno agli impieghi pubblici che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia e le comunicazioni della Commissione europea, non presentavano quella connessione con l'esercizio del potere pubblico e con la tutela dell'interesse generale dello Stato che ne avrebbe giustificato la riserva ai nazionali.

L'occasione per un simile intervento fu offerta al legislatore italiano dalla riforma del lavoro pubblico operata con la l. delega 23.10.1992, n. 421 e con il successivo d.lgs.

Stato perché comportano la titolarità di poteri pubblicistici e di funzioni di polizia; poiché però l'esercizio dei poteri d'imperio e di rappresentanza dello Stato in tali casi è soltanto occasionale e rappresenta una parte molto limitata dell'attività complessiva, i posti di cui si tratta finiscono per ricadere sotto il principio della libera circolazione: Corte giust., 30.9.2003, causa C-405/01, cit., punti 43, 44 e 45; Corte giust., 30.9.2003, causa C-47/02, *Albert Anker, Klaas Ras, Alvertus Snoek c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, p. I-10469, punti 62, 63 e 64. Negli stessi termini, cfr. Corte giust., 11.3.2008, causa C-89/07, *Commissione c. Repubblica francese*, in GU C 107 del 26.4.2008; Corte giust., 11.9.2008, causa C-447/07, *Commissione c. Repubblica italiana*; Corte giust., 20.11.2008, causa C-94/08, *Commissione c. Regno di Spagna*, in GU C 6 del 10.1.2009; Corte giust., 10.12.2009, causa C-460/08, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in GU C 24 del 30.1.2010.

57. Il posto di lavoro non può essere riservato ai nazionali quando i poteri d'imperio siano esercitabili solo in via occasionale e costituiscano una parte marginale di un'attività che presenti in generale un carattere tecnico e di gestione economica. Sulla base del principio e con riferimento alla legislazione italiana, la Corte ha escluso che possano essere riservate ai cittadini nazionali le funzioni di presidente di un'Autorità portuale: Corte giust., 10.9.2014, causa C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*, punti 58-62.

58. Come si è visto nel paragrafo 2, la cittadinanza italiana era requisito generale di accesso agli impieghi civili dello Stato ai sensi dell'art. 2, co. 1, n. 1), d.p.r. 10.1.1957, n. 3, valevole anche per gli impieghi presso le altre pubbliche amministrazioni. È infatti noto che la disciplina degli impieghi statali ha rappresentato a lungo la normazione pilota per tutto il pubblico impiego, né vi era una previsione di carattere generale che escludesse il requisito della cittadinanza per l'accesso agli impieghi pubblici non statali.

3.2.1993, n. 29, che sancirono il passaggio del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni da un regime pubblicistico a un regime in prevalenza privatistico. Il superamento del modello pubblicistico consentì di mettere da parte uno dei suoi capisaldi, rappresentato dal nesso con la cittadinanza nazionale, e di aprire il settore ai cittadini di altri Stati, come richiesto dall'ordinamento comunitario.

L'apertura fu prevista dall'art. 37 del d.lgs. n. 29/1993, che riprendendo alla lettera la giurisprudenza della Corte di giustizia stabilì che i cittadini degli Stati membri della Comunità economica europea, poi Unione europea, potessero «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» (art. 37, co. 1). Senza nulla aggiungere per chiarire quali fossero in positivo tali posti, il medesimo articolo affidò ad un regolamento, da adottare con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, l'individuazione degli impieghi per i quali si doveva continuare ad esigere il possesso della cittadinanza italiana (art. 37, co. 2); su tale base fu adottato il d.p.c.m. 7.2.1994, n. 174, successivamente integrato dal d.p.c.m. 5.10.1994, n. 623 e ancora vigente.

Il regolamento, attenendosi al mandato ricevuto⁵⁹, distingue gli impieghi riservati ai cittadini italiani in posti e funzioni, identificando i primi in base all'appartenenza a determinate amministrazioni o «posizioni ordinamentali» e le seconde «in base alle competenze riconducibili alla nozione comunitaria di pubblica amministrazione»⁶⁰.

Precisamente, l'art. 1 del d.p.c.m. n. 174/1994 riserva ai cittadini italiani i posti dei livelli dirigenziali e i posti con funzioni di vertice amministrativo delle amministrazioni pubbliche statali e non statali, i posti dei magistrati e degli avvocati e procuratori dello Stato, i posti dei ruoli civili e militari 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 delle finanze e del Corpo forestale dello Stato, eccettuati quelli per i quali è sufficiente il titolo di studio della scuola dell'obbligo.

Quanto alle funzioni, l'art. 2 del medesimo d.p.c.m. riserva ai cittadini italiani quelle «che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi», nonché le «funzioni di controllo di legittimità e di merito». Mentre per i posti la riserva è senz'altro operante, per le funzioni occorre che il Presidente del Consiglio dei ministri, su richiesta dell'interessato, adotti un «diniego motivato all'accesso a specifici impieghi o all'affidamento di incarichi che comportino esercizio di taluna delle funzioni indicate».

59. Ai sensi dell'art. 37, co. 2, d. lgs. n. 29/1993, con d.p.c.m. «sono individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana».

60. Le espressioni riportate tra virgolette si trovano nella premessa del d.p.c.m. 7.2.1994, n. 174.

Rileva altresì l'art. 41 del d.lgs. n. 29/1993, che affidò la disciplina dei requisiti generali di accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione ad un regolamento, da adottare con decreto del Presidente della Repubblica. Il mandato fu assolto con il d.p.r. 9.5.1994, n. 487, tuttora vigente, il quale conferma la cittadinanza italiana come requisito generale di accesso agli impieghi nella P.A., ma aggiunge, tenendo conto dell'apertura ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea operata dall'art. 37 del d.lgs. n. 29/1993, che il suddetto requisito «non è richiesto per i soggetti appartenenti alla Unione europea, fatte salve le eccezioni di cui al d.p.c.m. 7 febbraio 1994».

In estrema sintesi il legislatore italiano, con gli interventi attuati tra il 1993 e il 1994, nel confermare la cittadinanza italiana come requisito generale di accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, ha equiparato ai cittadini italiani i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, ma solo per una parte degli impieghi pubblici, conservando per l'altra parte una stretta riserva di nazionalità. La tecnica utilizzata è stata quella di individuare espressamente gli impieghi riservati agli italiani, dichiarando accessibili agli europei, in via residuale, tutti gli altri impieghi. L'individuazione degli impieghi riservati è stata operata con un regolamento secondo il criterio, stabilito dalla legge alla stregua della giurisprudenza comunitaria (art. 37, co. 1, d. lgs. n. 29/1993), dell'attinenza all'esercizio di pubblici poteri o alla tutela dell'interesse nazionale. Tuttavia, per le modalità con le quali tale criterio è stato applicato, si è tenuto fermo il requisito della cittadinanza nazionale per settori di lavoro pubblico ben più ampi di quanto avrebbe consentito la *ratio* della riserva come individuata dalla Corte di giustizia e dalla Commissione⁶¹.

Ed infatti il d.p.c.m. n. 174/1994 sottopone a riserva di nazionalità sia i posti, sia le funzioni, mostrando di considerare come alternativi, anziché cumulativi, i due criteri di individuazione degli impieghi riservati, quello strutturale e quello funzionale. È cioè sufficiente, perché sia necessario il possesso della cittadinanza italiana, che si tratti di uno dei posti elencati dall'art. 1 oppure, in alternativa, che entri in gioco una delle funzioni indicate dall'art. 2 del d.p.c.m. Sono quindi riservati ai cittadini italiani tutti i posti dei livelli dirigenziali, tutti i posti con funzioni di vertice amministrativo e tutti i posti appartenenti ai Ministeri menzionati dall'art. 1, anche qualora non comportino l'esercizio delle funzioni *ex art. 2*. Parallelamente, è possibile escludere il cittadino di altro Paese dall'impiego che comporti l'esercizio di una delle suddette funzioni, anche se non si tratti di una posizione dirigenziale o di vertice amministrativo o collocata in uno dei Ministeri

61. In questo senso si vedano M. Rusciano, *Spunti per lo studio del lavoro pubblico nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 74; R. Caranta, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, cit., p. 45; M. Gnes, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, n. 2.2012, p. 7, p. 35. Anche nel citato *Ziller Report*, nella parte II, p. 75, si rileva la non perfetta coincidenza tra la disciplina italiana e la giurisprudenza della Corte di giustizia quanto ai criteri utilizzati per individuare gli impieghi riservati ai nazionali.

elencati nell'art. 1. Com'è evidente, una simile scelta normativa allarga l'area del lavoro pubblico sottratta alla libera circolazione ben al di là di quanto consentito dal Trattato⁶² come interpretato da Corte di giustizia e Commissione, le quali ammettono la deroga solo per i posti che implicino l'effettivo esercizio, abituale e non occasionale, prevalente e non marginale, di poteri d'imperio. D'altra parte, nell'abbozzare un elenco di settori rientranti nella deroga, la Commissione aveva menzionato solo «le forze armate, la polizia e le altre forze dell'ordine pubblico, la magistratura, l'amministrazione fiscale e la diplomazia», chiarendo che gli impieghi presso i Ministeri statali, i governi regionali e gli enti locali potevano ricadere nella deroga solo se implicassero l'esercizio di un potere pubblico⁶³. In altri termini, nell'approccio funzionale seguito da Corte di giustizia e Commissione, l'appartenenza a determinate strutture amministrative (ad esempio i Ministeri statali o i governi regionali) non è di per sé sufficiente per sottrarre il posto di lavoro alla libera circolazione, occorrendo altresì che venga in gioco l'esercizio di specifiche funzioni.

Il disallineamento tra la disciplina interna e il modello affermatosi in ambito comunitario non poteva non emergere in seno alla giurisprudenza italiana.

Prima di passare al suo esame, va osservato che la descritta disciplina è stata confermata, nel suo impianto fondamentale, dai successivi interventi legislativi, in particolare dal d.lgs. 30.3.2001, n. 165, recante «norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» che ha abrogato e sostituito il d.lgs. n. 29/1993. Il c.d. nuovo Testo unico sul pubblico impiego ha infatti riprodotto all'art. 38 il contenuto dell'art. 37 del decreto legislativo previgente e ha confermato espressamente, all'art. 70, co. 13, l'applicabilità del d.p.r. n. 487/1994. L'unica novità di rilievo successivamente intervenuta, sulla quale ci si soffermerà in un apposito paragrafo, è stata l'equiparazione ai cittadini europei, ai fini dell'accesso agli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione, di tre categorie di cittadini di Paesi terzi; come si vedrà, anche quest'ultima novità è scaturita dall'esigenza di adeguare la disciplina interna a quella dell'Unione europea.

62. Ci si riferisce naturalmente al co. 4 dell'art. 48 TCEE, poi art. 39 TCE, poi art. 45 TFUE. L'eccessiva ampiezza della formulazione rinvenibile nel regolamento di cui al d.p.c.m. n. 174/1994 è stata rilevata da molti autori, tra i quali cfr. A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in *Lavoro e diritto*, n. 4.2009, p. 563, p. 572.

63. Commissione delle Comunità europee, Comunicazione 88/C 72/02, «Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri», cit.

4.3. La ulteriore delimitazione degli impieghi pubblici esclusi mediante disapplicazione del diritto interno in contrasto col diritto dell'Unione europea

L'individuazione degli impieghi pubblici esclusi dalla libera circolazione appare il risultato di un processo di successiva specificazione che si snoda dal livello europeo a quello statale coinvolgendo diritto positivo e giurisprudenza. È agevole cogliervi la tendenza alla progressiva erosione della sfera del lavoro pubblico riservata ai cittadini nazionali. A valle di tale processo si colloca idealmente la giurisprudenza italiana, chiamata a dare applicazione al diritto interno nei limiti della sua conformità al diritto dell'Unione europea.

La nostra giurisprudenza ha ravvisato in diverse occasioni motivi di contrasto tra il quadro normativo interno, come sopra ricostruito, e l'interpretazione del diritto dell'Unione europea fornita dalla Corte di giustizia. Il giudizio di difformità ha colpito in particolare il d.p.c.m. n. 174/1994, nella parte in cui individua i posti e le funzioni per i quali è indispensabile il possesso della cittadinanza italiana. È infatti emerso che mentre la Corte di giustizia dà rilievo, per stabilire se un impiego possa essere riservato ai nazionali, alla natura dell'attività svolta, indagando se si tratti di esercizio di poteri pubblici o di mansioni volte a tutelare interessi generali, il regolamento invece ritiene di per sé dirimente la posizione occupata dall'impiegato (livello dirigenziale, funzioni di vertice amministrativo) o la struttura nella quale è incardinato (ad es. un determinato Ministero), a prescindere dalle attività effettivamente svolte. Questo è vero, in particolare, per le disposizioni di cui alle lettere a), b) e d) dell'art. 1, co. 1, del regolamento. Infatti, poiché il criterio dello svolgimento di determinate funzioni di cui all'art. 2 del regolamento è alternativo a quello dell'occupazione di specifici posti, ne segue che l'appartenenza al livello dirigenziale oppure a un certo Ministero fa scattare la riserva indipendentemente dalle funzioni concretamente espletate.

Il rilevato contrasto ha portato, in alcune recenti pronunce, alla disapplicazione del d.p.c.m. n. 174/1994 nelle parti ritenute incompatibili con il diritto dell'Unione europea, con la conseguenza di ammettere i cittadini degli Stati membri ad impieghi che la lettera del regolamento riserverebbe agli italiani.

In questo filone giurisprudenziale si iscrivono sia pronunce del giudice ordinario, sia pronunce del giudice amministrativo⁶⁴. Stando al materiale giurisprudenziale reperito, le

64. Nella materia in esame vi è un ambito di giurisdizione del giudice ordinario in forza dell'art. 44 del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, che assegna a tale giudice l'azione civile contro la discriminazione. Per accertare l'eventuale carattere discriminatorio dell'esclusione, il giudice ordinario verifica la conformità degli atti amministrativi contestati dal ricorrente (bando di concorso, provvedimento di esclusione) alla normativa nazionale e sovranazionale, effettuando un sindacato di legittimità il cui giudice naturale sarebbe quello amministrativo. Il fondamento teorico e costituzionale di tale scelta normativa risiede nella qualificazione come diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva di cui lo

pronunce del giudice ordinario riguardano soprattutto la lett. d) dell'art. 1, co. 1, del regolamento, che preclude a chi non ha la cittadinanza italiana l'accesso ad intere branche di amministrazione statale, precisamente alla Presidenza del Consiglio dei ministri, a cinque Ministeri (esteri, interno, giustizia, difesa e finanze) e al Corpo forestale dello Stato. Il giudice amministrativo invece, a quanto consta, si è occupato prevalentemente dell'accesso degli stranieri alla dirigenza e alle funzioni di vertice amministrativo di cui alle lett. a) e b) dell'art. 1, co. 1, del regolamento.

Prima di esaminare il contenuto delle principali pronunce, si consideri che le due questioni, a ben riflettere, non sono del tutto sovrapponibili. L'esclusione degli stranieri da tutti i posti dei ruoli civili e militari di un dato Ministero, senza alcun riferimento alle funzioni che il lavoratore è chiamato a svolgere, prescinde palesemente dal criterio sostanziale, ritenuto decisivo dalla Corte di giustizia, dell'esercizio di pubblici poteri e della tutela degli interessi generali dello Stato. Il contrasto tra la formulazione letterale del regolamento e la giurisprudenza comunitaria è qui facilmente rilevabile. La riserva ai cittadini italiani dei posti di livello dirigenziale e di quelli con funzioni di vertice amministrativo, invece, non appare del tutto avulsa da profili sostanziali, dal momento che occupare un livello dirigenziale o comunque una posizione di vertice all'interno di una pubblica amministrazione implica di per sé l'esercizio di determinate funzioni, pur restando da dimostrare che si tratti esattamente di quei pubblici poteri di cui parla la Corte di giustizia. In questo caso il contrasto della disposizione regolamentare interna con il parametro comunitario è meno evidente; cionondimeno, come si vedrà, il giudice amministrativo italiano ha ritenuto di ravvisarlo.

Iniziando dalla giurisprudenza del giudice ordinario, alcune decisioni hanno dichiarato la natura discriminatoria di bandi di concorso che richiedevano come requisito di partecipazione la cittadinanza italiana, trattandosi di impieghi pubblici riservati ai sensi del d.p.c.m. n. 174/1994. Secondo i giudici gli impieghi in questione, avuto riguardo alle mansioni concretamente espletate, non implicavano l'esercizio di pubblici poteri finalizzati alla tutela dell'interesse generale⁶⁵. Il parametro alla stregua del quale è stata vagliata la legittimità dei bandi impugnati è stato senz'altro il diritto dell'Unione europea come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che stabilisce in modo rigoroso in quali casi gli Stati membri possono riservare ai propri cittadini l'accesso a posti di lavoro

straniero discriminato chiede tutela, come messo in chiaro da Cass., SU, ord. 15.2.2011, n. 3670 e ord. 30.3.2011, n. 7186. D'altra parte, quante volte l'esclusione dello straniero dall'accesso a posti di pubblico impiego si realizzi attraverso atti amministrativi, che sono comunque impugnabili per motivi di legittimità dinanzi al giudice amministrativo, anche quest'ultimo conserva, nella materia in esame, un proprio ambito di giurisdizione.

65. Si tratta di Trib. Udine, ord. 30.6.2016; Trib. Firenze, sez. lavoro, ord. 27.5.2017; Trib. Firenze, sez. lavoro, ord. 26.6.2018; Trib. Milano, sez. lavoro, 11.6.2018, n. 15759; Trib. Roma, sez. II lavoro, 28.1.2019, n. 798.

pubblici. Al di fuori di tali casi, il comportamento della P.A. che preclude ai non nazionali la partecipazione ai concorsi per l'assunzione di personale assume i connotati della discriminazione di cui agli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998, con la conseguenza che il giudice può disporre la cessazione, con rimozione dei relativi effetti.

Preme evidenziare che nei casi in esame l'amministrazione non aveva fatto altro che applicare l'art. 1, co. 1, lett. d), d.p.c.m. n. 174/1994, che richiede il requisito della cittadinanza italiana per l'accesso a determinati Ministeri, tra i quali quello della giustizia e quello delle finanze⁶⁶. Tuttavia il giudice, rilevata la difformità della disposizione regolamentare interna dal diritto dell'Unione europea, l'ha disapplicata. Adottando l'approccio funzionale e "caso per caso" seguito dalla Corte di giustizia, ha preso in esame lo specifico profilo professionale controverso al fine di verificare se esso implicasse o meno l'esercizio di pubblici poteri; dato l'esito negativo di tale verifica, ha dichiarato la natura discriminatoria del bando e ordinato all'amministrazione di ammettere il ricorrente alla procedura o provvedere altrimenti alla cessazione/rimozione del comportamento vietato.

Passando alla giurisprudenza del giudice amministrativo, si osserva che l'orientamento tradizionale, favorevole all'interpretazione letterale del d.p.c.m. n. 174/1994 e dunque incline a riservare ai cittadini nazionali tutti i posti e le funzioni ivi elencati⁶⁷, è mutato a seguito di una pronuncia della Corte di giustizia resa su un rinvio pregiudiziale disposto dal Consiglio di Stato⁶⁸. Tale pronuncia, relativa al caso della nomina di un cittadino greco a presidente di un'Autorità portuale italiana, ha ammesso che sono pubblici poteri, ai fini della deroga alla libera circolazione, i poteri d'imperio che si manifestano nell'adozione di provvedimenti coattivi, come l'ingiunzione di ripristino dello stato dei luoghi o l'ordine di esecuzione di lavori volti ad assicurare la navigabilità del porto. Ha però aggiunto che per aversi deroga alla libera circolazione è necessario che i suddetti poteri d'imperio siano esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte

66. Nel caso deciso dal Tribunale di Udine si trattava di un posto per operatore doganale presso l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, afferente al Ministero delle finanze; le ordinanze del Tribunale di Firenze riguardano un concorso per assistente giudiziario presso il Ministero della giustizia; le pronunce del Tribunale di Milano e del Tribunale di Roma si riferiscono entrambe a un concorso per mediatore culturale bandito dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia.

67. Si vedano: Tar Puglia, Lecce, sez. I, 26.6.2012, n. 1138, che ha dichiarato illegittima la nomina di un cittadino greco a presidente dell'Autorità portuale di Brindisi, avendo ritenuto indispensabile la cittadinanza italiana come requisito di accesso alla suddetta carica, dati i poteri pubblici ad essa spettanti; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 24.5.2017, n. 6171, secondo cui alla selezione per la nomina dei direttori dei musei statali possono partecipare soltanto i cittadini italiani, trattandosi di funzioni dirigenziali, espressamente riservate ai nazionali dal d.p.c.m. n. 174/1994; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 7.6.2017, n. 6719, che ha annullato il decreto di indizione della selezione pubblica internazionale per il conferimento dell'incarico di direttore del Parco archeologico del Colosseo, sempre in forza della disciplina regolamentare interna che riserva agli italiani le funzioni dirigenziali nella pubblica amministrazione.

68. Trattasi di Corte giust., 10.9.2014, causa C-270/13, cit., resa sul rinvio pregiudiziale disposto da Cons. St., sez. IV, ord. 8.5.2013, n. 2492.

molto ridotta della complessiva attività del titolare. Se invece l'esercizio dei poteri d'imperio è soltanto sporadico o addirittura eccezionale, nell'ambito di un'attività avente in generale un carattere tecnico e di gestione economica, non è consentito allo Stato membro di riservare l'impiego ai propri cittadini.

Dopo questa pronuncia della Corte di giustizia, la giurisprudenza interna ha mutato indirizzo, cominciando ad andare oltre la lettera del regolamento e ad esaminare nel dettaglio le funzioni spettanti alla singola figura professionale, al fine di verificare sia la sussistenza di poteri d'imperio nel senso precisato dalla Corte, sia la rilevanza e l'esercizio non occasionale dei medesimi nel contesto della complessiva attività del titolare. Si è così giunti a ribaltare in appello la decisione sul presidente dell'Autorità portuale⁶⁹ e poi ad aprire ai cittadini degli Stati membri la direzione dei musei statali⁷⁰.

Vale la pena osservare che, nel pronunciarsi in appello sul caso del presidente dell'Autorità portuale, il Consiglio di Stato ha affrontato il nodo della compatibilità tra l'interpretazione dell'art. 45 TFUE adottata dalla Corte di giustizia e l'art. 51 Cost., qualora inteso nel senso di riservare ai cittadini italiani l'accesso agli uffici pubblici. L'applicazione del diritto dell'Unione europea potrebbe rendere necessario, in tal caso, disapplicare la norma costituzionale. Richiamata la giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, il Consiglio di Stato ha però chiarito che le disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori di cui all'art. 45 TFUE, dalle quali discende il diritto dei cittadini dell'Unione di accedere ai posti di lavoro nel nostro Paese, devono considerarsi recepite nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 11 Cost. Non occorre quindi disapplicare l'art. 51, basta leggerlo in conformità all'art. 11, nel senso di consentire ai cittadini degli Stati membri l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, salve le eccezioni connesse alle ipotesi in cui vi sia esercizio di pubblici poteri nel senso inteso dalla Corte di giustizia. In conclusione è direttamente l'art. 45 TFUE, come interpretato dai giudici di Lussemburgo, il parametro alla stregua del quale la disciplina italiana deve essere interpretata, applicata e, se occorre, integrata.

69. Si veda Cons. St., sez. IV, 10.3.2015, n. 1210, che sulla scorta della pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia citata nella nota che precede, ha accolto l'appello avverso Tar Puglia, Lecce, sez. I, 26.6.2012, n. 1138, cit.

70. Cfr. Cons. St., sez. VI, 24.7.2017, n. 3666, che ha annullato la citata sentenza del Tar Lazio n. 6719/2017 relativa all'incarico di direzione del Parco archeologico del Colosseo; Cons. St., sez. VI, 2.2.2018, n. 677, che in sede di appello avverso la sentenza del Tar Lazio n. 6171/2017, relativa all'incarico di direzione del Palazzo ducale di Mantova, ha rimesso alla plenaria la questione se tale incarico potesse essere affidato ad una persona non avente la cittadinanza italiana, ma quella di un altro Stato membro dell'Unione europea; Cons. St., ad. plen., 25.6.2018, n. 9, che ha dichiarato in contrasto con l'art. 45, co. 4, TFUE, quindi da disapplicare, il d.p.c.m. n. 174/1994 nella parte in cui richiede il requisito della cittadinanza italiana per l'accesso ai posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato.

Una esplicita presa di posizione sulla contrarietà al diritto dell'Unione europea del d.p.c.m. n. 174/1994 si rinviene nelle decisioni sui direttori dei musei statali⁷¹, nelle quali il Consiglio di Stato afferma chiaramente di disapplicare il regolamento interno, così allineandosi alla giurisprudenza del giudice ordinario. In base all'art. 1, co. 1, lett. a) del regolamento, che menziona «i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato», gli incarichi di direzione dei musei statali, che sono uffici di livello dirigenziale, sarebbero riservati ai cittadini italiani. Erano state pertanto annullate la selezione pubblica internazionale per la nomina del direttore del Parco archeologico del Colosseo, aperta alla partecipazione di cittadini non italiani, e la nomina di un cittadino austriaco come direttore del Palazzo ducale di Mantova⁷². In appello il Consiglio di Stato ha ravvisato un contrasto palese tra la previsione regolamentare, che riserva ai cittadini italiani l'intera dirigenza statale, e la normativa europea, che impone di verificare se le funzioni svolte dal singolo dirigente siano o meno espressione di pubblici poteri, nel senso chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Dopo aver preso in esame i compiti attribuiti ai direttori delle menzionate istituzioni museali, il Consiglio di Stato è giunto alla conclusione che essi svolgano in prevalenza un'attività di gestione economica e tecnica dei beni culturali loro affidati, finalizzata alla valorizzazione dei medesimi, non avente quel carattere autoritativo che ne giustificherebbe la riserva ai cittadini nazionali⁷³. Di qui, la necessaria disapplicazione della normativa interna in contrasto con il diritto europeo. Considerati però i limiti di tale rimedio, che non elimina dal sistema la norma viziata da illegittimità europea, il Consiglio ha auspicato un intervento del legislatore che faccia chiarezza ed eviti incertezze in sede applicativa⁷⁴, auspicio ribadito con forza anche dall'Adunanza plenaria⁷⁵.

A conclusione dell'analisi sin qui condotta, focalizzata sul principio comunitario di libera circolazione dei lavoratori e sulle relative implicazioni nel settore del lavoro pubblico, con specifico riferimento alla possibilità, per gli Stati membri, di riservare ai cittadini nazionali l'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione, si può affermare

71. Sull'intera vicenda si rinvia ai commenti di M. Gnes, *Musei italiani e direttori stranieri. L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4.2017, p. 492; Id., *La dirigenza pubblica e il requisito della cittadinanza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2.2018, p. 143; Id., *Musei italiani e direttori stranieri: la decisione dell'Adunanza plenaria. Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5.2018, p. 609.

72. Si vedano, rispettivamente, Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 7.6.2017, n. 6719, cit. (Parco archeologico del Colosseo) e Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 24.5.2017, n. 6171, cit. (Palazzo ducale di Mantova).

73. Rispettivamente, in Cons. St., sez. VI, n. 3666/2017 e in Cons. St., ad. plen., n. 9/2018.

74. Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 3666/2017, cit.

75. Cons. St., ad. plen., n. 9/2018, cit. ha affidato al Governo, «per evidenti ragioni di certezza giuridica», il compito di «adottare le determinazioni conseguenti alla rilevata illegittimità *de iure comunitario* della richiamata disposizione regolamentare».

che tale possibilità sussiste esclusivamente per i posti di lavoro che implicino, in misura prevalente, l'esercizio abituale di poteri d'imperio (nel senso di autoritativi e coercitivi) volti a tutelare interessi generali dello Stato, e che non abbiano un preminente carattere di gestione tecnica ed economica. Solo in presenza di tali requisiti la riserva di nazionalità eventualmente apposta dal legislatore dello Stato membro è immune da illegittimità comunitaria. La vigente normativa italiana, a suo tempo adottata al fine di conformare l'ordinamento interno a quello comunitario, attualmente presenta, in parte per vizi originari ed in parte per la sopravvenuta evoluzione normativa e giurisprudenziale, importanti punti di frizione con il parametro europeo, riservando ai cittadini italiani settori del lavoro pubblico più ampi di quanto non sia consentito da quel parametro. Di conseguenza, in attesa di un intervento del legislatore, la giurisprudenza disapplica le norme interne ritenute incompatibili con quelle dell'Unione europea.

5. L'equiparazione ai cittadini europei di alcune categorie di cittadini di Paesi terzi ai fini dell'accesso agli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione, tra diritto dell'Unione europea e diritto interno

Operata la delimitazione, all'interno del lavoro pubblico, tra ambito suscettibile di riserva di nazionalità ed ambito aperto al principio di libera circolazione, occorre rispondere ad un quesito rimasto finora sulla sfondo: a quali categorie di stranieri sono accessibili gli impieghi soggetti alla libera circolazione, solo ai cittadini degli Stati membri o anche ai cittadini dei Paesi terzi?

In altri termini, occorre passare dal profilo oggettivo del problema, quello della distinzione tra impieghi riservati e impieghi accessibili, al profilo soggettivo, quello della individuazione dei soggetti che possono accedervi.

Ancora una volta è bene muovere dal diritto dell'Unione europea per poi considerare la disciplina italiana.

Il principio di libera circolazione dei lavoratori, dettato dall'art. 45 TFUE per i cittadini degli Stati membri, si applica, entro certi limiti, anche a determinate categorie di cittadini di Paesi terzi.

Innanzitutto il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri è riconosciuto non solo ai cittadini dell'Unione ma anche ai loro familiari, qualunque sia la cittadinanza di questi ultimi⁷⁶. Si tratta di un corollario naturale della

76. Si veda l'art. 3, co. 1, dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29.4.2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ma già l'art. 10, reg. 1612/68/CEE, cit.

libertà di circolazione e soggiorno, volto a garantirne l'effettivo esercizio⁷⁷. Ne consegue che anche i familiari non aventi la cittadinanza dell'Unione hanno diritto, a certe condizioni, di esercitare un'attività di lavoro subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante e di godere di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato⁷⁸. Pertanto la prima categoria di cittadini di Paesi terzi alla quale deve riconoscersi il diritto a non essere discriminati nell'accesso al lavoro, anche pubblico nei limiti tracciati dalla Corte di giustizia, è quella dei familiari (di cittadini dell'Unione) che esercitino la libertà di circolazione e soggiorno alle condizioni previste dal diritto derivato⁷⁹.

Va poi considerata la categoria dei soggiornanti di lungo periodo, coniata per favorire l'integrazione dei cittadini non europei che risiedano regolarmente e con una certa stabilità nel territorio di uno Stato membro⁸⁰, in vista del perseguimento di obiettivi di coesione economico-sociale. Chi ottiene tale *status* gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali in un ampio spettro di materie, prima fra tutte quella del lavoro⁸¹. Fa eccezione il caso dell'attività lavorativa che implichi, sia pure occasionalmente, la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri; inoltre lo Stato membro può limitare la possibilità di svolgere attività lavorative che la legislazione interna riservi ai nazionali. Sebbene tale duplice limitazione sembri lasciare un certo margine di manovra agli Stati, il principio del trattamento nazionale dei soggiornanti di lungo periodo apre un ulteriore canale d'accesso al lavoro pubblico per i cittadini degli Stati terzi.

Vi è infine una terza categoria di cittadini non comunitari alla quale il diritto dell'Unione ha aperto le porte del pubblico impiego: i titolari di protezione internazionale. Nel dettare per la prima volta una disciplina comune di tale materia, si è inserito tra i

77. Come si legge nel considerando n. 5 della dir. 2004/38/CE, cit., «il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza».

78. Si vedano gli artt. 23 e 24, co. 1, dir. 2004/38/CE del 29.4.2004, cit.; ma già l'art. 11, reg. 1612/68/CEE, cit., su cui cfr. Corte giust., 7.5.1986, causa C-131/85, *Emir Gül c. Regierungspräsident Düsseldorf*, in *Racc.*, p. 1583.

79. In tal senso si è espressa la Commissione europea nel documento di lavoro SEC(2010)1609 del 14.12.2010, cit., p. 12. Si tratta però di un diritto derivato, connesso a quello del cittadino comunitario, non potendo il cittadino di Paese terzo accedere ad un posto di lavoro subordinato in uno Stato diverso da quello in cui il suo familiare (cittadino comunitario) svolga un'attività lavorativa subordinata. In proposito cfr. Corte giust., 30.3.2006, causa C-10/05, *Cynthia Mattern e Hajrudin Cikotic c. Ministre du Travail et de l'Emploi*, in *Racc.*, p. I-3162. In dottrina, cfr. M. Gnes, *Oltre la cittadinanza nazionale?*, cit., p. 33; nonché C. De Marco, *Immigrati e pubblico impiego*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 4.2017, parte I, p. 599, p. 603.

80. Cfr. la dir. 2003/109/CE del Consiglio del 25.11.2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

81. L'art. 11, co. 1, dir. 2003/109/CE, cit., prevede che «il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: a) l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, nonché le condizioni di assunzione e lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione».

contenuti della protezione internazionale l'accesso all'occupazione, facendo obbligo agli Stati membri di autorizzare i beneficiari dello *status* di rifugiato e dello *status* di protezione sussidiaria «a esercitare un'attività dipendente o autonoma nel rispetto della normativa generalmente applicabile alle professioni e agli impieghi nella pubblica amministrazione»⁸².

Le direttive che hanno posto le premesse per l'ammissione agli impieghi pubblici non riservati delle suddette tre categorie di stranieri non hanno ricevuto, in un primo tempo, piena attuazione nell'ordinamento italiano. Infatti i decreti legislativi di recepimento⁸³ hanno lasciato immutata la pertinente disposizione del Testo unico sul pubblico impiego, che si riferiva esclusivamente ai cittadini degli Stati membri⁸⁴. Come risultato, le amministrazioni pubbliche italiane continuavano ad ammettere alle proprie dipendenze – limitatamente ai posti non riservati ai cittadini italiani – soltanto i cittadini dell'Unione europea, senza aprire ai loro familiari e ai soggiornanti di lungo periodo. Quanto poi ai beneficiari di protezione internazionale, la normativa interna di attuazione consentiva l'accesso ai rifugiati ma non ai titolari di protezione sussidiaria⁸⁵.

La mancata integrale ricezione delle direttive è stata segnalata dalla dottrina, che ha comunque sostenuto l'immediata applicabilità delle nuove norme di diritto comunitario anche in assenza di una loro completa trasposizione nell'ordinamento interno⁸⁶. Nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale che si è sviluppato intorno alla questione dell'ammissibilità dei cittadini di Paesi terzi ai posti di lavoro pubblici, le direttive in questione e le relative norme interne di recepimento sono state evocate come argomento a sostegno della tesi dell'apertura⁸⁷. A seguito della richiesta di informazioni da parte della Commissione europea al Governo italiano sulla presunta violazione delle suddette direttive⁸⁸, al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione, il legislatore è intervenuto

82. Si veda l'art. 26, co. 1 e co. 3, dir. 2004/83/CE del Consiglio del 29.4.2004, 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. Le disposizioni contenute nei citati commi sono state riprodotte nell'art. 26, co. 1, dir. 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.12.2011, che ha abrogato e sostituito la precedente.

83. Per i familiari dei cittadini dell'Unione, si veda il d.lgs. 6.2.2007, n. 30, di attuazione della dir. 2004/38/CE, cit.; per i soggiornanti di lungo periodo, cfr. il d.lgs. 8.1.2007, n. 3, di attuazione della dir. 2003/109/CE, cit.; per i titolari di protezione internazionale, cfr. il d.lgs. 19.11.2007, n. 251, di attuazione della dir. 2004/83/CE, cit.

84. L'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 non fu infatti modificato dai decreti legislativi di cui alla nota precedente.

85. Si veda il testo originario dell'art. 25, co. 2, del d.lgs. n. 251/2007, di attuazione della dir. 2004/83/CE, cit.

86. Questa è l'opinione di A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, cit., p. 573 ss.

87. In dottrina, cfr. G. Ludovico, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2009, p. 400; A. Durante, *I confini della cittadinanza. Lavoro e immigrazione alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2010, p. 367. In giurisprudenza, si vedano Trib. Milano, 16.7.2009, che richiama l'art. 11, co. 1, della dir. 2003/109/CE; e Trib. Milano, 4.4.2011, che cita il d.lgs. n. 251/2007, di attuazione della dir. 2004/83/CE, e la dir. 2003/109/CE.

88. Casi EU Pilot 1769/11/JUST e 2368/11/HOME.

nel 2013 con lo strumento della legge europea, apportando all'art. 38 del Testo unico sul pubblico impiego le modifiche necessarie⁸⁹. Pertanto l'accesso ai posti di lavoro pubblici non riservati ai cittadini italiani è oggi consentito, oltre che ai cittadini degli Stati membri, anche ai «loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente» (art. 38, co. 1) e ai cittadini di Paesi terzi «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» (art. 38, co. 3-*bis*).

Lungi dall'aver risolto le numerose questioni interpretative sul tappeto, la novella del 2013 da un lato è stata letta come conferma della perdurante esclusione dagli impieghi pubblici dei cittadini di Paesi terzi non rientranti nelle categorie menzionate dall'art. 38⁹⁰, dall'altro è stata criticata per la sua limitatezza⁹¹. In effetti il testo vigente dell'articolo in parola non sancisce in via generale l'ammissibilità al lavoro pubblico dei cittadini dei Paesi terzi e lascia comunque fuori alcune categorie di stranieri che il diritto dell'Unione europea equipara ai cittadini degli Stati membri in materia di accesso al lavoro, come i titolari di Carta blu UE⁹² e i titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da un altro Stato membro⁹³. Peraltro non sono mancate pronunce che hanno

89. Ci si riferisce alla l. 6.8.2013, n. 97, «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013», il cui art. 7 ha modificato l'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 25, co. 2, del d.lgs. n. 251/2007. In argomento, cfr. M. Savino, *La partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa europea*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5.2013, p. 463.

90. Cfr. Cass., sez. lav., 2.9.2014, n. 18523, secondo cui «il riferimento solo ad alcune categorie di stranieri ammessi al pubblico impiego, a parità con il cittadino dell'Unione europea, manifesta la persistente volontà del legislatore di escludere le ulteriori categorie di cittadini extracomunitari non espressamente contemplati».

91. Alcune opinioni critiche espresse nell'ambito dei lavori parlamentari relativi alla l. n. 97/2013 sono documentate, in motivazione, da Cass., sez. lav., 2.9.2014, n. 18523, cit. Suscita perplessità, in particolare, un trattamento differenziato tra diverse categorie di stranieri, trattandosi di accesso ad impieghi che comunque non comportano l'esercizio di funzioni pubbliche: cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 95.

92. Cfr. la dir. 2009/50/CE del Consiglio del 25.5.2009 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, secondo la quale gli Stati membri possono concedere ai titolari di Carta blu lo stesso trattamento riservato ai nazionali per quanto riguarda l'accesso al lavoro altamente qualificato (art. 12, co. 1), ma possono anche limitare tale accesso quando questo comporti, anche in via occasionale, la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri o attività riservate dal diritto interno ai cittadini nazionali. In sede di recepimento della direttiva, il legislatore italiano si è avvalso di tale possibilità: cfr. l'art. 27-*quater*, co. 14, d.lgs. n. 286/1998, inserito dal d.lgs. 28.6.2012, n. 108.

93. Si veda l'art. 21 della dir. 2003/109/CE. In dottrina, cfr. M. Gnes, *I diritti dei cittadini di Paesi terzi nella legge europea 2013*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1.2014; nonché Id., *L'accesso al lavoro nella pubblica amministrazione*, in P. Morozzo della Rocca, a cura di, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, III ed., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018, p. 219, p. 229, dove ci si interroga anche sulla sorte degli stranieri residenti nel Paese di origine che intendano partecipare a pubblici concorsi in Italia.

ritenuto di poter estendere in via interpretativa l'accesso a categorie non contemplate dalla suddetta disposizione⁹⁴.

Per quanto attiene alla categoria dei soggiornanti di lungo periodo, va tuttavia dato atto al legislatore italiano di aver accordato una tutela più ampia di quella prevista dalla direttiva europea, che garantisce lo stesso trattamento dei cittadini nazionali solo per le attività lavorative che non implicino «nemmeno in via occasionale» la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri (così l'art. 11, co. 1, lett. a) della dir. 2003/109/CE). Un impiego che attribuisca poteri autoritativi il cui esercizio sia soltanto occasionale potrebbe dunque essere interdetto allo straniero in forza della direttiva, ma non potrebbe essergli precluso alla stregua della disciplina interna, che a tal fine richiede – come chiarito sopra alla luce della giurisprudenza europea e nazionale – l'esercizio effettivo, abituale e prevalente dei suddetti poteri⁹⁵.

In conclusione si può osservare che anche sul piano soggettivo delle categorie di stranieri ammessi, come su quello oggettivo degli impieghi non riservati ai cittadini italiani, il processo di graduale apertura del lavoro pubblico oltre i confini della cittadinanza nazionale, pur evidente, non ha ancora raggiunto uno stabile approdo.

6. La preclusione ai cittadini di Paesi terzi degli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione: considerazioni critiche

L'analisi sviluppata nelle pagine che precedono conduce ad affermare, come anticipato sin dalla premessa del presente scritto, che nell'ordinamento giuridico italiano l'accesso al lavoro pubblico è riservato, per alcune tipologie di impieghi, ai soli cittadini italiani, e per tutti gli altri impieghi ai cittadini europei e alle categorie di cittadini extraeuropei espressamente indicate dalla legge.

Quanto al profilo oggettivo, relativo alla distinzione tra impieghi riservati ai cittadini italiani e impieghi aperti al principio di libera circolazione, si ribadisce la necessità⁹⁶ di un intervento legislativo che renda ad un tempo certa e conforme ai criteri indicati dalla Corte di giustizia l'individuazione degli impieghi riservati.

Quanto al profilo soggettivo, inerente alle categorie dei soggetti ammessi, la conclusione appena esposta deve essere messa a confronto con un indirizzo

94. Cfr. Trib. Firenze, 23.1.2014, n. 2679, secondo cui il diritto di partecipare ai concorsi pubblici deve essere riconosciuto, oltre che ai titolari di Carta blu UE, anche ai familiari del titolare di protezione internazionale soggiornanti in Italia, ai sensi dell'art. 22, co. 2, d.lgs. n. 251/2007. Include i titolari di Carta blu tra i soggetti ammissibili alle graduatorie per le supplenze di insegnamento anche Trib. Milano, 4.3.2015.

95. Lo ha osservato C. De Marco, *Immigrati e pubblico impiego*, cit., p. 610.

96. Già segnalata nel paragrafo 4.

giurisprudenziale, maggioritario nella giurisprudenza di merito del giudice ordinario⁹⁷ e considerato con favore dalla dottrina⁹⁸, che qualifica comportamento discriminatorio ai sensi dell'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998 la previsione della cittadinanza, italiana o europea, come requisito di accesso agli impieghi pubblici, con il risultato di rimuovere l'esclusione dei cittadini di Paesi terzi per via giurisdizionale.

Tale qualificazione fa leva sul diritto degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia a non essere discriminati rispetto ai cittadini italiani nell'accesso al lavoro, tanto pubblico quanto privato, a meno che non si tratti di esercitare pubblici poteri o funzioni poste a tutela dell'interesse nazionale. Questo diritto viene ricavato dall'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, a tenore del quale «la Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani».

Per raggiungere il risultato indicato, i giudici devono però superare l'ostacolo rappresentato dalle previsioni di legge e di regolamento che prescrivono il requisito della

97. In questo senso, cfr. Tar Liguria, sez. II, Genova, 13.4.2001, n. 399; App. Firenze, ord. 2.7.2002, n. 281; Trib. Genova, 19.3.2004; Id., 21.4.2004; Id., 26.6.2004; Trib. Pistoia, 7.5.2005; App. Firenze, 21.12.2005, n. 415; Trib. Firenze, 14.1.2006; Trib. Imperia, 12.9.2006; Trib. Perugia, 29.9.2006; Id., 6.12.2006; Trib. Bologna, 7.9.2007; Id., 25.10.2007; Trib. Milano, 27.5.2008; Id., 30.5.2008, n. 2454; Id., 31.7.2008; Id., 1.8.2008; Id., 27.8.2008; App. Firenze, 28.11.2008; Trib. Parma, 13.5.2009; Trib. Milano, 16.7.2009; Trib. Rimini, 27.10.2009, n. 3626; Trib. Biella, 23.7.2010; Trib. Milano, 30.7.2010; Id., 4.4.2011; Id., 21.4.2011; Id., 12.8.2011; Trib. Firenze, 27.1.2012; Id., 23.1.2014, n. 2679; Trib. Milano, 4.3.2015.

98. Senza pretese di completezza, si vedano: B. Di Giacomo Russo, *Accesso al pubblico impiego e stranieri*, in *Foro amm. TAR*, n. 5.2006, p. 1653; M.A. Garzia, *Restrizioni all'accesso al lavoro pubblico degli extracomunitari e principio di non discriminazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8.2006, p. 867; Ead., *L'accesso al pubblico impiego del cittadino extracomunitario*, in *Giust. civ.*, n. 9.2006, p. 1896; M. Agostini, *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2007, p. 302; A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, cit.; G. Loy, *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 4.2009, parte I, p. 517; G. Ludovico, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, cit.; A. Durante, *I confini della cittadinanza*, cit.; A. Astengo, *Extracomunitari e pubblico impiego: la parola alla Corte costituzionale?*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4.2011, p. 1184; M. Centini, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego*, cit.; C. Marranca, *L'accesso degli extracomunitari agli impieghi pubblici tra esigenze garantiste e scelte legislative*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2015, p. 467; A. Terzi, *Cittadini stranieri ed accesso ai pubblici impieghi: una questione ormai risolta?*, in *Questione giustizia*, 11.2.2015; C. De Marco, *Immigrati e pubblico impiego*, cit.; M. McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, Cacucci, 2017, p. 180 ss. *Contra*, cfr. G. Mammone, *L'accesso al lavoro pubblico dei cittadini stranieri fra divieto di discriminazioni e restrizioni all'accesso degli extracomunitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2003, p. 272; L. Busico, *Accesso degli extracomunitari all'impiego pubblico: una questione ancora non risolta*, in *Giust. civ.*, n. 12.2007, p. 2971.

cittadinanza italiana o europea⁹⁹; a tal fine, fanno ricorso all'interpretazione conforme, alla disapplicazione o alla dichiarazione di avvenuta abrogazione implicita.

Mediante il primo di tali strumenti, le disposizioni in questione vengono interpretate in modo riduttivo, riferendole soltanto agli impieghi che comportano l'esercizio di pubblici poteri, al fine di renderle conformi ai principi di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione¹⁰⁰. Si parla al riguardo di interpretazione costituzionalmente orientata, con riferimento da un lato agli artt. 3 e 4 Cost. e dall'altro agli artt. 10, co. 2 e 117, co. 1, Cost. nella parte in cui richiamano il diritto internazionale¹⁰¹. Rileva, in particolare, la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143 del 24.6.1975, ratificata con l. 10.4.1981, n. 158, il cui art. 10 impegna gli Stati contraenti ad «attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione» ed il cui art. 14 consente di «restringere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato». La legge di ratifica della Convenzione, pur non assumendo un rango costituzionale, si collocerebbe in una posizione gerarchicamente sovraordinata nei confronti delle norme legislative ordinarie e, ovviamente, delle norme di regolamento¹⁰².

Con specifico riferimento alle disposizioni di natura regolamentare, segnatamente l'art. 2 del d.p.r. n. 487/1994 e il d.p.c.m. n. 174/1994, alcune pronunce seguono la strada della disapplicazione ai sensi dell'art. 5 della l. 20.3.1865, n. 2248, all. E, considerando quei regolamenti illegittimi perché in contrasto con la legge, precisamente con la l. n. 158/1981 di ratifica della Convenzione OIL n. 143/1975¹⁰³.

Ricorrente è infine l'affermazione secondo la quale le disposizioni preclusive non sarebbero più vigenti in quanto implicitamente abrogate da disposizioni successive

99. Ricapitolando quanto esposto nel paragrafo 4.2, rilevano principalmente le seguenti disposizioni: art. 2, co. 1, n. 1), d.p.r. 10.1.1957, n. 3; art. 2, co. 1, n. 1), d.p.r. n. 487/1994; art. 38, d.lgs. n. 165/2001; d.p.c.m. n. 174/1994; art. 70, co. 13, d.lgs. n. 165/2001.

100. Si veda, tra le tante, Trib. Milano, 4.4.2011, secondo cui «le disposizioni che richiedono il possesso della cittadinanza italiana, pur mantenendo validità, vanno interpretate nel senso di limitare tale requisito solo in quanto riferito allo svolgimento di pubblici poteri o di funzioni poste a tutela dell'interesse nazionale».

101. Parla di «interpretazione sistematica costituzionalmente orientata» Trib. Bologna, 25.10.2007, che richiama come parametri gli artt. 3 e 4 Cost. Per un riferimento all'art. 10, co. 2, Cost. cfr. Trib. Milano, 30.7.2010.

102. In questo senso cfr. App. Firenze, 21.12.2005, n. 415, che ne trae la conseguenza della illegittimità del d.p.r. 10.12.1997, n. 483 nella parte in cui richiede la cittadinanza italiana o europea per l'accesso ai ruoli dirigenziali del Servizio sanitario nazionale.

103. Così App. Firenze, 21.12.2005, n. 415.

incompatibili¹⁰⁴, individuate nell'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 e, più in generale, in tutto quel complesso di norme che va sotto il nome di diritto antidiscriminatorio¹⁰⁵.

Tanto la disapplicazione quanto la dichiarazione di abrogazione implicita si basano sul convincimento che un regime di accesso al pubblico impiego differenziato sulla base della cittadinanza si ponga in contrasto con le disposizioni legislative che sanciscono la parità di trattamento tra lavoratori italiani e lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti in Italia e che vietano qualsiasi discriminazione per motivi di razza o di origine etnica.

Di opposto avviso è la Corte di cassazione, seguita da una parte minoritaria della giurisprudenza ordinaria e dalla gran parte della giurisprudenza amministrativa¹⁰⁶. Sulla base di una ricostruzione puntuale del diritto positivo, la Corte prende atto di un quadro normativo che riserva alcuni impieghi pubblici ai cittadini italiani ed ammette a tutti gli altri impieghi pubblici i cittadini degli Stati membri e determinate categorie di cittadini di Paesi terzi, continuando ad escludere questi ultimi se non appartenenti alle categorie espressamente contemplate.

Sul piano argomentativo, la Corte nega che le disposizioni regolamentari di cui al d.p.r. n. 487/1994 siano state abrogate dall'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998, dal momento che l'applicabilità del regolamento è stata successivamente confermata dal d.lgs. n. 165/2001 (art. 70, co. 13); ricorda che l'art. 27, co. 3, del d.lgs. n. 286/1998 tiene «ferme le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività»; precisa che da singole disposizioni che ammettono gli stranieri a specifici impieghi (lettore universitario, infermiere professionale) non può ricavarsi l'esistenza di un principio generale di ammissione dello straniero non comunitario al lavoro pubblico; esclude che possa qualificarsi come discriminatorio un comportamento tenuto in esecuzione di disposizioni normative; ricorda che secondo la Corte costituzionale «non rientra tra i diritti fondamentali garantiti l'assunzione alle dipendenze di un determinato datore di lavoro»; non ravvisa difformità tra la disciplina italiana in questione e la Convenzione OIL n. 143 del 1975, che deve essere attuata con l'emanazione di

104. Di abrogazione implicita parlano Tar Liguria, sez. II, Genova, 13.4.2001, n. 399; App. Firenze, ord. 2.7.2002, n. 281; Trib. Genova, 26.6.2004; Trib. Milano, 16.7.2009; Trib. Firenze, 27.1.2012.

105. Di tale complesso normativo fanno parte la dir. 2000/43/CE del Consiglio, del 29.6.2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, il d.lgs. di attuazione 9.7.2003, n. 215, nonché gli artt. 43 e 44, d.lgs. n. 286/1998.

106. Ci si riferisce a Cass., sez. lav., 13.11.2006, n. 24170 e 2.9.2014, n. 18523. In senso conforme, per la giurisprudenza ordinaria, cfr. Trib. Venezia, 19.2.2005; Trib. Parma, 4.6.2008; Trib. Bologna, 7.8.2008; App. Firenze, 11.1.2013, n. 65. Per la giurisprudenza amministrativa, cfr. Tar Lazio, sez. I, 23.5.1984, n. 488; Cons. St., sez. VI, 4.2.1985, n. 43; Tar Lazio, sez. I, 17.4.1989, n. 422; Tar Toscana, sez. II, 24.1.2003, n. 38; Tar Veneto, 25.3.2004, n. 782; Cons. St., sez. II, parere 31.3.2004, n. 2592; Tar Toscana, sez. II, 14.10.2005, n. 4689; Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 13.10.2008, n. 599. In termini, si richiama anche il parere della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, n. 196 del 29.9.2004.

specifiche norme da parte dello Stato, considerato anche il modo in cui sono formulati gli impegni assunti dagli Stati contraenti¹⁰⁷. Nella sua seconda pronuncia in materia¹⁰⁸, la Corte trova ulteriore sostegno alla propria tesi nel testo dell'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 come modificato dalla legge europea 2013. Il fatto che il legislatore, in attuazione delle direttive europee, abbia esteso il regime di accesso dei cittadini degli Stati membri a tre *species* di cittadini di Paesi terzi confermerebbe l'esclusione di questi ultimi come *genus*.

Esaminati i due contrapposti indirizzi giurisprudenziali, chi scrive è del parere che gli argomenti utilizzati dai giudici di merito prestino il fianco a qualche critica e che difficilmente superabili siano alcune delle obiezioni sollevate dalla Cassazione.

Riguardo all'interpretazione riduttiva costituzionalmente orientata, si osserva che le disposizioni che richiedono il possesso della cittadinanza italiana ai fini dell'accesso agli impieghi pubblici (art. 2 d.p.r. 10.1.1957, n. 3; art. 2 d.p.r. n. 487/1994, richiamato dall'art. 70, co. 13, d.lgs. n. 165/2001; art. 38 d.lgs. n. 165/2001; d.p.c.m. n. 174/1994) o non fanno alcuna distinzione tra impieghi in base al criterio dell'esercizio del potere, o la fanno al limitato fine di ammettere i cittadini degli Stati membri e (soltanto) determinate categorie di cittadini di Paesi terzi. Se è vero, per dirla con la Cassazione, che «l'interpretazione adeguatrice deve muoversi nel rispetto delle potenzialità obiettive del dato testuale»¹⁰⁹, non sembra ci siano i margini testuali per una interpretazione dell'art. 38 che equipari i cittadini di Paesi terzi non previsti dalla disposizione a quelli in essa menzionati.

Quanto alla disapplicazione dei regolamenti (d.p.r. n. 487/1994, d.p.c.m. n. 174/1994), ritenuti illegittimi perché in contrasto con la legge, occorrerebbe appunto dimostrarne l'illegittimità. Il contrasto tra i regolamenti in questione e l'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 è difficilmente ravvisabile, a parere di chi scrive, per il diverso ambito di applicazione delle disposizioni messe a confronto, le prime di carattere speciale (relative ai requisiti di accesso ai pubblici impieghi) e la seconda di carattere generale (relativa alla materia del lavoro *tout court*), tanto più che lo stesso Testo unico sull'immigrazione, all'art. 27, co. 3, prevede possibili deroghe, basate sul criterio della cittadinanza, al

107. Questi, in estrema sintesi, i passaggi salienti di Cass., sez. lav., 13.11.2006, n. 24170, cit.

108. Cfr. Cass., sez. lav., 2.9.2014, n. 18523, cit., in cui si precisa, in aggiunta a quanto già detto nella prima pronuncia, che la riserva ai cittadini italiani ed europei degli impieghi pubblici non è in contrasto con l'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, dal momento che quest'ultima disposizione si riferisce alla condizione del lavoratore ovvero della persona già occupata, senza preoccuparsi delle condizioni di accesso al lavoro.

109. Così Cass., SU, 1.10.2014, n. 20661, che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. 5.4.2002, n. 77 nella parte in cui esclude gli stranieri regolarmente soggiornanti dalla possibilità di essere ammessi a prestare il servizio civile nazionale. L'interpretazione adeguatrice, prosegue la Corte, «non può essere condotta oltre i limiti estremi segnati dall'univoco tenore della norma interpretata: tale circostanza segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (Corte cost., sentenze n. 219 del 2008, n. 78 del 2012, n. 232 del 2013)».

principio di parità di trattamento, proprio sotto il profilo delle pari opportunità di accesso. Infine, ammesso e non concesso che i regolamenti in parola siano in contrasto con l'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, sarebbe nondimeno arduo ritenerli illegittimi vista la loro conformità ad altre disposizioni di legge, in particolare all'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001.

In merito all'affermazione secondo la quale l'art. 2 del d.p.r. n. 487/1994, nella parte in cui prevede il requisito della cittadinanza italiana, sarebbe stato implicitamente abrogato per incompatibilità dall'art. 2, co. 3, del d.lgs. n. 286/1998, si contesta *in primis* l'incompatibilità, secondo ciò che si è appena osservato; e poi si rileva che il regime di accesso al lavoro pubblico previsto da quel regolamento, differenziato tra cittadini italiani, cittadini degli Stati membri e cittadini di Paesi terzi, è stato ribadito da norme di legge successive al 1998, come gli artt. 38 e 70, co. 13, del d.lgs. n. 165/2001. Non convince neppure l'ipotesi che il regolamento sia stato abrogato dalla normativa volta a contrastare il fenomeno delle discriminazioni, data la diversità di oggetto delle due fonti, anche alla luce del fatto che il d.lgs. n. 215/2003 «non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti».

In base alle considerazioni che precedono, si aderisce alla tesi della Cassazione nella parte in cui sostiene che il vigente quadro normativo riserva l'accesso agli impieghi pubblici ai cittadini italiani ed europei, salve le eccezioni espressamente previste; non si condivide tuttavia l'asserzione della Suprema Corte secondo la quale detto quadro normativo non sia sospettabile di illegittimità costituzionale.

Le norme che escludono i cittadini dei Paesi terzi dai posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, anche quando tali posti non comportino l'esercizio di poteri pubblici, pongono seri problemi di compatibilità con principi, quali quelli di uguaglianza, non discriminazione e parità di trattamento, anche di rango costituzionale: ragione per la quale, non essendovi i margini – come sopra sostenuto – per una interpretazione adeguatrice, ci potrebbero essere i presupposti per sollevare una questione di legittimità costituzionale¹¹⁰.

110. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, co. 1, d.lgs. n. 165/2001 nella parte in cui «non consente di estendere l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche anche ai cittadini extracomunitari» è stata sollevata da Trib. Rimini, ord. 22.6.2010, ma è stata dichiarata inammissibile da Corte cost., ord. 15.4.2011, n. 139. I giudici della Consulta hanno ritenuto che il richiesto vaglio di costituzionalità integrasse un uso assolutamente distorto del giudizio incidentale «in quanto diretto del tutto impropriamente ad ottenere dalla Corte un avallo della interpretazione già ritenuta dal rimettente come preferibile e costituzionalmente adeguata, nonché già applicata anche

Una pista da seguire per avvalorare l'ipotesi dell'illegittimità costituzionale della disciplina in esame è suggerita dalla stessa Cassazione, nella prima delle due pronunce in materia, laddove ricorda che «il diritto al lavoro garantito dall'art. 4 Cost. costituisce garanzia che la legislazione ordinaria, in modo non arbitrario e rispettoso dei valori costituzionali, ha il potere di precisare richiedendo per talune attività lavorative particolari condizioni e requisiti»¹¹¹. La Cassazione richiama in questo passaggio i limiti costituzionali entro i quali il legislatore ordinario può conformare ed anche limitare il diritto al lavoro, sottoponendo a determinate condizioni e a specifici requisiti la possibilità di svolgere talune attività lavorative. La discrezionalità di cui il legislatore ordinario dispone in materia di conformazione del diritto al lavoro deve essere esercitata, ricorda la Cassazione, «in modo non arbitrario e rispettoso dei valori costituzionali», pena l'illegittimità costituzionale delle relative norme. Ci si riferisce qui alla giurisprudenza costituzionale secondo la quale «la garanzia del diritto al lavoro non comporta una generale ed indistinta libertà di svolgere qualsiasi attività professionale, spettando pur sempre al legislatore di fissare condizioni e limiti in vista della tutela di altri interessi parimenti meritevoli di considerazione»¹¹².

Alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale ci si deve chiedere se sia non arbitrario, quindi ragionevole, e in sintonia con i valori costituzionali, ammettere i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ed escludere i cittadini dei Paesi terzi dai posti di lavoro pubblico che, non comportando l'esercizio di pubblici poteri o di funzioni volte a tutelare l'interesse nazionale, non siano riservati ai cittadini italiani. Trattandosi di posti di lavoro che, pur inseriti nella compagine organizzativa di una pubblica amministrazione, non coinvolgono la persona del lavoratore nella partecipazione all'esercizio di pubblici poteri o alla salvaguardia degli interessi generali dello Stato, si potrebbe sostenere che per essi non sussista quella speciale esigenza di fedeltà, tante volte richiamata a giustificazione della riserva di cittadinanza, che sarebbe garantita dalla «naturale compenetrazione dei fini personali in quelli pubblici»¹¹³ presente nei soli cittadini.

dal medesimo Tribunale (e dal medesimo giudice)». Non si tratta dunque di una pronuncia interpretativa di rigetto; nondimeno l'ordinanza in questione è stata richiamata dalla successiva giurisprudenza di merito a sostegno della possibilità e della necessità di una lettura costituzionalmente orientata della norma, ad es. da Trib. Firenze, 27.1.2012. Sul problema della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che precludono ai cittadini di Paesi terzi l'accesso al pubblico impiego si vedano A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, cit., p. 580 ss.; M. Centini, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego*, cit., p. 201 ss.

111. Cfr. Cass., sez. lav., 13.11.2006, n. 24170, cit., punto 4.1 della motivazione.

112. Il passo citato è tratto da Corte cost. 26.10.2000, n. 441.

113. L'espressione si rinviene in Cass., sez. lav., 13.11.2006, n. 24170, cit., punto 4.2. Ha messo in luce l'inerenza della riserva di nazionalità al dovere di fedeltà allo Stato, tra gli altri, B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 121-122.

Un compiuto sviluppo dell'ipotesi prospettata esula dai limiti del presente lavoro, richiedendo uno scrutinio di ragionevolezza da compiere nel complesso quadro dei valori costituzionali, tanto quelli fondamentali dell'uguaglianza (formale e sostanziale) e del diritto al lavoro (artt. 3 e 4 Cost.), quanto quelli relativi alla speciale posizione riconosciuta ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche (artt. 51 e 54 Cost.) e riguardanti la pubblica amministrazione e gli impiegati pubblici (artt. 97 e 98 Cost.)¹¹⁴.

Ferma restando la possibilità di un pronunciamento della Consulta, la strada maestra è un intervento del legislatore: la soluzione giurisprudenziale del problema presenta il duplice limite di forzare la lettera della norma sul piano interpretativo e di rimanere affidata all'orientamento del giudicante, con il relativo tasso di aleatorietà.

7. Conclusioni

Per concludere, si vorrebbero riprendere le considerazioni svolte in apertura su origini e fondamento della riserva di cittadinanza, per riflettere criticamente sulla sua attualità nell'odierno contesto giuridico-istituzionale.

Si è visto come alle origini della regola che riserva ai cittadini l'accesso al pubblico impiego vi sia il principio di nazionalità della funzione pubblica, in forza del quale l'appartenenza alla nazione è condizione indispensabile per l'esercizio della suddetta funzione. È opinione largamente condivisa che la regola sia nata per riservare l'esercizio dei pubblici poteri a soggetti che, in quanto avvinti allo Stato da quello speciale rapporto di appartenenza e identificazione espresso dallo *status civitatis*, garantissero la migliore tutela degli interessi nazionali.

Seguendo la ricostruzione dell'evoluzione storica del pubblico impiego consegnataci da autorevole dottrina si è ipotizzato, nella prima parte di questo scritto, che il requisito della cittadinanza sia stato inizialmente richiesto non per accedere a qualsiasi impiego alle dipendenze di un ente pubblico, ma solo per ricoprire quei posti che implicassero l'esercizio

114. Il contrasto con la Costituzione della disciplina legislativa in esame potrebbe essere argomentato non solo in relazione al canone della ragionevolezza, ma anche facendo perno su una rinnovata concezione della cittadinanza. Sarebbe utile sviluppare, in questa direzione, la stimolante prospettiva aperta da V. Marcenò, *Lo straniero e il pubblico impiego tra "privilegio" del cittadino e dignità del lavoro*, in F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, a cura di, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Università di Torino, 2019, p. 234 ss., la quale coglie nella giurisprudenza della Corte costituzionale e in parte della giurisprudenza comune i segni di una nuova idea di cittadinanza, intesa non già come mera appartenenza, bensì come partecipazione, nel senso che «si appartiene alla comunità non perché si è cittadini (in senso stretto), ma perché si è partecipi della comunità in cui si chiede di essere inseriti, perché ci si pone, nei confronti della comunità, come soggetti attivi» (p. 248). L'urgenza di una rilettura dell'art. 51 Cost. e del suo riferimento al cittadino è stata segnalata da C. Corsi, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, n. 1.2018, p. 22, secondo la quale l'accesso al pubblico impiego riveste un ruolo cruciale nell'ottica dell'integrazione, coinvolgendo il diritto al lavoro e dunque la possibilità di concorrere al progresso materiale o spirituale della società.

di funzioni pubbliche; e che sia stato poi esteso a tutto il personale amministrativo per effetto del processo di pubblicizzazione che in Italia investì, soprattutto a partire dagli anni 20 del Novecento, il rapporto di lavoro con la P.A.¹¹⁵. Sviluppando tale linea ricostruttiva, si può ipotizzare che la regola ancora oggi sancita dalle disposizioni normative passate in rassegna costituisca l'eredità, al netto degli elementi caducati per effetto del processo di integrazione europea, della natura pubblicistica assunta in Italia dal rapporto di lavoro con la P.A. in un dato momento storico.

A conferma di quanto precede si può ricordare che la riserva ai cittadini degli impieghi pubblici è strettamente legata alla risalente concezione teorica che inquadra il rapporto di lavoro con la P.A. nella cornice del rapporto di supremazia/soggezione tra Stato e sudditi¹¹⁶, poi cittadini, il cui riflesso è la considerazione dell'impiegato pubblico come un «cittadino speciale»¹¹⁷.

Com'è noto, la suddetta concezione teorica ha attraversato una lunga e profonda crisi, per essere poi superata, anche sul piano del diritto positivo, con la riforma in senso privatistico del regime giuridico del rapporto di lavoro con la P.A. risalente ai primi anni Novanta del secolo scorso¹¹⁸. Sembra dunque che anche i presupposti teorici della concezione che lega indissolubilmente cittadinanza e lavoro pubblico siano stati superati e non siano più di ostacolo ad una disciplina pienamente rispettosa del principio di uguaglianza e del diritto al lavoro sanciti dalla Costituzione.

Si auspica pertanto un intervento legislativo che, tracciati con chiarezza e nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia i confini tra ambito del lavoro pubblico riservato ai cittadini italiani ed ambito aperto ai cittadini di altri Paesi, affermi la piena ed uguale accessibilità degli impieghi non riservati tanto ai cittadini europei quanto a quelli extraeuropei¹¹⁹. Una simile soluzione, legittimata dall'attuale configurazione del rapporto di lavoro con la P.A., consentirebbe di superare le innegabili tensioni, analizzate nel

115. Si torna a richiamare M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, cit., con particolare riferimento alle pp. 296-300.

116. Sulla costruzione della teoria giuridica del pubblico impiego si rinvia nuovamente a M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 119 ss. e a S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 254 ss.

117. Come efficacemente osservato da S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 699.

118. I riflessi della riforma in parola sulla configurazione del rapporto di lavoro dell'impiegato pubblico sono stati analizzati a fondo da S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 734 ss. Pur riferendosi al solo personale non dirigenziale, l'Autore osserva, tra l'altro, che il suddetto rapporto «non solo non implica più, necessariamente, il conferimento di funzioni pubbliche, ma cessa anche di modellarsi sulla relazione di cittadinanza», per cui «il dipendente pubblico non agisce più nella sua qualità di "cives"» e, più in generale, «il rapporto di impiego pubblico trasloca dall'area dei "rapporti politici", disciplinati dal titolo IV della prima parte della Costituzione, all'area dei "rapporti economici", regolati dagli articoli 35 e seguenti della Costituzione medesima» (pp. 742-743).

119. Che un trattamento diseguale tra cittadini europei ed extraeuropei in tema di accesso al lavoro pubblico sia privo di una giustificazione razionale emerge anche dalle considerazioni di M. Gnes, *Oltre la cittadinanza nazionale?*, cit., pp. 59-60.

paragrafo che precede, tra il vigente assetto normativo e i principi costituzionali e internazionali di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione.