

Il fenomeno migratorio sembra mettere in discussione principi costituzionali che si ritenevano definitivamente conquistati. In taluni settori del nostro ordinamento giuridico, infatti, sono rintracciabili significative discriminazioni nei confronti dei "non cittadini": sia per quanto riguarda l'esercizio di alcune libertà fondamentali, sia per quanto concerne il godimento di alcuni diritti sociali. I giudici sono spesso intervenuti sanzionando i provvedimenti amministrativi ritenuti discriminatori. Il compito di preservare il significato propriamente antidiscriminatorio del principio di uguaglianza non può, peraltro, gravare interamente sulla giurisprudenza. È la politica, infatti, il luogo in cui le grandi scelte costituzionali in materia di uguaglianza e diritti dovrebbero trovare la prima - e più duratura - attuazione.

Andrea Giorgis è professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Torino. Tra le sue numerose pubblicazioni in tema di uguaglianza sostanziale e diritti sociali si possono ricordare: *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale* (Jovene 1999); *Diritti sociali* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II (Giuffrè 2008); *Art. 3, 2° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Colonna-M. Olivetti, vol. I (Utet 2009).

Enrico Grosso è professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Torino. Tra le sue numerose pubblicazioni in tema di cittadinanza e condizione giuridica degli stranieri si possono ricordare: *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici / i modelli storici di riferimento* (Cedam 1997); *Le libertà del diritto di voto* (Giappichelli 2001); *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI (Giuffrè 2008).

Matteo Losana è ricercatore in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Torino. Tra le sue pubblicazioni in tema di uguaglianza e garanzie dei diritti fondamentali si possono ricordare: *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione europea* (Jovene 2010); *Leggi/provegnimento? La giurisprudenza costituzionale* (Giappichelli 2015).

FrancoAngeli
La passione per le conoscenze

€ 33,00 (Iv)



893.2

DIRITTI UGUALI PER TUTTI? A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana (a cura di)

A cura di
**Andrea Giorgis, Enrico Grosso,
Matteo Losana**

DIRITTI UGUALI PER TUTTI?

Gli stranieri e la garanzia
dell'uguaglianza formale

RICERCHE

FrancoAngeli

COLLANA DIRETTA DA
GUSTAVO ZAGREBELSKY
MARILISA D'AMICO

IDIN
I DIRITTI
NEGATI

INDICE

Introduzione <i>Andrea Giorgis, Enrico Grosso, Matteo Losana</i>	pag. 7
---	--------

Parte prima

Fonti del diritto e (in)attuazione del principio di uguaglianza <i>Giorgio Sobrino</i>	» 19
«Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza <i>Matteo Losana</i>	» 67
Il <i>Public Interest Law Movement</i> italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri <i>Mia Caielli</i>	» 95

Parte seconda

Gli stranieri di fronte al diritto di iscrizione anagrafica <i>Enrico Gargiulo, Alessandro Maiorca</i>	» 121
Gli stranieri di fronte al diritto di riunione. Il diritto di riunirsi pacificamente... e parlando in italiano <i>Alessandra Algostino</i>	» 143
Gli stranieri di fronte al diritto alla salute e all'assistenza <i>Manuela Consito</i>	» 155

Gli stranieri di fronte all'istruzione <i>Antonio Mastropaolo</i>	pag. 181
«Non c'è lavoro per tutti». Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego <i>Valeria Marcenò, Francesca Paruzzo</i>	» 211
Gli stranieri di fronte al diritto all'abitazione <i>Francesco Pallante</i>	» 244
Gli autori	» 261

«NON C'È LAVORO PER TUTTI».
UNA POLITICA DI COESIONE SOCIALE ATTRAVERSO
IL PUBBLICO IMPIEGO*

Valeria Marcenò, Francesca Paruzzo

SOMMARIO: 1. Il cittadino "privilegiato" - 2. Il lavoro come libertà dal bisogno - 3. Il duplice volto del carattere "dignitario" del lavoro - 4. La cittadinanza come limite all'accesso al lavoro - 4.1. La "specialità" del pubblico impiego - 4.2. L'interpretazione conforme mette in salvo il principio di eguaglianza - 4.3. Il lavoratore non cittadino nella giurisprudenza costituzionale - 4.3.1. Lo straniero invalido civile - 4.3.2. Lo straniero e il servizio civile nazionale - 4.3.3. Lo straniero e il pubblico impiego - 5. Il concetto di cittadinanza nella giurisprudenza - 6. Il concetto di cittadinanza nella legislazione: ancora un limite all'accesso al pubblico impiego? - 6.1. Il quadro normativo italiano. Tra aperture e discriminazioni - 6.2. Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni. Una flessibilizzazione discriminatoria - 6.3. Il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella definizione di Pubblica Amministrazione - 7. Il volto costituzionale della partecipazione

1. Il cittadino "privilegiato"

Il 20 giugno del 2016, sul sito ufficiale dell'INPS, viene pubblicato un bando per la procedura di ammissione alla pratica forense presso l'Avvocatura centrale e le Avvocature territoriali dell'Istituto. Come precisa il bando, la pratica forense è finalizzata essenzialmente al conseguimento del titolo per l'ammissione all'esame di abilitazione alla professione di Avvocato (art. 2). Tra i requisiti richiesti per l'ammissibilità della domanda vi è quello «di essere cittadino italiano o di uno Stato membro dell'Unione europea» (art. 3). Il successivo 11 luglio l'INPS, accogliendo la denuncia promossa dall'ASGI (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione), pubblica una nota relativa al bando, in virtù della quale, «al fine di consentire la massima partecipazione alla procedura in oggetto, nonché di garantire pari opportunità a favore dei cittadini di Stati non appartenenti alla Unione europea regolarmente soggiornanti in Italia», possono presentare domanda, oltre ai soggetti già indicati, anche i cittadini di Stato non appartenenti all'UE in possesso dei requisiti previsti dall'art. 17, comma

* Il lavoro è frutto di discussione ed elaborazione comune. La redazione delle singole parti si deve: per i parr. 1, 2, 3, 4, 5 e 7 a Valeria Marcenò; per il par. 6 a Francesca Paruzzo.

2, legge 31 dicembre 2012, n. 247¹. La restrizione degli aventi diritto ai soli cittadini (italiani o europei) tradiva il carattere discriminatorio del bando nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia.

Non si tratta di un caso unico, ma di uno dei più recenti tra i numerosi casi in cui la cittadinanza opera come "privilegio" del lavoratore italiano (o europeo) a scapito del lavoratore straniero.

La giurisprudenza comune offre diversi casi analoghi a quello descritto: con decreto ministeriale n. 56 del 2009 il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca stabilisce la formazione di graduatorie scolastiche per il biennio seguente con riferimento ai posti di personale educativo²; con decreto del 10 febbraio 2010 l'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi pubblica un bando per la stabilizzazione di personale impiegato a tempo determinato³; con bando del 20 settembre 2011 l'Ufficio nazionale per il servizio civile indice la selezione di 10.481 volontari da impiegare in progetti di servizio civile in Italia e all'estero⁴. Casi in cui il ricorrente domanda al giudice ordinario⁵ di accertare, ai sensi dell'art. 44⁶, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), la natura discriminatoria del comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione: discriminazione che discenderebbe dal prevedere, tutti i bandi, come requisito di partecipazione il possesso della cittadinanza, italiana o di uno degli altri Stati membri dell'Unione europea.

Eppure la giurisprudenza costituzionale che ha reinterpretato in senso "includente" le disposizioni costituzionali che parlano di "cittadini" è risalente. Sin dagli anni '60 la Corte, chiamata a pronunciarsi su questioni per violazione

1. La documentazione completa è pubblicata sul sito dell'Associazione (www.azgi.it).

2. Tribunale di Milano, sentenza 11 gennaio 2010.

3. Tribunale di Lodi, sentenza 18 febbraio 2011.

4. Corte di Appello di Milano, sentenza 22 marzo 2013, n. 2183.

5. La giurisdizione del giudice ordinario, anziché del giudice amministrativo, è ormai pacificamente ammessa. Cfr. tra le molte, la sentenza della Cassazione civile, sez. unite, 30 marzo 2011, n. 7186, nella quale si spiega che con l'art. 44 «il legislatore [ha] inteso configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come "diritto assoluto" in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa»: «[r]isulta quindi spiegabile [...] come, in relazione a discriminazioni del genere di quelle in esame, anche quando esse siano attuate nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento da parte della pubblica amministrazione di utilità rispetto a cui il soggetto privato fruisca di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, la tutela del privato rispetto alla discriminazione possa essere assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali». Oggetto della tutela, dunque, non è lo svolgimento di una procedura concorsuale, ma il diritto fondamentale della persona.

6. Art. 44. «Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione».

del principio di eguaglianza formale, ha affermato che «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [i] diritti fondamentali» (così Corte cost. sentenza n. 120 del 1967, punto 2 del *Considerato in diritto*); che, «per quanto attiene ai diritti inviolabili della personalità, che rappresentano un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino, la titolarità di quei diritti, comune al cittadino e allo straniero nell'ambito di quella sfera, non può non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza» (così Corte cost. sentenza n. 104 del 1969, punto 4 del *Considerato in diritto*). Eguaglianza sul piano della titolarità del diritto che, precisa la Corte, non esclude l'adozione da parte del legislatore di modalità differenziate di godimento dello stesso diritto⁷.

2. Il lavoro come libertà dal bisogno

Una riflessione volta a indagare il legame tra il principio di eguaglianza formale e lo straniero, con l'idea di verificarne non solo il riconoscimento in astratto ma soprattutto l'effettiva (o la non effettiva) attuazione in concreto, non può tacere sul tema del lavoro. Un tema che le attuali difficoltà economiche e sociali mettono al centro di ogni valutazione sulle odierne democrazie⁸.

L'intreccio tra i principi costituzionali è reso evidente dalla stretta connessione rintracciabile tra i primi quattro articoli della nostra Costituzione: il lavoro come "fondamenta" della Repubblica; la pari dignità come diritto, ma anche come dovere («doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»); il diritto di partecipare all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (al punto che devono essere rimossi gli ostacoli che possano di fatto esserne un impedimento), ma anche il dovere di concorrere, con la propria attività, qualunque essa sia, al progresso materiale o spirituale della società. È quella che è stata definita l'inscindibilità dei diritti: «se uno viene indebolito s'indeboliscono tutti»⁹.

7. Così Corte cost., sentenza n. 104 del 1969, punto 4 del *Considerato in diritto*, e Corte cost., sentenza n. 144 del 1970, punto 6 del *Considerato in diritto*: «[...] la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento».

8. Gli immigrati potrebbero costituire, infatti, «una sorta di cartina di tornasole per valutare l'effettiva capacità di una democrazia liberale di tutelare i diritti fondamentali. Costoro, proprio perché non cittadini, e proprio perché sotto-rappresentati, sono in altre parole quei soggetti cui per eccellenza la tutela ordinamentale dei diritti fondamentali dovrebbe essere rivolta: sono costoro, come soggetti particolarmente deboli e vulnerabili, che l'ordinamento dovrebbe proteggere con maggiore cura e con maggiore forza, anche e forse soprattutto contro le decisioni della maggioranza» Così F. Maciocco, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2014, 166.

9. Cfr. L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1, 2016,

La pari dignità sociale e l'eguaglianza «senza distinzione di condizioni personali e sociali» implicano la libertà dal bisogno, la libertà da qualunque situazione di debolezza che possa costringere la persona ad assoggettarsi all'altrui potere. Uno strumento (*uno* degli strumenti) che consente all'individuo di conquistare tale libertà è certamente il lavoro: l'individuo lavoratore è posto nelle condizioni di superare e di cancellare situazioni di debolezza e di raggiungere un livello minimo di dignità. Si è detto l'individuo lavoratore, senza ulteriori aggettivi. Ciò perché il carattere "dignitario"¹⁰ del lavoro lo rende un diritto di tutti.

3. Il duplice volto del carattere "dignitario" del lavoro

Il carattere "dignitario" del lavoro ha una natura bifronte: sul versante del diritto e sul versante del dovere.

Come emancipazione dal bisogno, il lavoro si configura come un diritto positivo: un mezzo attraverso il quale sviluppare la propria personalità e connotare come "libera" la propria condizione umana.

Come partecipazione alla comunità, il lavoro si configura come un dovere: un mezzo attraverso il quale concorrere, con la propria attività o funzione, al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.)¹¹.

Il lavoro non consente solo il soddisfacimento dell'interesse (e di un'esigenza) individuale, ma anche, tramite questo, la realizzazione di un interesse (e di un'esigenza) collettivo: la *partecipazione attiva* del singolo alla società contribuisce allo sviluppo e all'arricchimento della società stessa. In questo senso al dovere al lavoro del singolo corrisponde – deve corrispondere – un dovere, anch'esso, come il primo, giuridicamente (costituzionalmente) imposto, delle istituzioni di "fare" qualcosa, di porre in essere politiche (e, dunque, riservare risorse pubbliche) dirette a promuovere una società in cui ai singoli siano garantiti i bisogni primari.

Un atteggiamento, da parte dello Stato, di mera astensione e di garanzia dagli abusi non sarebbe dunque sufficiente, contraddicendo l'idea stessa di democrazia¹²: una società nella quale tutti siano liberi dalla schiavitù dei bisogni

55; S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Bari-Roma, 2014, 34 e 82, «[...] i diritti sociali [sono] diritti "abilitanti" all'esercizio di quelli civili e politici, confermando una linea ricostruttiva necessariamente fondata sulla connessione tra i principi e l'indivisibilità dei diritti».

10. Così L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, cit., 54: «I rischi per la dignità si ripropongono in ogni situazione in cui la persona sia soggetta al potere altrui, in condizioni di debolezza. [...] Ogni situazione di debolezza cancella la dignità».

11. Per una ricostruzione dei dibattiti in Assemblea costituente e delle idee sottostanti alle disposizioni costituzionali sul diritto/dovere al lavoro, cfr. C. Tripodina *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino, 2013, 106ss.

12. Così M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei ses-*

essenziali e, quindi, liberi di partecipare alla vita politica e sociale del Paese – perché non può esserci partecipazione nello stato di bisogno – implica necessariamente l'impegno per una politica sociale¹³.

4. La cittadinanza come limite all'accesso all'impiego pubblico

Quanto fin qui detto può apparire una risaputa ovvietà. Un'ovvietà che, pur tuttavia, necessita di essere ribadita – e la dottrina costituzionalistica mostra di avvertire il peso di questa necessità con i numerosi, anche recenti, scritti sul tema¹⁴ – essendo ripetutamente dimenticata dalle amministrazioni pubbliche. Senza volerne dedurre una volontarietà “dolosa”, alla luce della rilevanza costituzionale del lavoro, sia per il singolo sia per la collettività di appartenenza, come si spiegano i numerosi bandi pubblici che riservano la partecipazione ai soli cittadini (italiani o europei)?

4.1. La “specialità” del pubblico impiego

La “riserva di posto” ha trovato giustificazione legale nell'art. 70, comma 13, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Testo unico sul pubblico impiego) che richiama esplicitamente, ai fini del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni, il d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, il cui art. 2 richiede, tra i requisiti per accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il possesso della cittadinanza italiana. L'art. 70 – si legge nelle sentenze che, anche in tempi più recenti, hanno accolto tale impostazione¹⁵ – avrebbe “legificato” la previsione regolamentare¹⁶.

san'anni della Corte costituzionale, in Rivista AIC, fasc. n. 3, 2016, 7, secondo il quale «[l]a democrazia è servente rispetto al fine della libera autodeterminazione dei cittadini, ma solo cittadini eguali possono sfuggire all'eteronomia (almeno nei limiti in cui lo consente l'applicazione del principio di maggioranza e non quello di unanimità). È per questo che [...] la libertà è teleologicamente e l'eguaglianza logicamente connessa alla democrazia».

13. La formula dell'art. 4 Cost., «se non vale a garantire al cittadino la possibilità di agire in positivo per ottenere un posto di lavoro dallo Stato, vale a garantire l'esigibilità del diritto al lavoro almeno sotto il profilo negativo, contro scelte di politica economica di tipo regressivo». Così C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, cit., 110.

14. Da ultimo, cfr. L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Feltrinelli, Milano, 2012, 65; G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Einaudi, Torino, 2013; C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, cit.

15. Cfr. Cass., sentenza 2 settembre 2014, n. 18523 (in materia di stabilizzazione di lavoratori disabili); Corte di Appello di Firenze, sentenza 11 gennaio 2013, n. 65 (in materia di assunzione a tempo indeterminato di lavoratori disabili per la copertura di posti vacanti presso gli Uffici dell'Amministrazione autonoma Monopoli di Stato); Tribunale di Forlì, sentenza 25 gennaio 2011 (bando per la copertura di un posto di dirigente medico); Cass., sentenza 13 novembre 2006, n. 24170 (in materia di iscrizione nelle liste riservate ai disabili per l'accesso anche al lavoro presso le pubbliche amministrazioni).

16. Né l'art. 70 potrebbe ritenersi abrogato, per incompatibilità, dal sopravvenuto art. 3

A ciò si aggiungerebbe la "peculiarità" dell'impiego pubblico, che traspare direttamente dagli articoli 51, 97 e 98 della Costituzione: «l'intento dei costituenti fu di garantire che i fini pubblici fossero perseguiti e tutelati nel migliore dei modi, e di puntare per questo sui cittadini, nei quali si riteneva esistente una naturale compenetrazione dei fini personali in quelli pubblici»; le disposizioni costituzionali offrono di per sé «sufficiente copertura alla disciplina ordinaria preclusiva dell'accesso al lavoro pubblico dei cittadini extracomunitari nell'ambito di una scelta che qualifica speciale il lavoro pubblico e lo assoggetta a regolamentazione particolare». L'esclusione dello straniero non comunitario dall'accesso al lavoro pubblico, dunque, non sarebbe sospettabile di illegittimità costituzionale, essendo la parità di tutti gli aspiranti lavoratori riconosciuta «non in termini assoluti e totali ma "nei limiti e nei modi previsti dalla legge" e ciò non comporta incompatibilità con disposizioni costituzionali, perché non rientra tra i diritti fondamentali garantiti l'assunzione alle dipendenze di un determinato datore di lavoro»^{17 18}.

del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, attuativo della Direttiva 2000/43/CE, secondo cui la disciplina dell'accesso all'occupazione e al lavoro deve essere regolamentata in base al principio della non discriminazione. Ciò perché «il d.lgs. 215/2003 e la direttiva comunitaria 2000/42/CE mirano a superare discriminazioni fondate su ragioni razziali e di carattere etnico ma non intervengono in materia di differenza di trattamento giustificate dal criterio della nazionalità e comunque non trovano applicazione in materia di accesso all'occupazione da parte di cittadini di paesi non appartenenti all'Unione Europea». Così Tribunale di Forlì, sentenza 25 gennaio 2011.

17. Cfr. Cass., sentenza 13 novembre 2006, n. 24170. Affermazioni analoghe si trovano anche in Tribunale di Forlì, sentenza 25 gennaio 2011: «La scelta del legislatore ordinario di assoggettare il lavoro pubblico a regolamentazione particolare non può poi essere irragionevole laddove si consideri da una parte che questa opzione, oltre a presumere che la migliore tutela degli interessi pubblici sia conseguita da chi faccia parte della comunità nazionale a cui tali interessi appartengono, assicura una preferenza ai membri della stessa comunità nazionale datrice di lavoro o della comunità sovranazionale di cui quest'ultima fa parte, dall'altra che non rientra fra i diritti fondamentali garantiti dalla nostra carta costituzionale l'assunzione alle dipendenze di un determinato datore di lavoro»; Consiglio di Stato, sentenza 4 febbraio 1985, n. 43, secondo cui la riserva non opera al fine di dare protezione al mercato interno del lavoro, ma, piuttosto, per garantire che i fini pubblici, che nel cittadino si suppongono naturalmente compenetrati nei fini personali, siano meglio perseguiti e tutelati.

18. Tale orientamento ha trovato esplicito sostegno dal Governo, con il parere n. 196 del 28 settembre 2004 della Presidenza del Consiglio – Dipartimento della Funzione pubblica, ove si legge che «In relazione all'articolo 51 della Costituzione deve cogliersi, oltre al più generale divieto di discriminazioni nell'accesso ai pubblici uffici dei cittadini, la volontà del legislatore costituzionale di limitare ai cittadini l'accesso ai pubblici uffici. Ciò in considerazione sia della necessità di un particolare vincolo tra lo Stato e coloro che esercitano le funzioni ed i servizi, vincolo ravvisabile soltanto nel rapporto qualificato tra il soggetto e l'ordinamento sinteticamente designato come *status civitatis*; sia sul piano più strettamente esecutivo in considerazione del rapporto tra il primo ed il secondo comma dell'articolo stesso. [...] l'articolo 51 della Costituzione configur[a] il requisito normalmente necessario per l'accesso al pubblico impiego, salvo le eccezioni che il legislatore ritenga di introdurre per particolari tipi di impiego. Infatti le norme più recenti hanno eliminato tale restrizione con riferimento ai cittadini comunitari, mantenendola, peraltro, anche riguardo ad essi, per gli impieghi che comportano l'esercizio di pubbliche funzioni. Pertanto, la limitata estensione all'accesso ai pubblici impieghi per i cittadini comunitari,

La legittima esclusione dello straniero – e la natura non discriminatoria del comportamento delle pubbliche amministrazioni – trova, dunque, fondamento su due connesse argomentazioni: alla lettura testuale (o al «dato di diritto positivo», come si esprime il giudice) si somma la discrezionalità del legislatore nazionale.

La successione normativa (costituzionale, ordinaria, europea e internazionale) in tema di accesso all'impiego pubblico sarà oggetto di autonoma ricostruzione e valutazione. Ciò che le disposizioni richiamate consentono al momento di sottolineare è come la limitazione dell'accesso ad alcuni posti di lavoro pubblico ai soli cittadini sembra riproporre una questione che la giurisprudenza costituzionale aveva definitivamente risolto: la legislazione ordinaria, nella interpretazione avallata da una parte della giurisprudenza ordinaria, non distingue tra la titolarità del diritto e le modalità di godimento del diritto, che possono, solo queste ultime, essere differenziate (e dunque rientrare nell'ambito della discrezionalità legislativa).

4.2. *L'interpretazione conforme mette in salvo il principio di eguaglianza*

Decisioni fondate su argomentazioni opposte a quelle descritte hanno, invece, accertato e dichiarato la natura discriminatoria del comportamento delle amministrazioni pubbliche volto a riservare l'impiego pubblico ai cittadini. Il percorso ermeneutico che anima tali decisioni è sostanzialmente riconducibile al canone della interpretazione conforme (alla Costituzione e alle disposizioni sovranazionali), e può essere tratteggiato secondo i seguenti passaggi:

- a. una lettura del quadro normativo nazionale non isolatamente assunto ma sistematicamente integrato da quelli internazionale ed europeo consente di ritenere consolidato il principio di eguaglianza e di parità di trattamento fra cittadini italiani, comunitari ed extracomunitari, arricchito dalla comune volontà di «eliminare tutti gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori in ambito europeo, rimuovendo limiti e vincoli burocratici e/o normativi [che] non possono essere certamente interpretati come una sorta di "*conventio ad excludendum*"» (Tribunale di Milano, sentenza 11 gennaio 2010). Ciò escluderebbe ogni «ragionevole motivo per riservare un trattamento diverso ai cittadini extracomunitari rispetto agli italiani o comunitari quanto all'accesso al lavoro presso la P.A.» (Tribunale di Firenze, sentenza 27 gennaio 2012);
- b. l'art. 51 della Costituzione non assume, in virtù del suo riferimento ai cittadini, un contenuto escludente: «non contiene alcun divieto all'assunzione a tempo indeterminato di cittadini extracomunitari in Italia, in quanto la norma in esame si limita a riconoscere il diritto all'accesso agli uffici pubblici

operata dall'articolo 38 del d.lgs. 165/01, si pone come applicazione allargata del disposto costituzionale, giustificata e perciò limitata dalla prospettiva dell'integrazione europea».

- da parte dei cittadini, senza con ciò disconoscere tale diritto ai non cittadini» (così Tribunale di Lodi, sentenza 18 febbraio 2011);
- c. l'art. 2 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nel disporre che «lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano» (comma 2) e che «la Repubblica italiana [...] garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e l'uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani» (comma 3), ha implicitamente abrogato l'art. 2 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 che consente l'accesso all'impiego pubblico ai soli cittadini italiani (Tribunale di Genova, sentenza 19 luglio 2011);
- d. l'art. 38 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – conformemente a quanto stabilito dalla Convenzione O.I.L. 24 giugno 1975, n. 143¹⁹, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, e dalla Direttiva del Consiglio Europeo 25 novembre 2003, n. 109, cui è stata data attuazione con d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3²⁰ – consente di limitare l'accesso a determinate attività che comportino l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero attengano alla tutela dell'interesse nazionale: «pur nella difficoltà di determinare la nozione di "pubblici poteri" deve ritenersi che tale concetto indichi un potere esercitato da entità pubbliche per l'interesse generale dello Stato» (Tribunale di Milano, sentenza 11 gennaio 2010)²¹;
- e. il riferimento operato dall'art. 70, comma 13, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 all'art. 2 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, lungi dal «riportare in vita» il precetto ormai abrogato, [dovrà essere] semmai interpreta[to] come riferito a quelle ipotesi eccezionali, residuali, in relazione alle quali il requisito della cittadinanza ha una sua ragione d'essere di ordine generale e collettivo» (così Tribunale di Genova, sentenza 19 luglio 2011)²²;

19. Art. 14, lett. c della Convenzione: ogni Stato membro può «[...] respingere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato».

20. Art. 11 della Direttiva: «1. Il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini italiani nazionale 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 [...]. 3. Gli Stati membri possono limitare il godimento degli stessi diritti riconosciuti ai cittadini italiani come segue: a) possono fissare limitazioni all'accesso al lavoro subordinato o autonomo nei casi in cui la legislazione nazionale o la normativa comunitaria in vigore riservino dette attività ai cittadini dello Stato in questione, dell'UE o del SEE [...].».

21. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 7 febbraio 1994, n. 174 (Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche) sono stati individuati gli specifici posti e le specifiche funzioni per i quali non può prescindere dalla cittadinanza. Sulla nozione, in tale contesto, di "pubblici poteri" si tornerà *infra*, par. 6.2.

22. Le argomentazioni riportate ritornano in molteplici sentenze. Senza pretesa di esaustività, tenuto conto del notevole numero di decisioni pronunciate per comportamento discriminatorio nei confronti dello straniero da parte delle amministrazioni pubbliche, si possono vedere: Tribunale di Firenze, sentenza 23 gennaio 2014 (avviso di selezione indetto dall'Università degli Studi di Firenze per un posto di Area tecnica da destinare al laboratorio); Tribunale di Bologna,

- f. perde, infine, rilievo il riferimento all'obbligo di fedeltà nei confronti delle pubbliche amministrazioni che solo il cittadino, in virtù del legame intenso con il Paese di appartenenza, e non lo straniero, poteva assicurare: la possibilità che uno straniero sia assunto da una struttura pubblica con contratto a tempo determinato rende argomentativamente non sostenibile la sua esclusione dall'assunzione con contratto a tempo indeterminato, «essendo il lavoratore assunto a termine [...] tenuto al rispetto degli stessi doveri di diligenza e correttezza del collega assunto a tempo indeterminato e [...] soggetto alle stesse disposizioni regolatrici questo secondo tipo di contratto»²³.

Detto in sintesi: la «forza ordinamentale del divieto di discriminazione»²⁴, in assenza di disposizioni restrittive in relazione a specifiche attività, prevale sulla regola della riserva di accesso ai cittadini italiani ed europei.

4.3. Il lavoratore non cittadino nella giurisprudenza costituzionale

La Corte costituzionale è stata chiamata diverse volte a occuparsi della posizione del lavoratore straniero in raffronto a quella del lavoratore cittadino: in materia di disabilità, di servizio civile nazionale e in una sola occasione, peraltro con una pronuncia di inammissibilità, direttamente in materia di impiego pubblico.

sentenza 8 marzo 2011 (procedura concorsuale, indetta dal Ministero dell'Interno, per titoli ed esami, per l'assunzione di 650 unità di personale, con contratto a tempo determinato, nel profilo di coadiutore amministrativo contabile); Tribunale di Rimini, sentenza 27 ottobre 2009 (procedura concorsuale per l'assunzione di 5 operatori socio-sanitari); Tribunale di Milano, sentenza 20 luglio 2009 (pubblica offerta di lavoro per diverse posizioni disponibili presso l'ATM s.p.a.); Tribunale di Milano, sentenza 30 maggio 2008 (procedura di stabilizzazione di operatori socio-sanitari).

23. Tribunale di Milano, sentenza 4 aprile 2011 (bando di selezione per due posti di infermiere professionale a tempo indeterminato promosso dalla Fondazione IRCCS Istituto Tumori).

24. Tale espressione è tratta dal parere n. 4 del 6 giugno 2011 dell'UNAR (Ufficio nazionale Antidiscriminazioni Razziali, presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, istituito con d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in recepimento alla Direttiva comunitaria 2000/43/CE).

Merita di essere sottolineata la distinzione tra questo parere e il precedente n. 15 del 4 agosto 2010, nel quale si affermava che «[...] nonostante la funzione propria di quest'Ufficio porta a prediligere l'orientamento della giurisprudenza di merito [...] volto all'applicazione "prevalente" del principio di non discriminazione [...] si impone di considerare che nella pratica, sia le pubbliche amministrazioni sia i giudici di grado superiore a quelli di prima istanza, provvedono in senso diametralmente opposto all'applicazione del principio di parità di trattamento nell'accesso degli extracomunitari (regolarmente soggiornanti) agli impieghi alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Pertanto, la risposta [ai quesiti posti] non può che essere negativa se affrontata dal punto di vista dell'attuale sistema normativo e dell'interpretazione prevalente, nel senso cioè dell'impossibilità, *de iure condito*, di aprire le porte dell'impiego pubblico a chi sia sprovvisto del requisito della cittadinanza (nazionale e, entro certi limiti, dell'Unione europea)».

4.3.1. Lo straniero invalido civile

Del lavoratore straniero disabile la Corte ha affermato la pari equiparazione al lavoratore italiano disabile sin dalla sentenza n. 454 del 1998, ove ha ritenuto possibile far discendere da una lettura sistematica delle disposizioni nazionali, europee e internazionali in materia l'interpretazione per cui «una volta che i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, godendo di un permesso di soggiorno rilasciato a tale scopo o di altro titolo che consenta di accedere al lavoro subordinato nel nostro paese, e siano posti a tal fine in condizioni di parità con i cittadini italiani, e così siano iscritti o possano iscriversi nelle ordinarie liste di collocamento [...], essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani». L'opposta conclusione, afferma la Corte, sarebbe possibile solo ove si rinvenisse, nel sistema normativo, «una norma che, esplicitamente o implicitamente, neghi ai lavoratori extracomunitari, in deroga alla "piena uguaglianza", il diritto in questione. Ma una siffatta norma derogatoria nella materia in esame non esiste»²⁵.

La cittadinanza, dunque, non può operare come spartiacque tra lavoratori tutti invalidi civili. La *ratio* della disciplina lavoristica posta a tutela dell'in-

25. Per quanto si sia trattato di una sentenza interpretativa di rigetto, carica dei suoi peculiari effetti *inter partes*, le sue apodittiche affermazioni e stringenti argomentazioni nel senso dell'unica soluzione interpretativa conforme a Costituzione hanno fatto da sfondo alle successive decisioni dei giudici ordinari nel senso della parità senza alcuna limitazione discendente dalla cittadinanza.

Tuttavia, la presenza nella decisione di un inciso – «salvo che le convenzioni internazionali o lo stesso testo unico dispongano diversamente» –, unitamente al carattere "speciale" del pubblico impiego, ha consentito ad altri giudici di discostarsi da tale precedente costituzionale. Si veda, ad esempio, la già citata Cass., sentenza 13 Novembre 2006, n. 24170, ove il giudice di legittimità, dopo aver ripercorso la decisione costituzionale, afferma che essa non può trovare seguito nel caso di specie: «Va, in primo luogo precisato che la speciale disciplina sul collocamento obbligatorio degli invalidi va ricondotta [...] alle forme di attuazione del diritto che "gli inabili e i minorati" hanno, a norma dell'art. 38 Cost., comma 3, all'avviamento professionale [...], diritto del quale gode anche lo straniero avente titolo ad accedere al lavoro subordinato nel territorio dello Stato in condizioni di uguaglianza con i cittadini, non essendovi, sotto questo profilo, ragione di differenziarne il trattamento rispetto al cittadino italiano. Ora, spetta pur sempre al legislatore stabilire le condizioni di accesso a speciali forme di lavoro subordinato o autonomo, esprimendo la stessa Costituzione il principio di non parificazione dello straniero con il cittadino e l'ordinamento, con il complesso di norme già esaminate, mediante scelta conforme al dettato costituzionale, ha stabilito il requisito della cittadinanza per l'accesso al lavoro pubblico. Non è, quindi, condivisibile la tesi che la legislazione di sostegno dei lavoratori disabili non incontri la limitazione della disciplina particolare della materia dell'impiego pubblico, costituzionalmente legittima anche nella parte in cui non deroga al requisito della cittadinanza per le categorie protette. Del resto, la stessa sentenza costituzionale n. 454/1998, avverte esplicitamente che il principio di parità può essere derogato da convenzioni internazionali, da norme dello stesso testo unico sull'immigrazione o altre disposizioni speciali presenti nell'ordinamento giuridico nazionale, che disciplinino particolari settori negando, esplicitamente o implicitamente, al cittadino extracomunitario, in deroga alla "piena uguaglianza", la possibilità di esercitare un diritto invece riconosciuto al cittadino italiano o comunitario». Nello stesso senso, cfr. Cass., sentenza 2 settembre 2014, n. 18523.

dividuo invalido civile è quella di consentirgli di partecipare, nei limiti delle sue effettive forze e possibilità, alla comunità cui appartiene, di realizzare quel diritto al lavoro come liberazione dall'altrui potere o dipendenza. A prescindere dalla sua nazionalità.

La equiparazione dal punto di vista della titolarità del diritto non esclude, come già si è visto, che possano essere introdotti regimi differenziati circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, purché nell'ambito di scelte non irrazionali o, peggio, arbitrarie (Corte cost., sentenza n. 423 del 2005). In più occasioni, infatti, la Corte ha ritenuto la legittimità costituzionale di disposizioni normative che subordinassero l'erogazione di determinate prestazioni – al di fuori di situazioni di bisogno radicale – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; ma, «una volta [...] che il diritto di soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini» (così Corte cost., sentenza n. 306 del 2008²⁶, punto 10 del *Conside-*

26. Con le sentenze n. 306 del 2008 e n. 11 del 2009 la Corte ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni impugnate nella parte in cui subordinavano l'attribuzione di una prestazione (rispettivamente l'indennità di accompagnamento per inabilità e la pensione di inabilità) al possesso del titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito. Con la sent. n. 187 del 2010, la Corte ha affermato che, ai fini dello scrutinio su disposizioni da contenuto analogo, «ciò che [...] assume valore dirimente [...] non è tanto la configurazione "nominalistica" dello specifico strumento previdenziale che può venire in discorso, quanto, piuttosto, il suo concreto atteggiarsi nel panorama degli istituti di previdenza, così da verificarne la relatività "essenzialità" agli effetti della tutela dei valori coinvolti». Da tale affermazione è conseguita la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione nazionale che subordinava al requisito della titolarità della carta di soggiorno, poi permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo; il diritto all'assegno mensile di invalidità (l'assegno mensile di invalidità «può essere riconosciuto soltanto in favore di soggetti invalidi, nei confronti dei quali sia riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa di misura elevata; [...] la provvidenza stessa, in tanto può essere erogata, in quanto il soggetto invalido non presti alcuna attività lavorativa; [...] l'interessato versi, infine, [in] disagiate condizioni reddituali [...]. Si tratta, dunque, all'evidenza, dell'erogazione destinata non già ad integrare il minor reddito dipendente dalle condizioni soggettive, ma a fornire alla persona un minimo di "sostentamento", atto ad assicurare la sopravvivenza; un istituto, dunque, che si iscrive nei limiti e per le finalità essenziali che questa Corte [...] ha additato come parametro di ineludibile uguaglianza di trattamento tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato» – così Corte cost., sentenza n. 187 del 2010, punto 2 del *Considerato in diritto*); il diritto all'indennità di frequenza per i minori invalidi («il riconoscimento della indennità di frequenza si iscrive nel novero delle provvidenze, per così dire, "polifunzionali", giacché i bisogni che attraverso essa si intendono soddisfare non si concretano soltanto sul versante della salute e della connessa perdita o diminuzione della capacità di guadagno, ma, anche, su quello delle esigenze formative e di assistenza di minori colpiti da patologie invalidanti e appartenenti a nuclei familiari che versino in disagiate condizioni economiche»; «[...] una finalità direttamente riconducibile alla salvaguardia delle esigenze di cura e di assistenza di persone minorenni portatrici di patologie significative ed invalidanti e, come tali, direttamente inquadrabili nell'ambito di quegli interventi di natura solidaristica che l'ordinamento è chiamato ad approntare; e ciò, come è ovvio, tanto sul

rato in diritto). Una volta accertata, dunque, la legalità del soggiorno e la sua natura non occasionale, qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive (quali la titolarità del permesso di soggiorno o, peggio, della cittadinanza) sarebbe costituzionalmente illegittimo.

4.3.2. Lo straniero e il servizio civile nazionale

È con le decisioni in materia di accesso al servizio civile nazionale che la Corte costituzionale introduce un nuovo concetto di comunità, fondato sul principio di solidarietà e liberato del criterio della cittadinanza. Il giudice delle leggi parla «di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa»; [una] comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, [che] accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza» (Corte cost. sentenza n. 172 del 1999, punto 2.3 del *Considerato in diritto*)²⁷. Il concetto di difesa della Patria, dunque, si amplia, fino a includere attività di impegno sociale non armato: la difesa militare diviene una delle forme di difesa della Patria, ben potendo ad essa affiancarsi «un'altra forma di difesa, che si traduce nella prestazione di servizi rientranti nella solidarietà e nella cooperazione a livello nazionale ed internazionale»²⁸ (Corte cost. sentenza n. 228 del 2004,

versante specifico della salute, che su quello del relativo inserimento sociale [...]» – così Corte cost. sentenza n. 329 del 2011, punto 5 del *Considerato in diritto*); l'erogazione della indennità di accompagnamento e della pensione di inabilità (Corte cost. sentenza n. 40 del 2013); l'erogazione della pensione e della indennità di accompagnamento per ciechi assoluti (Corte cost. sentenza n. 22 del 2015) e per sordi (Corte cost. sentenza n. 230 del 2015).

27. La portata normativa dell'art. 52 della Costituzione (difesa della patria) è, infatti, quella «di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale». «Il silenzio della norma costituzionale non comporta divieto. Perciò deve ritenersi esistere uno spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale nell'apprezzare le ragioni che inducano a estendere la cerchia di soggetti chiamati alla prestazione del servizio militare». Con tali argomenti la Corte ha rigettato i dubbi di legittimità costituzionale sollevati nei confronti delle disposizioni normative che prevedano l'assoggettamento alla leva militare degli apolidi residenti nel territorio italiano.

28. «Il giudice costituzionale [...] propone una lettura che fa perno sull'esistenza di una relazione tra le une e le altre [diritti e doveri] nella complessiva costruzione della comunità, la quale, tuttavia, non è fondata su meccanismi "escludenti" della cittadinanza in senso giuridico, bensì su quelli *inclusivi* di quella che la Corte definisce la "comunità di diritti e di doveri", ove possono realizzarsi le condizioni per una convivenza umana responsabile». Così A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1, 2016, 19.

29. Quasi negli stessi termini si era espressa, qualche anno prima, la Corte di Appello di

punto 3 del *Considerato in diritto*). L'art. 52 Cost. deve pertanto essere letto congiuntamente ai doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.: le attività che l'individuo svolge nell'ambito del servizio civile rappresentano – afferma la Corte – «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità», e la partecipazione a tali forme di solidarietà deve essere «ricompresa tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (Corte cost. sentenza n. 309 del 2013, punto 6 del *Considerato in diritto*)³⁰.

Il servizio civile nazionale perde la sua connotazione di alternativa al servizio militare e, dunque, di attività riservata ai cittadini. Diviene una forma di partecipazione solidale alla vita della comunità in cui si è iscritti che, proprio per questo, non può rimanere riservata ai cittadini³¹, ma deve essere aperta a tutti coloro che intendono porsi, nei confronti della comunità, non come meri soggetti “passivi” di diritti (titolari, cioè, di diritti e di provvidenze sociali di volta in volta riconosciute), ma anche come soggetti “attivi” di diritti. La possibilità, per il cittadino straniero, di svolgere attività di solidarietà, tra le quali il servizio civile, rappresenta dunque «un'opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza»³², l'esclusione dalla quale si trasformerebbe in «un'ingiustificata

Milano, sentenza 22 marzo 2013, n. 2183, confermando l'impugnata ordinanza del Tribunale di Milano che aveva dichiarato la natura discriminatoria del bando per la selezione di volontari da impiegare in progetti di servizio civile: «il dovere di difendere la patria deve essere letto alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., le cui virtualità trascendono l'area degli obblighi normativamente imposti, accogliendo un'accezione assai ampia del concetto di difesa della patria, da estendere al campo dei doveri di solidarietà economica e sociale, oltre che politica, e suscettibile di tradursi in una sorta di “collaborazione civica” promossa e organizzata dallo stato che adempie al dovere di solidarietà di cui all'art. 2 cit. e a quello di concorrere al progresso materiale e spirituale della società di cui all'art. 4 II comma Cost.».

30. «Infatti al legislatore è consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia, ma una volta che il diritto a soggiornare non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri stabilendo nei loro confronti particolari limitazioni né per il godimento dei diritti fondamentali della persona (così Corte cost. sentenza n. 306 del 2008, punto 10 del *Considerato in diritto*), né nell'esercizio dei doveri di solidarietà previsti dalla Costituzione». Enfatizza la formula «esercizio dei doveri di solidarietà» A. Rauti, *Stranieri e pubblico impiego: prime considerazioni*, in C. Panzera – A. Rauti – C. Salazar – A. Spadaro, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Atti del Convegno internazionale di studi di Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015, Ed. Scientifica, Napoli, 2016, 338, il quale sottolinea come *esercitare il dovere* del servizio civile potrebbe «significare voler dimostrare di sentirsi sollecitati e coinvolti da un imperativo innanzitutto etico-politico ma non nazionalistico, che dà sostanza all'appartenenza sociale e che fonda infine la scelta del non cittadino di *voler rimanere insieme* al cittadino, riducendo radicalmente, e non formalmente, la distanza fra i due».

31. Cfr. M. Cartabia, «Gli immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà, in C. Panzera – A. Rauti – C. Salazar e A. Spadaro, *Quattro lezioni sugli stranieri*, Jovene, Napoli, 2016, 29.

32. Lo svolgimento del servizio civile costituisce «un'importante via per la cittadinanza»:

limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza» (Corte cost., sentenza n. 119 del 2015, punto 4.1 del *Considerato in diritto*)³³.

«l'«esercizio di un dovere» insieme agli altri è già in sé una forma essenziale di integrazione e di inclusione, uno strumento che realizza l'eguaglianza attraverso la progressiva e profonda trasformazione dei rapporti sociali, inter-personali e impersonali, precludendo a «diritti» con gli altri. Innesca infatti un doppio meccanismo che spinge il singolo a *percepirsi* e gli altri a *percepirlo* come membro a pieno titolo della società nella quale ha scelto di vivere». Così A. Rauti, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 4, 2015, rispet. 29 e 34.

33. Può essere interessante osservare che la vicenda dell'accesso degli stranieri al servizio civile nazionale si sviluppa nell'ambito di un «dialogo collaborativo» – riprendendo un'espressione di E. Lamarque, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Edizioni scientifiche, Napoli, 2011, 1843ss. – tra giudici ordinari e Corte costituzionale. La questione, che ha dato adito alla sentenza n. 119 del 2015, venne infatti sollevata dalla Cassazione civile a sezioni unite, sentenza 1 ottobre 2014, n. 20661, nonostante il sopravvenuto acquisto, da parte della ricorrente nel giudizio di merito, della cittadinanza italiana abbia determinato la sopravvenuta perdita di ogni utilità concreta derivabile alle parti dall'accoglimento o dal rigetto del ricorso per cassazione, e veda dunque questo concludersi con una pronuncia in rito di inammissibilità per sopravvenuto difetto di interesse. Come si legge nell'ordinanza di rimessione, «la particolare importanza del *thema decidendum* induce il Collegio, stante la ravvisata inammissibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse, a ritenere sussistenti le condizioni per una pronuncia d'ufficio ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, con l'enunciazione – nell'esercizio della funzione nomofilattica assegnata a questa Corte dalla citata disposizione del codice di rito – del principio di diritto nell'interesse della legge sulla questione di diritto trattata nella causa di merito e che il ricorso divenuto inammissibile propone. [...] la questione è nuova per la giurisprudenza di questa Corte, ossia per l'organo chiamato, per specifica funzione ordinamentale, ad assicurare l'esatta osservanza della legge, la sua uniforme interpretazione e l'unità del diritto oggettivo nazionale, e quindi a garantire certezza del diritto ed eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge. L'esercizio di questa funzione è tanto più rilevante quando, come nella specie, la mancanza di un principio di diritto suscettibile di porsi, per il suo valore di precedente, con capacità coerenziatrice e sistematica investe un settore nevralgico della vita sociale, nel quale sono coinvolti numerosi giovani, operatori ed enti e dove vengono in gioco i diritti fondamentali della persona umana e il suo modo di essere nell'ambito del rapporto con gli altri. D'altra parte, la questione ha l'attitudine a ripresentarsi in casi futuri [...]».

La Corte costituzionale, rigettando l'eccezione di inammissibilità sollevata per difetto di rilevanza, condivide l'impostazione proposta dal giudice rimettente, mostrando così di «volere» entrare nella questione e porre fine a un perdurante contrasto giurisprudenziale (in tal senso, v. Tribunale di Brescia, ordinanza 9 maggio 2012, che ha escluso la natura discriminatoria del bando, ritenendo ragionevole «la differenziazione tra *cives* e stranieri operata dal legislatore nel regolamentare l'accesso al servizio civile nazionale [...], perché coerente con l'ordinamento nel suo complesso e, in particolare, con i principi costituzionali»; Tribunale di Milano, sentenza 12 gennaio 2012, e Corte d'appello di Milano, sentenza 22 marzo 2013, nel giudizio di merito che ha dato adito al presente ricorso per cassazione, che hanno dichiarato il carattere discriminatorio del bando). Afferma il giudice delle leggi che, sebbene la pronuncia sia ininfluenza nella concreta vicenda processuale, il rapporto di pregiudizialità richiesto nel modello incidentale del giudizio di legittimità costituzionale permane: «La nozione di concretezza cui è legata la rilevanza della questione non si traduce, infatti, nella necessità di una concreta utilità per le parti del giudizio di merito, come rilevato da questa Corte nella sentenza n. 10 del 2015. Ciò discende dalla circostanza che il giudizio di legittimità costituzionale si svolge oltre che nell'interesse privato, anche

4.3.3. Lo straniero e il pubblico impiego

Con una pronuncia di inammissibilità per omesso tentativo di interpretazione conforme (Corte cost. ordinanza n. 139 del 2011) la Corte costituzionale si è pronunciata sull'unica questione, fino ad ora sollevata, di legittimità costituzionale dell'art. 38, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, nella parte in cui, contrariamente a quanto espressamente previsto per i cittadini appartenenti agli Stati membri dell'Unione Europea, «non consente di estendere l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche anche ai cittadini extracomunitari». Sulla base della tecnica decisoria adottata, parte della successiva giurisprudenza di merito ne ha ridotto la portata: la Corte costituzionale, con tale ordinanza, non ha pronunciato «una sentenza interpretativa di rigetto, bensì ha dichiarato la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per come proposta, in quanto il giudice rimettente, nella sostanza, aveva chiesto alla Corte un avallo della interpretazione da lui data della norma, utilizzando in tal modo in maniera distorta lo strumento del giudizio incidentale della costituzionalità» (Corte d'Appello di Firenze, sentenza 11 gennaio 2013, n. 65). In effetti, la Corte costituzionale così si esprime in chiusura della sua pronuncia.

Una lettura più attenta della decisione, che non si limiti alla sua parte conclusiva e alla forma del dispositivo, consente però di trarne considerazioni rilevanti sul tema dell'accesso dello straniero all'impiego pubblico.

L'inammissibilità della questione discende non dal fatto che il giudice rimettente non ha tentato una interpretazione della disposizione censurata conforme a Costituzione, ma dal fatto che, dopo aver argomentato una possibile interpretazione conforme, si è limitato a menzionare l'esistenza, nel panorama giurisprudenziale, di una tesi contraria. Così si esprime la Corte: «[...] è lo stesso giudice *a quo* [...] a ritenere che il testo della disposizione impugnata non precluda, in sé, l'accesso ai posti pubblici da parte di cittadini extracomunitari»; ed è sempre il giudice rimettente «a dare espressamente atto di come tale conclusione derivi da una lettura della disposizione "coerente con la recente giurisprudenza" effettuata dal Tribunale di cui egli fa parte, così riconoscendo,

e in primo luogo in quello pubblico e per questo non lo influenzano le vicende del processo che lo ha occasionato. [...] L'incidentalità, infatti, discende dal compito della Corte di cassazione di enunciare il principio di diritto sulla base della norma che potrà risultare dalla pronuncia di illegittimità costituzionale e che sarà, in ogni caso, "altro" rispetto ad essa. È in tal modo che si realizza l'interesse generale dell'ordinamento alla legalità costituzionale attraverso l'incontro ed il dialogo di due giurisdizioni che concorrono sempre – e ancor più in questo caso – alla definizione del diritto oggettivo. Ed è un dialogo che si rivela particolarmente proficuo, specie laddove sia in gioco l'estensione della tutela di un diritto fondamentale». Per un'attenta ricostruzione della vicenda cfr. A. Rauti, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, cit. A chiusura del "dialogo", si può leggere la decisione Cass. sez. unite, sentenza 20 aprile 2015, n. 7959, ove si afferma che «ai fini dell'accesso al servizio civile nazionale, non può richiedersi una particolare intensità del vincolo tra stranieri regolari e comunità di accoglienza, del tipo di quella derivante dal possesso di un determinato tipo di permesso di soggiorno o dalla durata della residenza in Italia».

ex ore suo, non soltanto la praticabilità in via teorica di una interpretazione della norma *secundum constitutionem*, ma, addirittura, la già intervenuta concreta applicazione della norma medesima in precedenti identiche occasioni in adesione a siffatta opzione ermeneutica da parte di tale organo giurisdizionale». Una interpretazione conforme della disposizione nel senso dell'estensione dell'accesso all'impiego presso le pubbliche amministrazioni anche ai cittadini stranieri è dunque non solo possibile, ma già applicata.

Tuttavia, il giudice rimettente non dà seguito a questa possibile interpretazione nel giudizio in corso, ma al fine di sollevare la questione – e, probabilmente, chiedere alla Corte di porre fine a un contrasto giurisprudenziale esistente – richiama l'esistenza dell'interpretazione restrittiva della norma censurata «in evidente contrasto con gli evocati parametri costituzionali» (artt. 4 e 51 Cost.). Ma, tale interpretazione restrittiva, afferma la Corte, non è né fatta propria dal giudice rimettente (il quale, infatti, oltre a manifestare una propria diversa interpretazione, non mostra alcun «convincimento adesivo»), né può configurarsi quale diritto vivente (non potendo certo bastare, a tali fini, «la semplice e neutra citazione di una (a quanto consta, allo stato isolata) pronuncia della Corte di cassazione³⁴»).

Così come si deve evitare una lettura che rimanga alla superficie delle parole adottate, allo stesso modo deve essere evitata una lettura che attribuisca significati «sovraabbondanti» rispetto alle parole adottate. La Corte costituzionale non ha certo affermato a chiare lettere il principio di parità di accesso al pubblico impiego dei cittadini italiani, europei ed extracomunitari. Ma ha riconosciuto la possibilità di trarre dalla disposizione censurata un significato estensivo, conforme alla Costituzione, invitando il giudice rimettente a darvi seguito – come, del resto, parte della giurisprudenza comune già fa³⁵.

5. Il concetto di cittadinanza nella giurisprudenza

Le problematiche connesse allo straniero disabile e all'accesso dello straniero al servizio civile certamente non coincidono con quella del suo accesso al pubblico impiego, ma altrettanto certamente la incrociano.

Ciò che sembra accomunare le diverse decisioni costituzionali in materia di disabilità e di servizio civile – e su cui sembrano affondare le radici di un'apertura del lavoro pubblico allo straniero regolarmente soggiornante – è il concetto di comunità introdotto dalla Corte: come si legge nella sentenza n.

34. Il riferimento è alla già citata sentenza della Corte di cassazione, 13 novembre 2006, n. 24170.

35. Così tacitamente invitando i giudici a «forza[re] il testo della legge, facendogli dire ciò che sicuramente esclude»: «se il testo della legge in modo inequivocabile esclude dai posti pubblici i cittadini non appartenenti all'Unione europea, la Corte avrebbe dovuto respingere, perché inesatto, l'orientamento della giurisprudenza di merito, e poi stabilire se l'esclusione di quella categoria di lavoratori è o meno conforme ai parametri costituzionali» (E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 122-123).

172 del 1999, una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto». Accanto all'idea tradizionale (in quanto legata alla lettera della Costituzione) di cittadinanza la Corte erge (traendola dallo spirito della Costituzione) un'idea di cittadinanza più ampia, che include ma non si esaurisce nei cittadini italiani (o europei). Il concetto di cittadinanza³⁶, «elemento attorno al quale si definisce l'intero impianto costituzionale dei diritti e dei poteri»³⁷, non è più solo sinonimo di «appartenenza», di quel rapporto che lega l'individuo all'ordine politico e sociale identitariamente e storicamente determinato e che si pone, dunque, come quel necessario *præ* rispetto al godimento di diritti e di doveri. Il concetto di cittadinanza è, prima ancora che appartenenza, «partecipazione»: 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 attivi³⁸: in questo senso la Corte parla di comunità in cui «si ricevono diritti e restituiscono doveri».

La contrapposizione tra le due concezioni è radicale ed evidente. La cittadinanza come appartenenza esprime una concezione necessariamente *escludente*: distinguendo, e dunque escludendo, chi cittadino non è, opera come un limite, un confine tra chi è *dentro* e chi è *fuori*. La cittadinanza come partecipazione, al contrario, è necessariamente *inclusente*: spetta a *chiunque*, a prescindere dalle proprie condizioni personali (nei nostri discorsi, a prescindere dalla disabilità o dalla stranierità), partecipare alla vita della comunità e concorrere, con il proprio lavoro, la propria attività, la propria funzione, al suo progresso.

Alla prima concezione si è certamente ispirata quella parte della giurisprudenza comune che ha posto l'accento sul dato testuale e sulla natura speciale dell'impiego pubblico per giustificare la legittimità della esclusione del citta-

36. La definizione del concetto di cittadinanza e le sue diverse ricostruzioni teoriche, storiche, dottrinali sono temi che meritano ben più ampia attenzione delle poche righe qui scritte. Ciò che in questa sede preme mettere in evidenza è, però, il superamento, da parte della Corte costituzionale e di parte della giurisprudenza comune, della concezione tradizionale di cittadinanza e l'introduzione di quella nuova, perno quest'ultima dell'argomentazione a favore della legittimità costituzionale dell'accesso dei cittadini stranieri all'impiego pubblico. Sul tema della cittadinanza connessa alla condizione dello straniero, cfr. almeno C. Panzera – A. Rauti – C. Salazar – A. Spadaro, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit.; F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013; Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010.

37. Cfr. G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, 116.

38. Cfr. G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., 104ss.; P. Carrozza, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. Panzera – A. Rauti – C. Salazar – A. Spadaro, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., 67 (il quale parla di cittadinanza come «condivisione di uno status di diritti e di doveri»; «non un legame originario, una discendenza, e neppure una mera dichiarazione di volontà-appartenenza, bensì la condivisione volontaria di un comune status di diritti, di cui le libertà civili, i diritti di partecipazione politica e i diritti sociali sono necessariamente parte, indissolubilmente gli uni con gli altri»); S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Bari-Roma, 2014, *passim*.

dino straniero dall'accesso al pubblico impiego; alla seconda, invece, quella parte della giurisprudenza che ha denunciato (richiamandosi particolarmente al criterio dell'interpretazione adeguatrice) l'illegittimità della discriminazione a scapito del lavoratore straniero.

Sulla scia di questo "nuovo concetto di cittadinanza", l'art. 51 Cost. (accesso dei cittadini agli uffici pubblici) potrebbe allora essere inteso alla stessa maniera dell'art. 52 Cost. (difesa della Patria): come una norma di garanzia, la cui portata normativa è, «palesamente, quella di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale» (Corte cost. sentenza n. 172 del 1999, punto 2.1 del *Considerato in diritto*). Il silenzio della norma costituzionale non comporta di per sé il divieto di inclusione. Il silenzio, al contrario, è riempito da una parola, attorno alla quale le decisioni costituzionali e di merito che aprono allo straniero convergono: *partecipazione*, come l'altra faccia della cittadinanza.

6. Il concetto di cittadinanza nella legislazione: ancora un limite all'accesso al pubblico impiego?

Alle recenti aperture mostrate dalla giurisprudenza di merito con riferimento al riconoscimento, in capo agli stranieri, in un'ottica di piena salvaguardia del principio di uguaglianza e di parità di trattamento, di un generalizzato diritto di accesso agli impieghi presso le Pubbliche amministrazioni, non corrisponde un equivalente atteggiamento da parte del legislatore.

Si riscontra, infatti, a livello legislativo, la persistente resistenza di un'impostazione che, per quanto tendente a un progressivo affievolimento, si rifà ad un concetto di cittadinanza fortemente *escludente*, che guarda solo alla sussistenza di un legame giuridico di appartenenza di un soggetto a una storia e a un popolo e non a quel patto di solidarietà che, al contrario, lega coloro che vivono su un territorio ed è indipendente dal riconoscimento di particolari *status*.

L'analisi delle disposizioni relative all'accesso al pubblico impiego da parte degli stranieri, doverosa al fine di comprendere i ricostruiti contrasti giurisprudenziali, chiama in causa necessariamente aspetti concernenti il rapporto tra legislazione nazionale, internazionale ed europea. Proprio a quest'ultima, nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, si deve in primo luogo guardare, per esaminarne l'incidenza sull'evoluzione normativa del sistema italiano e per intendere appieno come le persistenti chiusure che lo stesso ancora oggi mostra con riferimento agli stranieri si pongano come irragionevoli e arbitrarie.

6.1. Il quadro normativo italiano. Tra aperture e discriminazioni

Come si è visto, punto di partenza nell'analisi del quadro normativo italiano non può che essere la Costituzione. Essa, all'art. 51, garantisce e riserva ai soli

cittadini, in condizioni di uguaglianza e secondo i requisiti stabiliti dalla legge, l'accesso ai pubblici uffici ed alle cariche elettive, con ciò presupponendo che sia connotato al solo possessore dello *status civitatis* quel legame con la comunità di appartenenza che lo porta a finalizzare ogni condotta alla realizzazione dell'interesse generale³⁹.

Essendo, gli impiegati pubblici, «al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.), essi sono tenuti ad un obbligo di fedeltà che si ritiene non possa essere assicurato da chi, essendo straniero, non ha un legame così intenso con il Paese come chi vi appartiene in qualità di cittadino.

L'art. 51 trova una sua prima attuazione nel d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato) che, all'articolo 2⁴⁰, indica quale presupposto *imprescindibile* per ricoprire incarichi pubblici quello del possesso della cittadinanza italiana⁴¹.

Si mantiene e si rafforza, dunque, in questo modo, quella dicotomica contrapposizione tra chi è cittadino e chi non lo è, operante, secondo l'interpretazione datane dal Consiglio di Stato, per una miglior tutela non del mercato interno, ma di quei fini pubblici che si trovano ad essere compenetrati nei fini personali dei soli cittadini (Consiglio di Stato, sentenza 4 febbraio 1985, n. 43). Ciò legittima una richiesta di fedeltà strettamente connessa a qualità intrinseche del prestatore di lavoro e che prescinde dal corretto adempimento della prestazione lavorativa⁴². L'*affectio societatis* può essere rinvenuta, infatti, «solo presso soggetti dotati di cittadinanza determinata [...] per i quali sussistono, oltre agli obblighi legali, anche obblighi morali non meno intensi di perseguire interessi facenti capo al contesto generale dello Stato nazionale» (Consiglio di Stato, sentenza 20 giugno 1990, n. 234).

Come si vedrà nel prosieguo, l'assoluto divieto a fondamento di tale regolamentazione trova una progressiva attenuazione grazie al processo di integrazione europea che, in conseguenza dell'importanza attribuita alla libera circolazione dei lavoratori nella creazione di un mercato unico e in stretta connessione, da un lato, con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità e, dall'altro, con l'istituzione, da parte del Trattato di Maastricht del 1992, della cittadinanza europea, porta all'approvazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29

39. Parere n. 15 del 4 agosto 2010 dell'UNAR, già citato in nota 24.

40. Art. 2. (Requisiti generali). «Possono accedere agli impieghi civili dello Stato coloro che posseggono i seguenti requisiti generali: 1) cittadinanza italiana; 2) età non inferiore agli anni 18 e non superiore ai 32. Gli ordinamenti delle singole amministrazioni possono, tuttavia, ridurre il limite superiore. Per le categorie di candidati a cui favore leggi speciali prevedono deroghe, il limite massimo non può superare, anche in caso di cumulo di benefici, i quaranta anni di età o i quarantacinque per i mutilati e gli invalidi di guerra e per coloro ai quali è esteso lo stesso beneficio; 3) buona condotta; 4) idoneità fisica all'impiego».

41. L'articolo citato è vigente e non è destinato ad essere disapplicato dalla contrattazione perché non attiene alle vicende del rapporto di lavoro dei dipendenti della pubblica amministrazione, ma è posto dall'ordinamento a tutela degli interessi collettivi (Parere n. 196 del 28 settembre 2004, Dipartimento della funzione pubblica, già citato in nota 18).

42. Cfr. A. Guarisio, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in *Lavoro e diritto*, 2009, 563ss.

che stabilisce, al primo comma dell'art. 37, che «i cittadini degli Stati membri della Comunità economica europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale».

La prospettiva fino ad allora vigente subisce, dunque, un primo rovesciamento: per quanto limitatamente ai cittadini dell'Unione europea, la regola diventa quella di un generalizzato accesso al pubblico impiego, con una restrizione riconducibile alle sole prestazioni caratterizzate dallo svolgimento di particolari funzioni.

In attuazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 si approva, prima, il D.P.C.M. del 7 febbraio 1994, n. 74 (Norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche) che individua, in modo tassativo, le funzioni per le quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana⁴³; successivamente, il d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 (Norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi) che, all'art. 2, comma 1, n. 1, prevede che possano accedere agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni i cittadini italiani e i soggetti appartenenti alla Unione europea, fatta eccezione per le restrizioni stabilite dal D.P.C.M. n. 74 del 1994.

Il sentiero così tracciato pare non mutare neanche con il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), che, in riforma dell'intero sistema, all'art. 38, torna a ribadire quanto già definito nel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ossia che «i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale»⁴⁴.

Salva l'individuazione di quei casi per cui, in una connotazione funzionalistica della P.A. – nei termini che saranno esaminati successivamente –, non si può prescindere dal requisito della cittadinanza, è, quindi, ormai radicata e

43. «I posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, nonché i posti dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni; i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle Province e dei Comuni nonché delle Regioni e della Banca d'Italia; i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché i posti 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 della giustizia, del Ministero della difesa, del Ministero dell'economia e delle finanze e del Corpo forestale dello Stato; funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; funzioni di controllo di legittimità e di merito».

44. Come si è già visto in precedenza, con l'art. 70, poi, si "legifica" quanto previsto dal d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, soprattutto nel suo riferimento alle restrizioni stabilite dal D.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 74 che individua i casi in cui il requisito della cittadinanza rimane imprescindibile.

incontestabile la parificazione, quanto al pubblico impiego e per tutte le altre ipotesi, tra cittadino italiano e cittadino comunitario.

Nessuna apertura in tal senso, però, sembra ancora riguardare i lavoratori provenienti da Stati terzi.

Una estensione, seppur minima, a questi ultimi del diritto di accesso al pubblico impiego, si deve, di nuovo, alla legislazione europea che, ravvisando l'arbitrarietà della loro totale esclusione⁴⁵, riconosce tale diritto in capo ai familiari dei cittadini dell'Unione, qualunque sia la loro cittadinanza⁴⁶, ai rifugiati politici e ai titolari di protezione sussidiaria⁴⁷, nonché ai soggiornanti CE di lungo periodo⁴⁸ provenienti da Paesi extra comunitari.

Una riforma più organica e strutturale del sistema – sempre limitata, però, a tali categorie – si ha con la legge 6 agosto 2013, n. 97 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea – Legge Europea 2013). Tale legge, in modifica dell'art. 38 del d.lgs.

45. Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, cit., 93.

46. Una prima apertura in tal senso si era già manifestata con l'art. 23 della direttiva 2004/38/CE in materia di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari che stabilisce che «i familiari del cittadino dell'Unione, qualunque sia la loro cittadinanza, titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente in uno Stato membro hanno diritto di esercitare un'attività economica come lavoratori subordinati o autonomi». L'art. 19 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 traspone fedelmente la direttiva.

47. L'art. 26 della direttiva CE 2004/83 prevede che gli Stati autorizzino sia i beneficiari dello status di rifugiato politico sia i titolari di protezione sussidiaria, ossia coloro che non possiedono i requisiti per essere riconosciuti come rifugiato politico, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornassero nel Paese d'origine, correrebbero un rischio effettivo di subire un danno grave, a «esercitare un'attività dipendente o autonoma nel rispetto della normativa generale applicabile alle professioni o agli impieghi della Pubblica Amministrazione». La previsione comunitaria riguarda entrambe le figure e sembra non consentire alcuna limitazione sulla cittadinanza, pena il totale svuotamento della previsione. Il d.lgs. di recepimento n. 251 del 2007 opera un'applicazione parziale di tale principio: all'art. 25 prevede che «è consentito al titolare dello status di rifugiato l'accesso al pubblico impiego con le modalità e le limitazioni previste per i cittadini dell'Unione europea». La previsione contiene due lacune: 1) lascia privi di protezione i titolari dello status di protezione sussidiaria; 2) richiamando le modalità di accesso previste per i comunitari recepisce anche l'art. 3 del dpcm n. 174 laddove prevede che il comunitario debba godere dei diritti civili e politici dello Stato di appartenenza e provenienza. Cfr. A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, cit., 575.

48. È una deroga inizialmente prevista nel solo diritto comunitario. La direttiva CE 2003/109 all'art. 11 comma 1 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 retribuzione». Il riferimento ai pubblici poteri è evidentemente operato al fine di consentire l'accesso al lungo soggiornante anche ai posti di lavoro pubblici che non comportino esercizio di pubblici poteri. Il considerando 12 afferma che «lo status di lungo soggiornante dovrebbe valere al suo titolare la parità di trattamento con lo Stato membro» in una vasta gamma di settori economici e sociali sulle pertinenti condizioni definite dalla presente direttiva. La normativa di recepimento della direttiva non contiene alcun riferimento al pubblico impiego.

30 marzo 2001, n. 165, stabilisce, in primo luogo, che «i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e i loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale». Si aggiunge, poi, un comma 3 bis, che prevede che «le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 si applicano ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello status di rifugiato ovvero dello status di protezione sussidiaria».

Nessun ulteriore passo in avanti sembra essere stato fatto da allora.

Non può, però, a questo punto non essere rimarcata l'indispensabilità dell'intervento del legislatore nazionale per ridurre, fino alla totale eliminazione, la persistente differenza tra i lavoratori sulla base della mera provenienza. Qualsiasi altra soluzione non potrebbe che assumere un connotato discriminatorio, dal momento che comporterebbe un trattamento disuguale e più svantaggioso per il non cittadino (italiano o europeo) in assenza di una differenziazione oggettiva tra posizioni. Il legislatore nazionale non può non considerare, infatti, la prevalenza del divieto di discriminazione sulla regola generica della riserva di accesso ai cittadini italiani ed europei, con la sola eccezione delle deroghe inerenti allo svolgimento di determinate attività o funzioni. Ciò è del resto richiamato dal T.U. sull'immigrazione (art. 27 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286): «in assenza di disposizioni restrittive in relazione a specifiche attività, deve valere la regola generale enunciata dalla legislazione speciale in tema di immigrazione, attestante la parità di trattamento e la piena uguaglianza di diritti tra il lavoratore straniero regolarmente soggiornante nel nostro paese e il lavoratore italiano»⁴⁹.

Si aggiunga, inoltre, che solo una definitiva apertura a livello normativo consentirebbe di togliere ogni legittimità all'arbitraria prassi invalsa presso le pubbliche amministrazioni, da un lato, di introdurre nei bandi concorsuali e nelle procedure di stabilizzazione il requisito della cittadinanza come fattore preclusivo di accesso e, dall'altro, di generalizzare anche nei confronti degli stranieri la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato – che, come vedremo, non comportano l'inserimento del lavoratore nell'organico dell'ente pubblico.

6.2. *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni. Una flessibilizzazione discriminatoria*

Il concorso pubblico, attraverso cui trovano la loro prima realizzazione i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento⁵⁰, costituisce, nell'or-

49. UNAR, parere n. 4 del 6 giugno 2011, già citato in nota 24.

50. Cfr. B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jo-

dinamento italiano, il tradizionale strumento di accesso agli impieghi presso la pubblica amministrazione⁵¹.

L'affermazione di tale principio concorsuale, tuttavia, per quanto tendenzialmente generalizzato, non ha impedito al legislatore, nel tempo, di legittimare il ricorso a forme di accesso al pubblico impiego fondate sulla stipulazione di contratti di diritto privato⁵². A tal riguardo, acquisisce particolare rilevanza l'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Esso, infatti, pur ponendo in primo luogo l'accento sul carattere unicamente indeterminato dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni⁵³, al tempo stesso, ammette l'esistenza, per quanto circoscritta ad ipotesi straordinarie, di forme contrattuali flessibili di cui le amministrazioni possono avvalersi «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale».

Da un lato, quindi, si ribadisce la regola delle assunzioni a tempo indeterminato: l'unica che comporta l'immissione in ruolo del personale, la conseguente copertura della pianta organica definita dalle stesse Amministrazioni in funzione delle attività istituzionali che esse sono chiamate a svolgere e la realizzazione di un nesso virtuoso ed effettivo tra dipendenti in servizio e fabbisogno reale delle PA⁵⁴. Dall'altro, si introduce una flessibilizzazione del rapporto di lavoro, per quanto rigidamente limitata e sottoposta ad una disciplina speciale⁵⁵.

vene Editore, Napoli, 2012, 147; M. Amendola, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. Dir.*, Vol. VII, Milano, 1961, 615-616; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, 291 ss. In questi termini anche la giurisprudenza costituzionale: cfr., in tal senso, le sentenze n. 7 del 2015; n. 211 e 134 del 2014; n. 227, 137, 106, 72 e 7 del 2013; n. 62 del 2012; n. 310 e 299 del 2011; n. 267 del 2010; n. 189 del 2007.

51. L'art. 97, comma 4, della Costituzione stabilisce, infatti, che «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso». Tale disposizione trova la sua attuazione nell'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

52. Tali deroghe che sono considerate legittime in considerazione di «straordinarie esigenze d'interesse pubblico». Cfr. Corte cost. sentenza n. 134 del 2014, punto 2.1 del *Considerato in diritto* e Corte Cost., sentenza n. 42 del 2011, punto 5 del *Considerato in diritto*.

53. «Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35».

54. Cfr. L. Tria, *La giurisprudenza della corte costituzionale in materia di tutela del diritto al lavoro linee di tendenza gennaio 2011 – settembre 2015*, Quaderno predisposto in vista dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese, 82 e ss.

55. È proprio il principio del pubblico concorso a imporre una speciale disciplina per i rapporti di pubblico impiego a tempo determinato: in caso di violazione da parte della pubblica amministrazione delle norme sul rinnovo, l'ordinamento italiano esclude la sanzione prevista in attuazione del diritto dell'Unione europea (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 attuativo della direttiva 1999/70/CE) per i lavoratori privati i quali beneficiano dell'automatica conversione in rapporto indeterminato. Il comma 5 *quater* nell'indicare che i rapporti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione dell'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 «sono nulli e determinano responsabilità erariale», prevede una serie di sanzioni nei confronti dei dirigenti responsabili dell'irregolare utilizzo del lavoro flessibile, stabilendo nei loro confronti l'applicazione dell'art. 21 del medesimo decreto legislativo (cioè mancato raggiungimento degli obiettivi

Se questo rappresenta il quadro generale, i continui blocchi alle assunzioni imposti da finalità di contenimento della spesa pubblica⁵⁶ hanno determinato, negli ultimi anni, un'inversione di tendenza nella diffusione di tali tipologie contrattuali, con un aumento improprio di contratti a tempo determinato.

Proprio tale fenomeno ha indotto il legislatore ad intervenire, prima con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007) e poi con la legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008) attraverso la previsione della possibilità, per le amministrazioni interessate, di addivenire ad una progressiva stabilizzazione del personale precario, strutturandolo all'interno dei propri uffici. La normativa appena accennata, pur apparentemente non attinente all'argomento trattato, deve, al contrario, essere necessariamente tenuta presente per comprendere appieno come si esplica l'atteggiamento di chiusura delle pubbliche amministrazioni rispetto all'assunzione di lavoratori extra comunitari; atteggiamento che, lungi dal modificarsi, sembra assumere caratteri sempre più discriminatori e arbitrari.

L'ambito in cui tale fenomeno si manifesta con particolare evidenza è quello sanitario e, nello specifico, quello della professione infermieristica. In tale settore, infatti, le aziende pubbliche, in conseguenza di continui blocchi alle assunzioni a tempo indeterminato imposti per ragioni di bilancio⁵⁷, si sono trovate costrette, per far fronte a carenze di organico e per garantire un servizio adeguato ai singoli, a ricorrere a contratti a termine che hanno spesso interessato proprio i cittadini provenienti da Paesi non membri dell'Unione europea⁵⁸ (Tribunale di Milano, ordinanza del 30 maggio 2008). In tal senso, già l'art. 9 della legge 28 febbraio 1990, n. 39 prevedeva la facoltà di assumere, nell'am-

con conseguente mancata erogazione della retribuzione di risultato, mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale e, nei casi più gravi previa contestazione disciplinare nel rispetto del principio del contraddittorio) revoca dello stesso incarico e collocamento del dirigente "a disposizione".

56. Cfr. B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 199. La Corte costituzionale, inoltre, ha affermato che le norme statali che hanno previsto limitazioni alle assunzioni di personale da parte delle pubbliche amministrazioni comprese le Regioni, gli enti locali nonché gli enti del Servizio sanitario nazionale, essendo volte alla finalità del contenimento della spesa pubblica, costituiscono principi fondamentali nella materia del coordinamento della finanza pubblica, trattandosi di norme che incidono sulla spesa per il personale, la quale, «per la sua importanza strategica ai fini dell'attuazione del patto di stabilità interna (data la sua rilevante entità), costituisce non già una minima voce di dettaglio, ma un importante aggregato della spesa di parte corrente». Cfr. L. Trià, *La giurisprudenza della corte costituzionale in materia di tutela del diritto al lavoro linee di tendenza gennaio 2011 - settembre 2015*, cit., 82 ss. In ultimo, cfr. Corte cost. sentenze n. 139 del 2012 e n. 108 e 69 del 2011, che richiamano la sentenza n. 169 del 2007.

57. Cfr. F. Buffa, *Il rapporto di lavoro degli extra comunitari*, Cedam, Padova, 2009, 145.

58. Tali aperture hanno riguardato anche i lettori di lingua straniera delle università in base, prima, all'art. 28 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382 e, dopo, al decreto-legge 21 aprile 1995, n. 120. Inoltre, l'art. 27 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 ha autorizzato l'ingresso in Italia dei professori universitari o ricercatori per attività da espletare presso università o istituti di istruzione o ricerca senza alcuna specificazione in ordine alla natura pubblica o privata delle strutture interessate alla loro attività.

bito del Servizio Sanitario nazionale e con contratti di diritto privato di durata biennale e rinnovabili, stranieri extra comunitari con la qualifica di infermiere. Tale possibilità è, poi, ulteriormente ribadita dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U. in materia di immigrazione) che, all'art.37, integrato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi Fini⁵⁹), definisce la possibilità di ingresso nel territorio nazionale, fuori dall'annuale piano flussi, «per gli infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche o private». Il tutto, tra l'altro, senza operare alcuna distinzione relativamente alle forme contrattuali ammissibili.

Nonostante una normativa che, almeno in questo ambito, opera una sostanziale parificazione dei lavoratori a prescindere dalla nazionalità degli stessi, la pubblica amministrazione, nelle procedure di stabilizzazione⁶⁰ attivate o nei bandi di concorso pubblico, ha, tuttavia, continuato a porre come presupposto essenziale per l'assunzione alle proprie dipendenze il requisito della cittadinanza italiana o europea.

Appare evidente, come affermato dalla stessa giurisprudenza di merito⁶¹, che in questi casi la limitazione subita dallo straniero, nel momento in cui si richiede tra i requisiti di ammissione ai bandi di selezione a tempo indeterminato quello della cittadinanza, escludendo, conseguentemente, tutti i lavoratori che, per quanto regolarmente soggiornanti in Italia, siano sprovvisti della stessa, non sia dettata da ragioni concrete e, come tale, risulti del tutto arbitraria⁶²: lo svolgimento di mansioni di operatore sanitario o infermiere professionale presso una struttura pubblica non è diverso dallo svolgimento delle medesime attività in una struttura privata; allo stesso modo, le prestazioni richieste non si

59. Cfr. F. Buffa – G. De Lucia, *Il posto nella Pubblica amministrazione. Dalla sistemazione alla flessibilità*, Halley Editrice, Matelica, 2006, 343.

60. La legge 27 dicembre 2006 n. 296, all'art. 1, comma 565, ha previsto per gli enti del Servizio Sanitario nazionale, «nell'ambito degli indirizzi fissati dalle Regioni per il conseguimento degli obiettivi di contenimento della spesa, la possibilità, individuata la consistenza dell'organico del personale assunto a tempo indeterminato e di quello assunto con contratto a termine o con contratto di collaborazione, di predisporre un programma per la trasformazione delle posizioni di lavoro coperte da personale precario in posizioni di lavoro dipendente a tempo indeterminato nel rispetto dei criteri e delle modalità previste dai commi dal 513 a 543». A ciò è seguito un protocollo di intesa regionale, sottoscritto dalle parti il 3 agosto 2007, nel quale sono individuati i precari coinvolti nel processo di stabilizzazione e le procedure da applicare. Con la legge finanziaria del 2008 la procedura di stabilizzazione è stata ribadita: al comma 94, infatti, è previsto che le amministrazioni pubbliche predispongano, sentite le OO.SS., i relativi piani di assunzione.

61. Cfr. in merito, Tribunale di Milano, sentenza 30 maggio 2008; Tribunale di Milano, sentenza 17 luglio 2009; Tribunale di Milano, sentenza 4 aprile 2011; Tribunale di Lodi, sentenza 18 febbraio 2011 (già citato in nota 3).

62. UNAR, parere n. 4 del 6 giugno 2011, già citato in nota 24. Secondo la giurisprudenza di merito rientra nella definizione di «discriminazione indiretta», secondo l'art. 2 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, emanato in attuazione della direttiva n.43/00/CE, «una disposizione, un criterio, una prassi, un patto, un comportamento apparentemente neutro [che] può mettere una persona appartenente a una razza o a un'etnia in posizione svantaggiosa rispetto ad altre». Così Tribunale di Lodi, sentenza 18 Febbraio 2011, già citato in nota 3 e 23.

differenziano, quanto a doveri di diligenza e correttezza, sia che si tratti di lavoro determinato, sia che si tratti di lavoro indeterminato (Tribunale di Milano, sentenza 30 maggio 2008).

6.3. *Il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella definizione di Pubblica Amministrazione*

La piena comprensione dell'evoluzione del quadro normativo italiano sopra tracciata e dell'effettivo carattere discriminatorio della prassi delle amministrazioni pubbliche che continuano a porre la cittadinanza come requisito per partecipare a bandi di concorso o a procedure di stabilizzazione, non può prescindere da un'analisi dell'incidenza della legislazione europea e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la cui attività è stata essenziale nel definire il modo di intendere il concetto di Pubblica Amministrazione e la clausola di riserva dell'esercizio dei pubblici poteri e della tutela dell'interesse nazionale.

Il nucleo fondante dell'intero discorso sta nella rilevanza attribuita, sin dalle origini, al principio di libera circolazione dei lavoratori⁶³ (art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ex art. 39 TCE), costituente il cardine intorno al quale si è proceduto alla costruzione di un mercato unico realmente fondato sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità⁶⁴ e finalizzato a scardinare i sistemi protezionistici predisposti dagli Stati membri. Esso rappresenta un diritto fondamentale⁶⁵, un elemento essenziale della cittadinanza europea⁶⁶ che trova limitazioni tassative e tutte legate alla sfera pubblicistica.

L'art. 45 TFUE, infatti, da un lato, dispone che le libertà in esso elencate sono esercitabili da tutti i lavoratori dell'Unione europea e possono essere limitate solo per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica; dall'altro, al tempo stesso, pone una clausola di esclusione dell'applicabilità di tale articolo agli impieghi nella pubblica amministrazione⁶⁷.

Limitando l'attenzione al tema che qui interessa, si deve sottolineare come già nelle prime fonti europee che si occupano del principio di libera circolazio-

63. Cfr. S. Giubboni, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea: principi e tendenze*, il Mulino, Bologna, 2007; M. Borzaga, *Nozione di «lavoratore», libertà di circolazione e diritto di soggiorno in ambito comunitario*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. n. 4, 2004, 683.

64. Il principio di non discriminazione, inoltre, così come "universalizzato" dalla Carta di Nizza e, prima ancora, elaborato dalla Corte di giustizia, impone anche che «situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in modo uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato».

65. Corte di giustizia, 13 luglio 1983, causa C-152/82.

66. Comunicazione COM (2002) 694 *«Libera circolazione dei lavoratori - realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità»*, dell'11 dicembre 2002.

67. Cfr. P. Pascucci, *Accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni*, in A. Baylos Grau - B. Caruso - M. D'Antona - S. Sciarra (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi Editore, Bologna, 1996, 379ss.

- ne dei lavoratori⁶⁸ (il regolamento comunitario n. 1612 del 1968 e la Direttiva del Consiglio n. 360 del 15 ottobre 1968⁶⁹) non si pone l'attenzione su una connotazione soggettiva di Pubblica Amministrazione, bensì sull'esercizio di "funzioni di diritto pubblico". La natura giuridica del datore di lavoro, per quanto da indagare, non costituisce, quindi, in sé, un limite preclusivo, essendo necessario guardare alle modalità di concreto svolgimento di mansioni lavorative che possono o meno partecipare dello svolgimento di pubbliche funzioni.
- Si afferma, in questo modo, un concetto di Pubblica Amministrazione⁷⁰ di stampo pretamente funzionalistico che acquisisce progressivamente sempre più importanza grazie all'attività ermeneutica della Corte di Giustizia⁷¹, improntata alla necessità, esplicitata per la prima volta nella sentenza Sojuga⁷², del 1974, di sostenere il carattere recessivo della deroga di cui al comma 4 dell'art. 45 TFUE rispetto ai principi della libera circolazione e della parità di trattamento dei lavoratori⁷³.
68. Lo stesso Parlamento europeo, in una risoluzione del 17 gennaio 1972 rilevava come la deroga del pubblico impiego abbia come scopo «probabile [...] quello di riservare ai propri cittadini l'esercizio effettivo dei poteri pubblici».
69. Né la direttiva né il regolamento contenevano disposizioni specifiche sul pubblico impiego. Nel considerare che precedono il regolamento, nel dichiarare il diritto dei lavoratori a «posarsi liberamente all'interno della Comunità per esercitare un'attività subordinata» si fanno salvi i limiti derivanti da «da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica» ovvero quelli citati nel comma 3 dell'articolo 45 TFUE mentre non v'è cenno del comma 4. Questa previsione, ben lontana dal conferire una disciplina precisa ed ora abrogata a decorrere dal 30 aprile 2006 dall'articolo 38 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 38 del 29 aprile 2004, come modificato dall'avviso di rettifica pubblicato nella G.U.C.E. n. 229 del 29 giugno 2004. Ugualmente, nella Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, il capo VI è dedicato alle «limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica», mentre nessuna disposizione tratta il limite di cui al comma 4 dell'art. 45.
70. Cfr. A. Sciorina, *Qualche osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario* (art. 48, par. 4, trattato CEE), in *Rivista italiana di diritto pubblico-comunitario*, 1994, 389.
71. Cfr. S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, fasc. n. 10, 1996, 915ss. Così Tribunale di Udine, sentenza 30 giugno 2016: «La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che la deroga prevista per le pubbliche amministrazioni (*c.d. public service exception*) è funzionale alla garanzia del rapporto di solidarietà che sussiste fra lo Stato e il cittadino, nonché alla reciprocità dei diritti e dei doveri che sono alla base del rapporto di cittadinanza (Corte di Giustizia, sent. 27 novembre 1991, in causa C-491)».
72. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 12 febbraio 1974, Sojuga c. Deutsche Bundespost C-152/73.
73. Al punto 11 della sentenza, infatti, la Corte ha argomentato che «il principio della parità di trattamento, enunciato sia nel Trattato, sia nel Regolamento 1612/68, vicia non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato» e che è «escluso che i criteri basati sul luogo d'origine o sulla residenza di un lavoratore possano, in determinate circostanze, avere gli stessi effetti pratici della discriminazione proibita dal trattato».

Il giudice europeo elabora, quindi, – ai “limitati fini” del diritto di accesso all’impiego pubblico – la necessità dell’applicazione di un duplice criterio, istituzionale e funzionale, al fine di restringere il più possibile la nozione di PA⁷⁴: pur rimanendo imprescindibile la natura giuridica pubblicistica del datore di lavoro, il discrimine in forza del quale può essere ritenuta legittima l’apposizione di limiti alla libera circolazione delle persone trova il proprio fondamento nell’esame caso per caso⁷⁵ della natura dei compiti e delle responsabilità che devono essere svolti nei singoli posti di lavoro⁷⁶. I pubblici poteri devono essere intesi come «l’incarnazione della sovranità dello Stato» e, come tali, consentono «ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi a cui i privati devono sottomettersi»⁷⁷.

La Corte individua, in questo modo, un nucleo di impieghi alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni sottratto all’ambito della libera circolazione dei lavoratori ed implicante «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». Ciò, perché,

dal regolamento 1612/68». Al punto 4, invece, viene precisato che il «carattere fondamentale che assumono nel sistema del Trattato i principi della libera circolazione e della parità di trattamento dei lavoratori» fa sì che «alle deroghe ammesse dal n. 4 dell’art. 48 non può essere attribuita una portata più ampia di quella connessa al perseguimento del loro specifico scopo». Cfr. anche sentenza del 3 giugno 1986, Commissione v. Francia, C-307/84, relativa al settore della sanità; sentenza del 3 luglio 1986, D. Lawrie-Blum v Land Baden – Württemberg, C-66/85; sentenza del 16 giugno 1987, Commissione v Italia, C-225/85, relativa al settore della ricerca condotta a fini civili; sentenza del 15 marzo 1989, G.B.C. Echternach v Minister van Onderwijs en Wetenschappen, C-389/87; sentenza del 27 novembre 1991, A.Bleis v. Ministère de l’Education nationale, C-4/91; Association de Soutien aux Travailleurs Immigrés (ASTI) v Chambre des employés privés C-213/90; Volker Steen v Deutsche Bundespost C-332/90, (1992); sentenza del 30 maggio 1989, Allué e Coonan v. Università degli Studi di Venezia, C-33/88 e C-259/91.

74. Cfr. B. Gagliardi, *Libertà di circolazione dei lavoratori, concorsi pubblici e mutuo riconoscimento dei diplomi*, in *Il foro amministrativo – Consiglio di stato* –, fasc. n. 4, 2010, 735; B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit.

75. L’approccio casistico implicito nella connotazione funzionalistica di Pubblica Amministrazione è fatto proprio dalla stessa giurisprudenza di merito nazionale che, nelle proprie sentenze, ha fatto riferimento a criteri materiali, relativi alle attribuzioni proprie del posto occupato nell’amministrazione ed alle attività realmente svolte dal titolare del posto stesso. Cfr. P. Pascucci, *Accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni*, in A. Baylos Grau – B. Caruso – M. D’Antona – S. Sciarra (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, cit., 392; M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Cedam, Torino, 1992, 111. Cfr. anche Tribunale di Udine, sentenza 30 giugno 2016; Tribunale di Lodi, sentenza 11 febbraio 2011; Tribunale di Milano, sentenza 11 gennaio 2010; Tribunale di Milano, sentenza 17 luglio 2009; Tribunale di Bologna, sentenza 7 settembre 2007; Tribunale di Firenze, sentenza 14 gennaio 2006; Tribunale di Imperia, sentenza 12 settembre 2006; Tribunale di Perugia, sentenza 6 dicembre 2006; Corte Appello di Firenze, sentenza 2 luglio 2002.

76. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 3 giugno 1986, Commissione c. Francia, C-307/84, paragrafo 12, che richiama la sentenza del 17 dicembre 1980, Commissione c. Belgio, C-149/79.

77. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 21 giugno 1974, Reyners c. Regno del Belgio, C-2/74.

solo limitatamente a tali ambiti, si presuppone in capo ai cittadini, «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»⁷⁸.

Tali criteri, secondo la giurisprudenza europea più recente, sono poi arricchiti da un ulteriore parametro: «per giustificare l'operatività dell'art. 45 paragrafo 4, infatti, l'esercizio di detti pubblici poteri non può essere meramente occasionale né può costituire una parte solo limitata dell'attività complessiva del lavoratore ma deve costituire una parte essenziale o comunque rilevante del suo ufficio»⁷⁹. È una declinazione del principio di proporzionalità, richiamato nelle conclusioni generali dell'Avvocato Generale nella C-270/13⁸⁰, per il quale ogni deroga alla libertà di circolazione delle persone e dei lavoratori impone che essa sia funzionale al perseguimento di interessi che prevalgono nel bilanciamento con il diritto alla non discriminazione nell'accesso ai pubblici uffici.

Questi gli elementi da tenere presente per legittimare la deroga all'accesso al pubblico impiego da parte degli stranieri. In loro assenza, una differenziazione tra cittadini e stranieri dal punto di vista del diritto di accesso a incarichi pubblici non può che assumere, come detto, una connotazione discriminatoria.

Al legislatore è certamente consentito dettare norme, non irragionevoli e non contrastanti con gli obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di stranieri extracomunitari in Italia. La non irragionevolezza sta nella necessità di trovare un buon equilibrio tra principi costituzionali che sembrano

78. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1980, Commissione c. Belgio, C-149/79, paragrafo 10. Rilevante, altresì quanto sostenuto dall'Italia nella causa C-283/99. Cfr. anche C. Licini, *Esercizio di pubbliche funzioni: la condizione di nazionalità fra libertà di circolazione e vincolo di cittadinanza*, nota a Corte di Giustizia 30 settembre 2003, n. 405, in *Notariato*, fasc. 11, 2004. In questo senso la Corte coerentemente consente agli Stati membri di riservare ai propri cittadini l'accesso alla qualifica di dirigente di ufficio tecnico e, a maggior ragione, gli impieghi nelle forze armate, la polizia e altre forze di mantenimento dell'ordine, le autorità giudiziarie e fiscali e il corpo diplomatico, mentre espone ad inevitabile censura le disposizioni nazionali che precludono ai lavoratori comunitari l'accesso a interi settori della pubblica amministrazione o dei servizi pubblici che non perseguono tali fini. Cfr. M. Jaeger, *La notion d'emploi dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4, du Traité CEE, à travers la jurisprudence de la Cour*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, 785.

79. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 10 settembre 2014, Haralambidis c. Casilli e Autorità Portuale di Brindisi e altri, C-270/13.

80. Secondo le indicazioni dell'Avvocato Generale nella C-270/13 occorrerebbe tenere conto di «I) la prossimità o la connessione delle attività esercitate riguardo ai suddetti poteri di imperium o di potestas; II) se il posto comporti il trattamento di questioni che attengono alla tutela di interessi nazionali di sicurezza; III) il livello di responsabilità in termini di superiorità di grado o di funzioni direttive o ispettive; IV) se questi poteri possano essere riconosciuti come esercitati dallo Stato; V) gli effetti di vasta portata o, al contrario, limitati che le attività che il posto comporta possono avere su altri individui; VI) se gli atti o le misure adottate dal titolare del posto producano conseguenze giuridiche immediate e dirette nei confronti di altri individui o se abbiano una natura meramente ausiliaria o preparatoria». Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 30 settembre 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contro Administración del Estado, C-405/01.

coesistere con difficoltà: i diritti fondamentali e ragioni di ordine pubblico e sicurezza.

La ricostruzione legislativa dimostra l'evidente spostamento dall'asse della solidarietà e della integrazione a quello della sicurezza e della discriminazione, leggendo le disposizioni costituzionali non in chiave di inclusione, bensì in chiave di esclusione.

7. Il volto costituzionale della partecipazione

La ricostruzione qui delineata in materia di stranieri e accesso all'impiego pubblico ha permesso di registrare una forte discrasia: la giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, rivela una generale tendenza a ridurre la distanza tra i lavoratori cittadini (italiani ed europei) e i lavoratori stranieri, avvalendosi della nozione di cittadinanza "partecipata"; la legislazione mostra maggiori resistenze, leggendo le disposizioni costituzionali alla luce delle ragioni di ordine pubblico e sicurezza⁸¹; la pubblica amministrazione, viste le numerose procedure bandite con la clausola di riserva, manifesta una chiusura⁸², dando per dominante una nozione di cittadinanza "amministrativa", collegata al modello inestetico dell'appartenenza⁸³.

La strada per il riconoscimento del diritto al lavoro dello straniero, allo stesso modo del cittadino, è comunque ormai aperta e avviata. Perché il processo di equiparazione si concluda, però, non bastano le decisioni dei giudici, per necessità rapsodiche e occasionali.

Come si è detto nelle prime parti di questo scritto, il carattere dignitario attribuisce al lavoro quella accezione di contributo alla costruzione della comunità che rende sfumati i confini tra diritto e dovere: concorrere, con il proprio lavoro (qualunque forma assuma), al progredire materiale e spirituale della vita sociale è un diritto – nella misura in cui permette lo sviluppo della persona umana – e, allo stesso tempo, un dovere – nella misura in cui permette l'arricchimento della comunità. Il valore "costituzionale" della partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese non può però essere rimesso al singolo individuo o, quando questi ne lamenta la lesione, all'autorità giudiziaria.

81. Ancorché la Corte costituzionale abbia affermato che il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale rappresenta «un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione». Così Corte cost., sentenza n. 22 del 2007, punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

82. O comunque si presenta «rigida, inefficiente e poco propensa a lottare contro le disegualtanze», secondo la qualificazione datane da S. Allievi – G. Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2016, 146.

83. Cfr. G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., 120.

La partecipazione – la c.d. cittadinanza “attiva” – è una politica sociale che deve essere costruita anche (e soprattutto) normativamente: presuppone un intervento di regolamentazione e di controllo e il rifiuto di un atteggiamento di disimpegno ovvero di semplice rinvio al privato da parte delle istituzioni pubbliche⁸⁴. È necessaria la “posizione”: è necessario che il legislatore scelga quale politica attuare, quale “posizione” assumere, non potendo rimettere tale scelta alla decisione caso per caso della giurisprudenza^{85 86}.

La ancora in corso crisi economica europea e le ondate terroristiche hanno certamente, in qualche modo, alimentato interventi legislativi rafforzati sull’asse della sicurezza e della discriminazione, e letture riduttive delle disposizioni costituzionali in chiave non di inclusione, bensì di esclusione⁸⁷. I ciclici dibattiti sulla nozione di cittadinanza e le varie proposte avanzate sono, in fondo, una testimonianza della dialettica tra atteggiamenti di chiusura, che vedono lo straniero come una *minaccia* dell’ordine statale stabilito – e dunque si appellano a un’idea ristretta di cittadinanza –, e atteggiamenti di apertura, che intendono lo straniero come una *risorsa* del sistema – e dunque si appellano a un’idea ampia di cittadinanza. Per evitare un “ritorno alle società chiuse”, dominate da paura, necessità ed esigenze di sicurezza, – o, peggio, la disgregazione cui naturalmente portano le differenze –, è necessario dare seguito a strumenti di coesione sociale⁸⁸: attraverso il riconoscimento di maggiori diritti

84. Cfr. A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, cit., 25.

85. «Queste norme [le disposizioni costituzionali], oggi, sembrano dimenticate, o meglio, è come se non fossero scritte; ma sono lì, e assicurano diritti, diritti costituzionali fondamentali; non si tratta di spirito di fratellanza, di generosa sollecitudine nei confronti dei fratelli bisognosi, si tratta di un preciso *dovere* dello Stato: si tratta di *diritti* non di elargizioni caritative». Così L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, cit., 57.

86. «Non va infatti dimenticato che il fattore forse più determinante del modo in cui si è costruito il meccanismo universale del Welfare State riguarda il legame indissolubile che associa la protezione sociale e la prevenzione delle insicurezze della vita a un programma politico generale di riduzione delle disuguaglianze. Questa correlazione denuncia in modo evidente la non possibilità per gli organi di indirizzo di sottrarsi all’adempimento dei doveri di solidarietà, direttamente ovvero nella forma della loro previsione ed incentivazione». Così A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, cit., 20, nt. 44.

87. Anche se studi ancora recenti continuano a sfatare il ritornello delle conseguenze dell’invadenza degli stranieri in economia, per cui ruberebbero il lavoro agli italiani, drenerebbero le risorse di welfare e avrebbero contribuito alla stagnazione che affligge da anni il nostro paese. Cfr., da ultimo, S. Allievi – G. Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull’immigrazione*, cit., 26, i quali dimostrano con dati come «alti tassi di immigrazione possono convivere con alti tassi di sviluppo» e avvertono che «il problema, semmai, sarà quello di coinvolgere gli immigrati nel processo di modernizzazione del sistema sociale ed economico del paese. Perché sono proprio loro le prime vittime dello scarso valore che hanno in Italia la concorrenza e il merito, privi come sono di protezioni politiche e di supporto familiare».

88. Cfr. Q. Camerlengo, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2, 2015.

ai non cittadini, ma anche attraverso l'attribuzione a questi ultimi, una volta regolarmente soggiornanti sul territorio, della possibilità di diventare soggetti attivi di partecipazione nella comunità cui chiedono di appartenere⁸⁹. È necessario cercare di raggiungere una misura minima di omogeneità sociale, non nel senso della omologazione⁹⁰, ma nel senso della minima partecipazione attiva alla vita sociale.

L'accesso al lavoro, non solo privato ma anche pubblico, è uno dei mezzi più importanti per realizzare tale obiettivo, in quanto fattore di legittimazione e chiave di inserimento nel paese in cui lo straniero si sposta.

Il fatto che sia un diritto "condizionato" dal contesto economico non consente che siano accettate politiche e scelte delle pubbliche amministrazioni volte a riservare le scarse risorse disponibili al cittadino (italiano ed europeo) e dare pertanto a loro precedenza nel soddisfacimento del diritto: ciò vorrebbe dire essere di fronte, come è stato detto, «a una decostituzionalizzazione accompagnata da una ricostituzionalizzazione in termini economici»⁹¹. Dalla Costituzione, al contrario, se si vuole valorizzare il duplice significato dell'accesso al lavoro, discende l'esistenza di un interesse pubblico alla promozione della

89. Suggestisce la necessità, ai fini della integrazione, di ripensare il modello di cittadinanza. F. Macioce, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, cit., 159 e 179 - 189: «Il modello ascrivivo della cittadinanza, secondo il quale essa è l'instaurazione di un rapporto verticale tra lo Stato e il singolo (rapporto positivo, con il cittadino, o negativo, con lo straniero), è infatti del tutto inadeguato a garantire l'integrazione sociale, che per contro non può essere in nessun modo ridotta al rapporto che i singoli hanno con lo Stato, essendo invece relativa all'insieme dei rapporti che gli individui hanno fra loro»: «[...] il legame sociale è costituito dai cittadini, da coloro che si vincolano ad una comunità per garantire, in essa, la propria libertà e autonomia. Ma se è così, se gli individui-cittadini costituiscono il legame sociale, se insomma non è la comunità sociale a fare dei cittadini quello che sono [...] ma al contrario i cittadini costituiscono la comunità per quel che è, non si capisce a quale titolo gli stranieri stabilmente residenti non possano godere di tale status. Se la comunità non preesiste agli individui, anche gli stranieri ne possono rappresentare un elemento costituente, e anche essi necessariamente vi appartengono, o vi dovrebbero appartenere [...]».

90. Sembra potersi leggere la distinzione tra omogeneità e omologazione nelle parole con cui G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, il Mulino, Bologna, 2013, 81-83, descrive la difficile coesistenza tra due concetti di eguaglianza, quello formale (di cui al Primo Emendamento, ma anche al primo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione) e quello sostanziale (di cui al Tredicesimo, Quattordicesimo e Quindicesimo Emendamento, ratificati dopo la Guerra civile, ma anche al secondo comma del nostro art. 3): nel primo caso «l'uguaglianza [...] implica che si possa rimanere tutti diversi e che, stante questa diversità, tutti si abbia la stessa dignità»; nel secondo caso, invece, «la rimozione degli ostacoli che rendono qualcuno diverso dagli altri (e quindi meno eguale) imprime una spinta alla omologazione verso un modello che è quello del gruppo dominante. L'uguaglianza [del primo caso] è quella a cui si aspira, l'ambizione ultima [...]. L'uguaglianza [del secondo caso] interviene per quelle categorie di cittadini che sarebbero meno uguali degli altri e che devono essere aiutate ad assimilarsi, il che, però, significa che esiste un modello di soggetto o di comunità dominante a cui gli altri devono gradualmente tendere. Il [primo] incarna l'uguaglianza nella varietà, nella differenza; [il secondo] rappresent[er]a l'uguaglianza dell'assimilazione».

91. Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., 78.

occupazione, un'occupazione che consenta il pieno inserimento dell'individuo in un flusso di relazioni sociali: pieno inserimento che allude sì al cittadino, ma a un'idea di cittadino che va oltre i confini stretti della nazionalità.

L'accesso dello straniero regolarmente soggiornante al pubblico impiego non pretende di risolvere i problemi di occupazione, tanto meno i problemi di integrazione degli stranieri. Ma, può essere una via attraverso cui, nel solco delle disposizioni costituzionali, rendere palese un atteggiamento di apertura da parte dello Stato e accentuare la non riducibilità dello stato sociale a una connotazione assistenziale, ove gli individui, titolari di diritti, ne "attendono", quali soggetti passivi, il riconoscimento e la concretizzazione.