



UNIONE
EUROPEA



MINISTERO
DELL'INTERNO

FONDO ASILO, MIGRAZIONE E INTEGRAZIONE 2014-2020
OS2. INTEGRAZIONE / MIGRAZIONE LEGALE – ON3. CAPACITY BUILDING - LETT. L) CONTRASTO ALLE DISCRIMINAZIONI
PROG 396 NODISCRIMINATION MARCHE

CONCORSI PUBBLICI E CITTADINI STRANIERI: LA REDAZIONE DI BANDI NON DISCRIMINATORI

Vademecum



Partners



Con la
collaborazione
di



CONCORSI PUBBLICI E CITTADINI STRANIERI: LA REDAZIONE DI BANDI NON DISCRIMINATORI

Vademecum

Documento realizzato da Francesca Comanducci per conto dell'Università di
Urbino Carlo Bo nell'ambito del progetto "No Discrimination Marche"

Fondo Asilo Migrazione Integrazione 2014-2020
OS 2 Integrazione / Migrazione legale
ON3 Capacity Building -- lett. I) Contrasto alle discriminazioni
PROG 396 No Discrimination Marche

Documento chiuso il 15 marzo 2018

CONCORSI PUBBLICI E CITTADINI STRANIERI: LA REDAZIONE DI BANDI NON DISCRIMINATORI

Indice

1. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI LIBERA CIRCOLAZIONE E DI PARITÀ DI TRATTAMENTO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI	
1. La libera circolazione dei lavoratori e il divieto di discriminazioni nell'ordinamento europeo	
1.1. La libera circolazione dei cittadini europei ai sensi dell'art. 45, comma 4, del TFUE	p. 3
1.2. La parità di trattamento e divieto di discriminazione dei cittadini di Paesi terzi secondo le direttive europee	p. 3
2. Il principio di parità di trattamento nell'ordinamento internazionale	p. 6
2. L'ACCESSO AL PUBBLICO IMPIEGO DEI CITTADINI STRANIERI SECONDO L'ORDINAMENTO EUROPEO	
1. La giurisprudenza della Corte di giustizia europea	p. 7
2. Le Comunicazioni della Commissione europea	p. 8
3. L'ACCESSO AL PUBBLICO IMPIEGO DEI CITTADINI STRANIERI IN ITALIA	
1. L'accesso al lavoro pubblico dei cittadini europei	p. 10
2. L'accesso al lavoro pubblico dei cittadini di Paesi terzi	p. 11
2.1 Il divieto di accesso agli impieghi pubblici stabilito da norme di legge	p. 11
2.2 L'apertura giurisprudenziale degli impieghi nelle amministrazioni pubbliche	p. 13
4. LA LEGGE EUROPEA 2013 E LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DI ACCESSO ALLE SELEZIONI PUBBLICHE	
1. La Legge europea 2013 e la riforma dell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001	p. 15
5. LA REDAZIONE DI BANDI DI CONCORSO LEGITTIMI E NON DISCRIMINATORI	
1. La predisposizione e i requisiti del provvedimento amministrativo.....	p.17
2. L'impiego pubblico oggetto del bando di selezione: novità in merito ai criteri per stabilire i posti da riservare ai cittadini italiani	p. 18
3. I soggetti che possono partecipare ai bandi di concorso: un quadro consolidato?	p. 22
6. MODELLO DI BANDO DI CONCORSO PER LA SELEZIONE DEL PERSONALE NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE.....	p. 26
Bibliografia	p. 29

1. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI LIBERA CIRCOLAZIONE E DI PARITÀ DI TRATTAMENTO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

1. LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI E IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO

1.1. La libera circolazione dei cittadini europei ai sensi dell'art. 45, comma 4, del TFUE

Al fine di realizzare un mercato comune senza frontiere interne e favorire il processo di integrazione europea, nel 1957 il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE) ha introdotto due principi fondamentali in materia di discriminazioni ed accesso al lavoro.

Nello specifico, l'art. 12 del TCE (attualmente divenuto art. 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE) ha sancito che nel campo di applicazione dei trattati europei, è vietata ogni discriminazione in ragione della nazionalità.

Analogamente, l'art. 39 del TCE (attualmente divenuto art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE, da ora in poi art. 45 del TFUE), ha riconosciuto il principio di libera circolazione dei lavoratori all'interno degli Stati membri dell'Unione europea abolendo qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori europei, per quanto attiene l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. Pertanto, in via generale, è stato sancito il diritto alla parità di trattamento del lavoratore comunitario migrante rispetto al lavoratore nazionale in materia di accesso e condizioni nel mercato del lavoro.

Tuttavia, l'art. 45, comma 4, del TFUE ha previsto che le disposizioni sulla libera circolazione non si applicano agli impieghi nella pubblica amministrazione. Facendo espresso richiamo di tale comma, gli Stati membri, ancorati a forti egoismi nazionali, hanno riservato a lungo il mercato del lavoro pubblico ai propri cittadini interpretando in senso ampio la nozione di “impieghi nella pubblica amministrazione”. Infatti, secondo questi, qualsiasi posto di lavoro pubblico rientrava in tale nozione.

Di conseguenza, la libertà di circolazione nel settore pubblico è rimasta per decenni fortemente limitata. Ma, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, la Corte di giustizia europea, adita sia dai giudici nazionali nell'ambito di ricorsi intentati da cittadini stranieri esclusi dalle selezioni pubbliche sia dalla Commissione europea ogni qualvolta riscontrava una distorta applicazione delle norme europee, ha iniziato progressivamente a farsi garante di tale principio e del suo rispetto all'interno di ciascun Stato membro.

1.2. La parità di trattamento e divieto di discriminazione dei cittadini di Paesi terzi secondo le direttive europee

Nell'ordinamento europeo ha iniziato progressivamente a maturare la necessità di garantire ai cittadini di Paesi terzi diritti quanto più simili a quelli di cui beneficiavano i cittadini

dell'Unione ravvicinando lo *status* giuridico degli stranieri extracomunitari, purché regolarmente soggiornanti negli Stati membri, a quello degli europei¹. La libertà di circolazione non doveva più essere un diritto esclusivo dei cittadini europei. Pertanto, nel rispetto delle competenze spettanti all'ordinamento europeo in materia di immigrazione, sono state adottate alcune direttive europee in materia di parità di trattamento e libera circolazione a beneficio degli stranieri, europei ed extracomunitari.

In particolare, con l'art. 2 della Direttiva n. 2000/43/CE² è stato specificato il principio della parità di trattamento nonché il divieto di discriminazioni dirette o indirette a causa della razza o dell'origine etnica.

Questo articolo ha chiarito che si verifica una *discriminazione diretta* quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Si ha invece una *discriminazione indiretta* quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Come ha specificato la Corte di giustizia nella sentenza *Pilar Allue e Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia* del 1989, le discriminazioni indirette costituiscono discriminazioni "dissimulate", ossia discriminazioni che, pur fondandosi su criteri diversi da quello della cittadinanza, pervengono al risultato di negare la parità di trattamento dei cittadini lavoratori tra quelli appartenenti allo Stato membro e quelli provenienti da altri Stati³. Nel caso di specie, la Corte si è espressa contro la normativa italiana che prevedeva una limitazione della durata del rapporto di lavoro fra i lettori di lingua straniera e le Università, la quale invece non era prevista per i cittadini nazionali.

L'art. 3 della Direttiva n. 2000/43/CE ha altresì precisato che i principi contenuti nella stessa direttiva si applicano a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene, ad esempio:

- le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia indipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo d'attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione;
- all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione.

Con le successive direttive sono stati individuati i soggetti verso i quali operano il divieto di discriminazione e, in senso più ampio, il principio di uguaglianza.

Quindi, la Direttiva n. 2003/109/CE⁴ ha sancito, all'art. 11, che il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda sia il diritto di

¹ Si v. Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere (SN 200/99), 15-16 ottobre 1999, punto 3 e 21, in www.europa.eu.int.

² Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

³ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 1989, C-33/88, *Pilar Allue e Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia*, in *Racc.* 1989, p. 1591.

⁴ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma, purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, sia le condizioni di assunzione e lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione.

Analogamente, l'art. 24 della Direttiva n. 2004/38/CE⁵, oltre a ribadire che ogni cittadino europeo risiedente nel territorio dello Stato membro ospitante gode del diritto di parità di trattamento rispetto ai cittadini del medesimo Stato, ha esteso il beneficio di tale diritto ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente. A tal riguardo, secondo l'art. 2 della medesima direttiva, sono considerati familiari il coniuge del migrante, il partner che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata in uno Stato membro ospitante, i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni a carico e quelli del coniuge, gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge.

Infine, la Direttiva n. 2004/83/CE⁶ ha disposto, all'art. 26, commi 1 e 3, che gli Stati membri autorizzino i beneficiari dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria ad esercitare un'attività dipendente o autonoma compresi gli impieghi nella pubblica amministrazione, non appena sia stato loro riconosciuto lo *status* di rifugiato ovvero di protezione sussidiaria. Similmente, la medesima direttiva, con l'art. 22 ha previsto che i familiari del beneficiario dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, che individualmente non avrebbero diritto a tale *status* o protezione, siano ammessi a beneficiare del diritto di accesso all'occupazione, all'istruzione, all'alloggio, all'assistenza sociale e sanitaria.

In breve

L'Unione Europea:

- Vieta in materia di accesso al mercato del lavoro ogni discriminazione in ragione della nazionalità, art. 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE,
- Riconosce il diritto alla parità di trattamento del lavoratore comunitario migrante rispetto al lavoratore nazionale in materia di accesso e condizioni nel mercato del lavoro, art. 45 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE,
- Ha intrapreso a partire dagli anni '80 un'attività di garanzia della parità di trattamento del lavoratore comunitario anche per il pubblico impiego.

L'Unione europea ha progressivamente esteso la parità di trattamento dei lavoratori e il divieto di discriminazione anche ai cittadini extracomunitari. Nello specifico:

- Enuncia il principio della parità di trattamento nonché il divieto di discriminazioni dirette o indirette a causa della razza o dell'origine etnica (art. 2 della Direttiva n. 2000/43/CE).

⁵ Direttiva n. 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.

⁶ Direttiva n. 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Tale direttiva è stata abrogata dalla direttiva n. 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

- Precisa che i principi di parità e non discriminazione si applicano a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato e che indicano i criteri di selezione, assunzione, retribuzione e licenziamento (art. 3 della Direttiva n. 2000/43/CE).
- Individua i soggetti a cui è garantito il principio di uguaglianza: il soggiornante di lungo periodo per l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma (art. 11 della Direttiva n. 2003/109/CE); i familiari del lavoratore migrante non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente (art. 24 della Direttiva n. 2004/38/CE); cittadini extracomunitari beneficiari dello status di rifugiati o protezione sussidiaria e loro familiari (art. 22-26 della Direttiva n. 2004/83/CE).

2. IL PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

Con l'intensificarsi del processo di globalizzazione ed integrazione internazionale, la parità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori stranieri ha iniziato ad assumere connotati sempre più sovranazionali.

Difatti, nel 1975, è stata sottoscritta la Convenzione sulla tutela dei lavoratori migranti n. 143 dell'Organizzazione internazionale del Lavoro che, all'art. 10, ha introdotto l'obbligo per ciascun Stato firmatario di promuovere e garantire la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per i lavoratori migranti o familiari degli stessi che si trovino legalmente sul territorio.

2. L'ACCESSO AL PUBBLICO IMPIEGO DEI CITTADINI STRANIERI SECONDO L'ORDINAMENTO EUROPEO

1. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

La mancata ammissione dei cittadini europei alle selezioni per l'accesso al lavoro pubblico e, di conseguenza, la permanenza del requisito della nazionalità hanno caratterizzato i primi decenni della seconda metà del XX secolo. L'intensificarsi della prassi di sottrarre qualsiasi posto pubblico dall'applicazione del principio di libera circolazione ha spinto la giurisprudenza europea ad intervenire per circoscrivere il perimetro di tale prassi. Così, a partire dagli anni Ottanta, la Corte di giustizia, chiamata a tutelare i cittadini europei ingiustamente esclusi dalle selezioni pubbliche, ha elaborato una nozione di "impieghi nelle pubbliche amministrazioni" che fosse valida per tutti gli Stati membri⁷.

Nella sentenza, *Commissione c. Regno del Belgio* del 1980, in cui la Commissione europea contestava l'inserimento del requisito della nazionalità belga nei bandi di concorsi indetti dalle Ferrovie nazionali e dal Comune di Bruxelles, la Corte di giustizia ha chiarito che costituiscono impieghi pubblici non sottoposti al principio di libera circolazione dei lavoratori tutti quei posti che «implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche». Si tratta di impieghi che presuppongono «da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità di diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza⁸».

Con queste sentenze la Corte ha invitato gli Stati a riservare l'accesso ai posti nelle pubbliche amministrazioni, o in enti di diritto pubblico, ai cittadini nazionali solo dopo aver verificato se si tratta di posti che rientrano nella nozione di "impieghi nelle pubbliche amministrazioni" di cui all'art. 45, comma 4, del TFUE. Quindi, al fine di una selezione da espletare solo tra cittadini nazionali, occorre che vengano soddisfatti due criteri: il primo è quello secondo cui l'impiego deve comportare l'esercizio, sia pure indiretto, di pubblici poteri; il secondo invece, è che deve riguardare la tutela degli interessi generali dello Stato o delle pubbliche collettività.

Come hanno dichiarato in seguito la giurisprudenza europea, l'individuazione di tale nozione mira ad impedire che «l'effetto utile e la portata delle disposizioni dei Trattati relative al principio di libera circolazione e alla parità di trattamento dei cittadini di tutti gli Stati membri [siano] limitate da interpretazioni della nozione di pubblica amministrazione tratte dal solo diritto nazionale e che ostino all'applicazione del diritto comunitario⁹».

⁷ Con riguardo alla giurisprudenza europea in materia di cittadinanza e accesso al lavoro pubblico, si v. in dottrina si v. G. DELLA CANANEVA, *Pubblico impiego e diritto comunitario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1996, p. 224 ss.; B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012; M. GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, n. 2, p. 7 ss.

⁸ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1980, C-149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, 1980, p. 3881, punto 10 della motivazione.

⁹ Corte di giustizia del 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*, in *Racc.*, 1996, p. I-3207.

I giudici europei sono tornati più volte a pronunciarsi sulla questione, sia nell'ambito delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea, che in via pregiudiziale, definendola e disciplinandola sempre più nello specifico. Nella sentenza *Lawrie-Blum c. Land Baden - Württemberg* del 1986, è stato specificato che i criteri sopra individuati sono cumulativi, ossia devono entrambi ricorrere affinché gli Stati possano legittimamente limitare l'accesso ai titolari della cittadinanza nazionale¹⁰.

I giudici europei non hanno predisposto un elenco ovvero una precisa individuazione dei posti o delle funzioni che possono essere riservate ai cittadini nazionali, piuttosto hanno preferito decidere, volta per volta, quali impieghi rientravano o meno nella eccezione di cui all'art. 45, comma 4, citato. Quindi, sono stati ritenuti accessibili anche agli stranieri, i posti da: ispettore capo, guardiano notturno, architetto¹¹, dipendenti di poste e società di trasporto, infermiere¹², insegnante, lettore di lingua straniera nelle Università¹³ e di ricercatore negli enti statali di ricerca¹⁴.

2. LE COMUNICAZIONI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

Al fine di verificare la corretta applicazione dei principi fissati dalla giurisprudenza europea, correggere l'errata interpretazione dell'eccezione contenuta nell'art. 45, comma 4, del TFUE ed eliminare altresì le restrizioni fondate sulla cittadinanza, la Commissione ha adottato nel 1988 un'importante Comunicazione intitolata "*Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia d'applicazione dell'art. 48 paragrafo 4 del Trattato CEE*"¹⁵.

In tale comunicazione, le attività delle pubbliche amministrazioni sono state suddivise in "*attività specifiche della funzione pubblica nazionale*" ed "*attività interessate all'azione nel settore dei servizi pubblici*" e per ogni gruppo di tali attività, la Commissione ha spiegato se e quando era possibile inserire la cittadinanza nazionale quale requisito di accesso nei bandi pubblici.

Rientrano nelle "*attività specifiche della funzione pubblica nazionale*":

- forze armate, polizia e altre forze dell'ordine pubblico;
- magistratura;
- amministrazione fiscale;
- diplomazia;

¹⁰ Si v. Corte di giustizia, sentenze del 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden - Württemberg*, in *Racc.*, 1986, p. 2121, punto 27; del 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 1987, p. 2625, punto 9 della motivazione; del 27 novembre 1991, C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale*, in *Racc.*, 1991, p. I-5627.

¹¹ Corte di giustizia, sentenza del 26 maggio 1982, C-149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, 1982, punto 8 della motivazione.

¹² Corte di giustizia, sentenza del 3 giugno 1986, 307/84, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Racc.* 1986, p. 1725 ss.

¹³ Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 1989, C-33/88, *Allué*, in *Racc.*, 1989, p. 1591 ss.

¹⁴ Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Italia*, cit.

¹⁵ Comunicazione della Commissione su "*Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia d'applicazione dell'art. 48 paragrafo 4 del Trattato CEE*", n. 88/C 72/02, in GUCE C72, del 18 marzo 1988, p. 2 ss.

- impieghi nei ministeri statali;
- impieghi nei governi regionali;
- impieghi nelle collettività territoriali;
- impieghi nelle banche centrali.

Ad avviso della Commissione, è possibile subordinare l'accesso al requisito della cittadinanza solo per gli impieghi che, all'interno delle amministrazioni sopra citate, consistono in un'attività rientrante in un potere pubblico giuridico dello Stato o di altra persona di diritto pubblico, come ad esempio l'elaborazione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione e la tutela degli organi dipendenti.

Quanto alle *“attività interessate all'azione nel settore dei servizi pubblici”*, non serve la cittadinanza nazionale per l'accesso agli impieghi negli enti incaricati della gestione dei seguenti servizi:

- i servizi commerciali (come il trasporto pubblico, la distribuzione dell'elettricità o del gas, le poste e le telecomunicazioni);
- i servizi operativi nel settore della sanità pubblica;
- l'istruzione nelle scuole pubbliche;
- la ricerca in istituti pubblici.

Successivamente, la Commissione, in una Comunicazione del 2002, ha specificato ulteriormente che tra le *“attività specifiche della funzione pubblica”*, ove può essere previsto il requisito della cittadinanza nazionale, non rientrano le attività di consulenza tecnica e di manutenzione. Peraltro, anche all'interno delle attività consistenti nella preparazione degli atti giuridici-legislativi, nell'attuazione di tali atti, nel controllo sulla loro applicazione e nel controllo degli organismi subordinati ci sono impieghi che devono essere resi accessibili anche ai lavoratori stranieri. A titolo esemplificativo, secondo la Commissione non dovrebbe essere riservato ai cittadini nazionali dello Stato membro il posto del funzionario che contribuisce alla preparazione delle decisioni sulle autorizzazioni a edificare, e che dunque svolge funzioni meramente *“ausiliarie o preparatorie”* amministrative, senza però assumere la titolarità del potere pubblico¹⁶.

In breve:

- La Corte di Giustizia europea a partire dagli anni'80 è intervenuta per tutelare i cittadini comunitari ingiustamente esclusi dalle selezioni pubbliche di uno stato membro.
- Nel 1988 viene adottata la Comunicazione *“Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia d'applicazione dell'art. 48 paragrafo 4 del Trattato CEE”*

¹⁶ Comunicazione della Commissione su *“Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità”*, dell'11 dicembre 2002, doc. COM(2002) 694, p. 21.

3. L'ACCESSO AL PUBBLICO IMPIEGO DEI CITTADINI STRANIERI IN ITALIA

1. L'ACCESSO AL LAVORO PUBBLICO DEI CITTADINI EUROPEI

L'ordinamento nazionale ha circoscritto l'accesso alla funzione pubblica ai soli titolari della cittadinanza italiana in ragione di quanto disposto dall'art. 51 Cost. secondo cui «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge».

Al fine di adeguarsi ai principi elaborati dalla Corte di giustizia, e più in generale al diritto europeo, il legislatore ha disposto la parziale apertura del lavoro nelle pubbliche amministrazioni ai cittadini europei. La recezione di questi principi è avvenuta ad opera dell'art. 37 del D.Lgs. n. 29/1993 (*Testo unico sul pubblico impiego*), confluito successivamente nell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001, secondo cui i lavoratori degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere a quei posti che non implicano esercizio, diretto o indiretto, di pubblici poteri ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale. Tale principio è stato ripreso dall'art. 2 del d.P.R. n. 487/1994 che ha previsto la cittadinanza italiana tra i requisiti generali per accedere agli impieghi civili pubblici, specificando che questa non è però richiesta per i soggetti appartenenti all'Unione europea, quando si tratta di posti o funzioni individuate appositamente dal d.P.C.M. n. 174/1994.

Nell'elaborare queste norme il legislatore italiano ha dunque equiparato i cittadini europei a quelli italiani, seppur entro certi limiti. Infatti, secondo l'art. 1, comma 1, del d.P.C.M. citato, non può prescindersi il possesso della cittadinanza italiana, per:

- a) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, individuati ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 29/1993, nonché i posti dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni;
- b) 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;
- c) i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché i posti degli avvocati e procuratori dello Stato;
- d) i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa, del Ministero delle finanze e del Corpo forestale dello Stato, salvo i posti a cui si accede in applicazione dell'art. 16 della Legge n. 56/1987.

Diversamente, l'art. 2 dello stesso d.P.C.M. ha individuato le funzioni da riservare ai possessori della cittadinanza italiana:

- funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi;
- funzioni di controllo di legittimità e di merito.

2. L'ACCESSO AL LAVORO PUBBLICO DEI CITTADINI DI PAESI TERZI

2.1 Il divieto di accesso agli impieghi pubblici stabilito da norme di legge

L'esercizio delle funzioni pubbliche è stato tradizionalmente riservato ai cittadini dell'ordinamento nazionale in quanto la cittadinanza rappresentava una valida garanzia della fedeltà e del patriottismo dei pubblici funzionari; tuttavia nel corso del XX secolo il legislatore ha previsto delle eccezioni al requisito della nazionalità¹⁷.

Infatti, il Concordato fra Santa sede e l'Italia, stipulato nel 1929 nell'ambito dei Patti Lateranensi, prevedeva all'art. 5 che «Nessun ecclesiastico può essere assunto o rimanere in un impiego od ufficio dello Stato italiano o di enti pubblici dipendenti dal medesimo senza il nulla osta dell'Ordinario diocesano». In caso di revoca del nulla osta, l'ecclesiastico non poteva continuare ad esercitare l'impiego o l'ufficio assunto. Questa norma riguardava la possibilità di ricoprire un ufficio pubblico, in particolar modo l'insegnamento.

L'art. 4 della Convenzione di amicizia e buon vicinato fra Italia e Repubblica di San Marino, a cui è stata data esecuzione con la Legge n. 1320/1939, stabiliva che i cittadini di ciascuno dei due Stati erano ammessi nel territorio dell'altro all'esercizio di qualsiasi industria, commercio, professione o arte, e potevano accedere a qualsiasi pubblico impiego a parità di condizioni con i lavoratori nazionali.

Non da meno, secondo la Legge n. 188/1953, prima, e Legge n. 1175/1958, poi, potevano essere stranieri i lettori e i docenti universitari.

Dopo qualche decennio, l'art. 9, comma 4, della Legge n. 39/1990 (*Legge Martelli*), ha riconosciuto la possibilità di impiegare cittadini stranieri in qualità di infermieri in unità sanitarie locali, enti e case di cura private convenzionate tramite contratti biennali rinnovabili. Seppur questa norma sia stata abrogata, una disposizione simile è stata riaffermata recentemente dall'art. 22 della Legge n. 189/2002 (*Legge Bossi-Fini*) che, nel prevedere la modifica dell'art. 27, comma 1, del D.Lgs. n. 286/1998, ha disposto l'ingresso nel Paese per motivi di lavoro degli infermieri professionali assunti presso le strutture sanitarie pubbliche e private, senza che questi siano sottoposti alla disciplina dei flussi migratori. L'apertura allo straniero del settore sanitario è stata dettata dalla necessità di coprire posti di lavoro, anche nella settore pubblico, per i quali l'offerta interna non era una sufficiente.

Fermo restando i casi sopra descritti, lo straniero extracomunitario non vantava il diritto di lavoro nelle amministrazioni pubbliche. La volontà di escludere lo straniero non europeo è stata confermata in occasione della recezione dei principi di parità di trattamento tra lavoratori e divieto di discriminazioni verso i cittadini di Paesi terzi previsti dall'ordinamento internazionale e dalle direttive europee¹⁸.

Infatti, l'art. 2, comma 3, del D.Lgs. n. 286/1998 (*Testo unico sull'immigrazione*), nel recepire l'art. 10 della Convenzione OIL n. 143/1975, ha affermato che la Repubblica italiana

¹⁷ Per un approfondimento in merito alle eccezioni al requisito della cittadinanza nazionale e lo svolgimento di funzioni pubbliche a partire dal Medioevo fino alla seconda metà del XX secolo, si v. S. CASSESE, *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 89 ss.; M. GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, n. 2, p. 10-24.

¹⁸ Quanto ai principi di parità di trattamento tra lavoratori e di divieto di discriminazioni a livello europeo ed internazionale, si veda cap. 1, par. 1.2 e 2.

garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

Questo decreto legislativo ha altresì disposto, all'art. 43, che costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica.

L'art. 11 della Direttiva n. 2003/109/CE è stato riprodotto dall'art. 11, comma 3, del D.Lgs. n. 3/2007 nella parte in cui ha previsto che, con riferimento ai soggetti con permesso di soggiorno di lungo periodo, gli Stati membri possono fissare limitazioni di accesso al lavoro subordinato o autonomo ove la legislazione nazionale o comunitaria riserva delle attività ai cittadini nazionali o europei, purché trattarsi di limitazioni connesse a determinate attività o ad esigenze oggettive e definite.

L'art. 19 del D.Lgs. n. 30/2007, che invece ha recepito l'art. 24 della Direttiva n. 2004/38/CE, ha riconosciuto ai cittadini europei e ai loro familiari stranieri il diritto di esercitare qualsiasi "attività economica autonoma o subordinata" nel territorio dello Stato, fatta eccezione per le attività che la legge riserva ai cittadini italiani. Se muniti di permesso di soggiorno permanente, essi godono del principio di parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani. In piena conformità con quanto stabilito dal diritto europeo, l'art. 2 del D.Lgs. citato ha qualificato come familiare il coniuge del migrante, il partner che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata in uno Stato membro ospitante, i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni a carico e quelli del coniuge, gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge.

Infine, il D.Lgs. n. 251/2007 ha dato esecuzione alla Direttiva 2004/83/CE introducendo, all'art. 25, il diritto di accesso al pubblico impiego, con le modalità e limitazioni previste per i cittadini europei, al titolare dello *status* di rifugiato politico e dello *status* di protezione sussidiaria. All'art. 22, comma 2, il decreto ha invece disposto che i familiari extracomunitari del titolare dello *status* di protezione internazionale presenti sul territorio nazionale abbiano i medesimi diritti riconosciuti al familiare titolare dello *status* di protezione internazionale. Come ha chiarito l'art. 2 del medesimo D.Lgs., la protezione internazionale comprende lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria.

Pertanto, a fronte dei numerosi interventi legislativi avvenuti nel 2007, solo ai soggetti titolari dello *status* di rifugiato ovvero di protezione sussidiaria è stato riconosciuto in maniera esplicita il diritto di partecipare alle selezioni per il pubblico impiego, secondo le modalità e nei casi previsti per i cittadini europei. Lo stesso diritto è stato altresì esteso ai familiari extracomunitari del cittadino titolare dello *status* di protezione internazionale presente nel territorio nazionale.

A questi interventi non ha fatto, tuttavia, seguito alcuna riforma dell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001 ossia dell'articolo che disciplina, con riferimento alla cittadinanza, i requisiti necessari per prestare attività lavorativa nelle amministrazioni pubbliche.

2.2. L'apertura giurisprudenziale degli impieghi nelle amministrazioni pubbliche

Nonostante la disposizione contenuta nell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001 non consentisse ai lavoratori extracomunitari la possibilità di partecipare alle selezioni del pubblico impiego, molti cittadini stranieri hanno impugnato i bandi di selezione nella parte in cui restringevano l'accesso ai cittadini italiani ed europei. I giudici, chiamati a pronunciarsi sulla natura discriminatoria di tali bandi, hanno interpretato in modo differente la questione sottoposta, dando così origine a due contrapposti indirizzi giurisprudenziali.

L'orientamento che inizialmente ha prevalso è stato quello sostenuto dalla maggior parte della giurisprudenza amministrativa¹⁹, dal Dipartimento della Funzione pubblica²⁰ e dal Consiglio di Stato in funzione consultiva²¹. Questi si sono espressi a favore dell'esclusione dei cittadini stranieri non europei. In particolare la Corte di cassazione, nella sentenza n. 24170/2006, chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità esclusione di un cittadino albanese dalle liste riservate ai disabili per l'accesso anche al lavoro pubblico ai sensi della Legge n. 68/1999, è stato sottolineato come l'impiego pubblico costituisca una *species* del lavoro subordinato, contrassegnato da elementi di peculiarità posti dagli artt. 97 e 98 Cost., quali la necessità del concorso pubblico ed il principio secondo cui gli impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione²².

Indirizzo completamente opposto quello sostenuto dalla maggior parte dei giudici ordinari che hanno giudicato discriminatori alcuni bandi che prevedevano il possesso della cittadinanza italiana ed europea. Salvo gli impieghi connessi all'esercizio di pubblici poteri, ove l'accesso è precluso anche ai cittadini europei, l'ammissione dei cittadini di Paesi terzi è stata consentita in virtù della prevalenza della disciplina antidiscriminatoria, contenuta in fonti normative primarie (D.Lgs. n. 286/1998, n. 3/2007, n. 30/2007 e n. 251/2007) rispetto alle norme che prevedono il requisito della cittadinanza, contenute nel d.P.R. n. 487/1994 e nel d.P.C.M. n. 174/1994, quali fonti normative secondarie²³. Inoltre, alcuni giudici ordinari hanno riconosciuto il diritto di accesso facendo espresso richiamo degli artt. 11 del D.Lgs. n. 3/2007 e 19 del D.Lgs. n. 30/2007 nella parte in cui rispettivamente riconoscono ai soggiornanti di lungo periodo, il primo, e ai familiari stranieri dei cittadini europei muniti di regolare permesso di soggiorno, il secondo, di svolgere attività lavorativa nel territorio dello Stato, fatta eccezione per quelle che la legge riserva ai cittadini italiani²⁴.

¹⁹ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, 23 maggio 1984, n. 488, in *Foro amm.*, 1984, p. 213; Tar Piemonte, Sez. I, 12 maggio 1994, n. 252, in *Riv. giur. scuola*, 1995, p. 289; Tar Piemonte, Sez. I, 30 gennaio 1997, n. 71, in *Tar*, 1997, I, p. 937; Tar Toscana, 24 gennaio 2003, n. 38, in *Foro amm.*, 2003, I, p. 2416; Tar Veneto, Sez. I, 25 marzo 2004, n. 782, in *Tar*, 2004, I, p. 1919; Tar Toscana, Sez. II, 14 ottobre 2005 n. 4689, in *Lav. p.a.*, 2006, p. 439.

²⁰ Si v. Dipartimento della funzione pubblica - Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni, parere del 28 settembre 2004, n. 196/04, prot. n. 23/11.

²¹ Consiglio di Stato, Sez. II, parere del 31 marzo 2004, n. 2592/03.

²² Corte di cassazione, Sez. lav., 13 novembre 2006, n. 24170, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 302 ss., con nota di M. AGOSTINI, *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*.

²³ Si v. Tribunale di Genova, sezione lavoro, ordinanza del 19 luglio 2011; Tribunale di Trieste, sezione civile, ordinanze dell'1 e 22 luglio 2011; Tribunale di Milano, sezione lavoro, ordinanze del 12 agosto e 5 ottobre 2011; Tribunale di Genova, sezione lavoro, ordinanza del 16 agosto 2011; Tribunale di Firenze, sezione lavoro, ordinanza del 27 gennaio 2012; Tribunale di Perugia, sezione lavoro, ordinanza dell'8 giugno 2012.

²⁴ Tribunale di Venezia, sezione lavoro, ordinanza dell'8 ottobre 2010; Tribunale di Como, ordinanza del 15 maggio 2013; Tribunale di Trieste, decreto del 4 luglio 2013.

Quindi, è stata definita discriminatoria l'esclusione dei cittadini di Paesi terzi dalle selezioni pubbliche per posti da: operatore tecnico di assistenza nelle strutture ospedaliere²⁵, tecnico informatico nell'università²⁶, personale addetto alle operazioni di rilevamento per il censimento²⁷, impiegato amministrativo al Ministero dell'Interno²⁸, insegnante²⁹, educatore di strada³⁰ e, specialmente, di operatori socio-sanitari ed infermieri³¹.

In breve:

In Italia per adeguarsi al diritto europeo il legislatore ha disposto:

- Secondo il *Testo unico sul pubblico impiego* (art. 37 del D.Lgs. n. 29/1993 e successive modifiche) i lavoratori degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere a quei posti che non implicano esercizio, diretto o indiretto, di pubblici poteri ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale
- Secondo il P.C.M. n. 174/1994 art. 2, sono riservati ai cittadini con cittadinanza italiana le funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi e mansioni di controllo di legittimità e di merito
- solo ai soggetti titolari dello *status* di rifugiato ovvero di protezione sussidiaria è stato riconosciuto in maniera esplicita il diritto di partecipare alle selezioni per il pubblico impiego, secondo le modalità e nei casi previsti per i cittadini europei. Lo stesso diritto è stato altresì esteso ai familiari extracomunitari del cittadino titolare dello *status* di protezione internazionale presente nel territorio nazionale (art. 25, D.Lgs. n. 251/2007 ha dato esecuzione alla Direttiva 2004/83/CE)

C'è stata un'apertura giurisprudenziale degli impieghi nelle PPAA, in particolare è stata definita discriminatoria l'esclusione dei cittadini di Paesi terzi da:

- operatore tecnico di assistenza nelle strutture ospedaliere, tecnico informatico nell'università, personale addetto alle operazioni di rilevamento per il censimento, impiegato amministrativo al Ministero dell'Interno, insegnante, educatore di strada e, specialmente, di operatori socio-sanitari ed infermieri

²⁵ Corte Appello di Firenze, ordinanza del 2 luglio 2002, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2003, 2, p. 272 ss.

²⁶ Tribunale di Bologna, sentenza del 7 settembre 2007, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, p. 175 ss.

²⁷ Tribunale di Genova, ordinanza del 21 aprile 2004 e 26 aprile 2004, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, 2, p. 172 ss.

²⁸ Tribunale di Bologna, sezione lavoro, sentenza dell'8 marzo 2011.

²⁹ Tribunale di Milano, sezione lavoro, sentenza dell'11 gennaio 2010.

³⁰ Tribunale di Venezia, sezione per le controversie di lavoro, ordinanza 8 ottobre 2010.

³¹ Tribunale di Genova, sez. stranieri, ordinanza del 3 giugno 2008; Tribunale di Bologna, decreto dell'1 agosto 2008; Tribunale di Rimini, sez. lavoro, ordinanza del 26 ottobre 2009, n. 3636; Tribunale di Biella, sez. lavoro, ordinanza del 23 luglio 2010; Tribunale di Trieste, sez. civile, ordinanza del 22 luglio 2011; Tribunale di Lodi, ordinanza del 18 febbraio 2011; Tribunale di Milano, sez. lavoro, sentenza del 5 ottobre 2011.

4. LA LEGGE EUROPEA 2013 E LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DI ACCESSO ALLE SELEZIONI PUBBLICHE

1. LA LEGGE EUROPEA 2013 E LA RIFORMA DELL'ART. 38 DEL D.LGS. N. 165/2001

L'ordinamento giuridico italiano ha recepito le disposizioni internazionali ed europee in materia di parità di trattamento e divieto di discriminazioni tra lavoratori nazionali e lavoratori stranieri, senza che la norma contenuta nell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001, che disciplina l'accesso al pubblico impiego, fosse oggetto di esplicito aggiornamento da parte del legislatore³².

Questo tuttavia non ha impedito, in particolar modo, a una parte della giurisprudenza ordinaria di dichiarare illegittime le esclusioni dei cittadini di Paesi terzi dalle selezioni per posti che non implicavano né l'esercizio di poteri pubblici, né la tutela dell'interesse nazionale, ai quali invece era consentito l'accesso ai cittadini dell'Unione europea³³.

Contemporaneamente la Commissione europea è tornata a sollecitare gli Stati membri, sia in occasione di un'interrogazione parlamentare, sia in un documento di lavoro in materia di libera circolazione dei lavoratori del 2010, ad adeguarsi al diritto europeo. In particolare, nel documento è stato nuovamente precisato che i familiari del cittadino dell'Unione europea, titolari del diritto di soggiorno in uno Stato membro, e i soggiorni di lungo periodo CE, i titolari dello *status* di rifugiato politico e di protezione sussidiaria, dovevano essere ammessi a godere del diritto di accesso al settore pubblico al pari delle condizioni previste per i cittadini europei³⁴.

A fronte della continua inosservanza dell'ordinamento italiano delle disposizioni europee, nel 2013 la Commissione ha avviato a carico dell'Italia due procedimenti preliminari di infrazione del diritto europeo (EU Pilot) per mancato adempimento agli obblighi derivanti dalla norme europee in materia di accesso all'impiego pubblico³⁵. In particolare, nel caso EU Pilot 1769/11/ JUST, la Commissione europea ha lamentato la non conformità dell'articolo 38, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 con l'art. 23 della direttiva n. 2004/38/CE, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di accesso per i cittadini di Stati terzi che fossero familiari di un cittadino dell'Unione europea.

Similmente, nel caso EU Pilot 2368/11/HOME, la stessa ha contestato la non compatibilità dell'art. 38 citato con l'art. 11 della direttiva 2003/109/CE in quanto non riconosceva al

³² Sulla recezione del diritto europeo in materia di accesso al lavoro pubblico da parte del legislatore italiano, si v. cap. 3, par.1.

³³ A tal proposito, si veda cap. 3, par. 2.2

³⁴ Si v. Risposta scritta all'interrogazione presentata dall'on. D. Serracchiani da parte della commissaria Ms. Malmström il 26 marzo 2010, doc. n. E-6422/09EN, consultabile sul sito internet del Parlamento europeo; Commissione europea, *Free movement of workers in the public sector, Commission staff working document*, Brussels, 14 dicembre 2010, doc. SEC (2010)1609). p. 12.

³⁵ Il sistema EU PILOT costituisce dal 2008 lo strumento principale di comunicazione e cooperazione tramite il quale la Commissione, mediante il Punto di contatto nazionale che in Italia è costituita dalla struttura di missione presso il Dipartimento Politiche UE della Presidenza del Consiglio, trasmette le richieste di informazione agli Stati membri al fine di assicurare la corretta applicazione della legislazione UE e prevenire possibili procedure d'infrazione. Tale sistema viene utilizzato quando la conoscenza di una situazione di fatto o di diritto all'interno di uno Stato membro è insufficiente, non permettendo così il formarsi di un'opinione chiara sulla corretta applicazione del diritto UE. Questo strumento è altresì impiegato in tutti quei casi che potrebbero essere risolti senza dovere ricorrere all'apertura di una vera e propria procedura di infrazione a norma dell'articolo 258 del TFUE.

cittadino di uno Stato terzo, che fosse soggiornante di lungo periodo, il diritto di accedere al pubblico impiego alle stesse condizioni dei cittadini europei.

Nel dare seguito ai rilievi critici mossi dalla Commissione europea nell'ambito dei casi sopra descritti, il Parlamento ha adottato la Legge n. 97/2013 (*Legge europea 2013*) il cui art. 7 è intervenuto a modificare l'ambito di applicazione soggettiva dell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001.

Infatti, secondo l'art. 38, comma 1, attualmente in vigore «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».

A tale articolo è stato introdotto il comma 3-*bis* prevedendo così che la disposizione contenuta nel comma 1 si applichi anche ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria.

Il nuovo comma però non contempla, tra i soggetti beneficiari del diritto di accesso, né i familiari stranieri dei soggetti che godono di protezione internazionale (ossia dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria) come invece prevede implicitamente l'art. 22 del D.Lgs. n. 251/2007. Né sono stati menzionati i cittadini della Repubblica di San Marino il cui accesso è garantito dall'art. 4 della Legge n. 1320/1939. Peraltro, alcuna riflessione è stata fatta in merito all'art. 5 del Concordato tra Santa sede e l'Italia del 1929 che riconosce agli ecclesiastici il diritto di ricoprire uffici pubblici, seppur tale norma sia stata formulata con particolare riferimento all'istruzione e all'insegnamento.

In breve:

- A fronte della continua inosservanza nell'ordinamento italiano delle disposizioni europee, nel 2013 la Commissione ha avviato a carico dell'Italia due procedimenti preliminari di infrazione del diritto europeo (EU Pilot)
- Nel dare seguito ai rilievi critici mossi dalla Commissione europea nell'ambito dei casi sopra descritti, il Parlamento italiano ha adottato la Legge n. 97/2013 (*Legge europea 2013*) il cui art. 7 è intervenuto a modificare l'ambito di applicazione soggettiva dell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001, pur tralasciando la trattazione di aspetti correlati.

5. LA REDAZIONE DI BANDI DI CONCORSO LEGITTIMI E NON DISCRIMINATORI

1. La predisposizione e i requisiti del provvedimento amministrativo

Il provvedimento è un atto di esercizio di poteri amministrativi attraverso il quale viene manifestata la volontà della pubblica amministrazione. È un atto caratterizzato dall'unilateralità, in quanto produce effetti giuridici anche verso soggetti diversi da quello che lo ha emanato, e dalla tipicità, perché possono essere adottati solo i provvedimenti previsti dalle norme. Rientrano nei provvedimenti amministrativi, ad esempio, atti quali le autorizzazioni, le concessioni, le determinazioni a contrarre, i bandi di concorso, le sanzioni amministrative. Tali provvedimenti presentano, generalmente, alcuni precisi requisiti³⁶.

▪ **Autorità emanate**

Si tratta del soggetto pubblico che emana il provvedimento amministrativo: al fine di predisporre legittimamente un provvedimento occorre una precisa specificazione del Settore, Servizio, Ufficio che lo adotta, elencandoli in ordine dal generale al particolare. Il provvedimento può essere adottato anche da soggetti privati che esercitano funzioni pubbliche.

Eventuali difformità connesse all'autorità emanante possono generare due differenti effetti giuridici: in caso di difetto di attribuzione (incompetenza assoluta) il provvedimento sarà nullo; in caso di incompetenza relativa è annullabile, pertanto l'atto produrrà effetti giuridici fino a quando non sarà annullato dal giudice o dalla stessa amministrazione pubblica.

▪ **Estremi dell'atto**

Nel provvedimento devono essere specificati la data e il numero di protocollo così da consentire la sua identificazione in maniera univoca.

▪ **Oggetto**

L'oggetto indica la funzione del provvedimento nel caso di specie, ad esempio: "*Bando di selezione pubblica per soli esami oppure per titoli ed esami per la copertura di n. posto/i di (cat.) da assegnare al Settore Servizio..... con rapporto di lavoro a tempo*".

▪ **Preambolo**

Il preambolo contiene gli elementi di fatto e di diritto pertinenti e rilevanti in relazione allo specifico provvedimento amministrativo che deve essere adottato. Nello specifico, vengono richiamati i fatti, gli atti, gli accertamenti, le norme giuridiche connesse al provvedimento. Ogni paragrafo del preambolo è introdotto dal termine *Visto* (con iniziale maiuscola).

▪ **Motivazione**

³⁶ In merito alle modalità con cui redigere gli atti amministrativi e semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche, si v. *Dipartimento della funzione pubblica, Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche* (prefazione di Sabino Cassese) (nuova ed. 1994) <http://www.funzionepubblica.gov.it/media/875448/codice%20di%20stile%20cassese-1994.pdf>; *Guida alla redazione degli atti amministrativi. Regole e suggerimenti*, a cura del gruppo di lavoro promosso da Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica e Accademia della Crusca, Firenze, ITTIG-CNR, 2011.

La motivazione, quale obbligo previsto dall'art. 3 della Legge n. 241/1990, indica i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria, richiamando espressamente quanto esposto nel preambolo. Ogni paragrafo è introdotto dal termine *Considerato* (sempre con iniziale maiuscola) che racchiude i fatti, gli interessi e le norme che motivano l'adozione dell'atto amministrativo ovvero richiama i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche all'interno dei quali si inserisce l'atto.

▪ **Dispositivo**

Il dispositivo contiene il concetto precettivo del provvedimento amministrativo, cioè la concreta manifestazione di volontà pubblica. È introdotto da verbi quali: delibera, decreta, determina, dispone, si rende noto, si indice, i quali cambiano a seconda del tipo di provvedimento e dell'autorità emanante.

Quando un provvedimento comporta una spesa, è necessario esplicitare nel dispositivo il mezzo e il modo con cui si procede alla sua copertura. Nel dispositivo occorre altresì indicare le formulazioni necessarie per l'approvazione degli atti allegati al provvedimento.

Il dispositivo si articola in uno o più paragrafi che vengono elencati con numeri in cifre arabe (ad es. 1. 2. 3. 4. ecc.) e terminano con un punto (.) e a capo. La numerazione è sequenziale e continua.

▪ **Sottoscrizione**

Il provvedimento amministrativo deve sempre essere sottoscritto indicando:

- 1) il luogo in cui il provvedimento è stato adottato;
- 2) la data di adozione del provvedimento;
- 3) la firma del soggetto che adotta il provvedimento.

In caso di atti di organi individuali, la sottoscrizione è costituita dalla firma apposta dall'autorità (persona fisica) che adotta il provvedimento. Diversamente, negli atti di organi collegiali, la sottoscrizione è costituita dalla firma di chi rappresenta l'organo e da chi ne verbalizza la volontà.

2. L'impiego pubblico oggetto del bando di concorso: novità in merito ai criteri per stabilire i posti da riservare ai cittadini nazionali

Ai fini della corretta stesura di un bando di selezione del personale, occorre che le amministrazioni, previo richiamo nel preambolo delle norme che disciplinano e motivano la procedura di selezione in questione, specifichino il posto pubblico per il quale è indetto il concorso e i soggetti che hanno diritto a parteciparvi.

Per stabilire se ammettere anche i cittadini europei e i cittadini di Paesi terzi, le amministrazioni devono appurare se a quel determinato posto si applica il principio di libera circolazione e quindi se ricorrono o meno i criteri, elaborati dall'ordinamento europeo, che consentono di riservare un impiego ai cittadini nazionali.

Come è stato descritto nei capitoli precedenti, tali criteri sono costituiti dall'esercizio, diretto o indiretto, di poteri pubblici e dalla tutela degli interessi generali dello Stato o delle

pubbliche collettività³⁷. Tuttavia questi sono stati oggetto di evoluzione da parte della recente giurisprudenza europea, mentre è rimasta ferma la loro caratteristica di configurarsi come criteri cumulativi in quanto entrambi devono essere presenti per poter escludere legittimamente gli stranieri da una selezione pubblica³⁸.

Nella sentenza *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado* del 2003, riguardante un bando per un posto di capitano e di comandante in seconda delle navi mercantili battenti la bandiera nazionale, al quale è riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale e di ufficiali di polizia giudiziaria a bordo della nave in corso di navigazione, la Corte di giustizia europea ha chiarito due importanti aspetti.

In primo luogo, ha spiegato che il principio di libera circolazione dei lavoratori, e quindi l'apertura delle selezioni pubbliche agli stranieri, si applica anche agli impieghi privati che prevedono lo svolgimento di funzioni pubbliche al servizio dell'interesse generale dello Stato o della collettività. In secondo luogo, ha stabilito che il requisito della cittadinanza nazionale può essere richiesto per l'accesso ad un impiego che comporti l'esercizio di poteri pubblici d'imperio, a condizione che tali poteri:

- 1) siano effettivamente esercitati in modo abituale;
- 2) non rappresentino una parte molto ridotta delle attività;
- 3) comportino potere di valutazione e decisione³⁹.

Questo orientamento è stato recentemente riaffermato dalla stessa Corte di giustizia europea nella sentenza *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli* del 2014⁴⁰. Nel caso di specie, la Corte è stata adita, tramite rinvio pregiudiziale, dal Consiglio di Stato in merito al decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 7 giugno 2011, con il quale era stato nominato presidente dell'Autorità portuale di Brindisi un cittadino greco.

I giudici, dopo aver analizzato la normativa italiana, hanno passato in rassegna le funzioni proprie del presidente dell'autorità portuale, le quali sono risultate essere costituite da:

- atti di proposta;
- atti di coordinamento o promozione di enti che non svolgono funzioni di pubblica amministrazione;
- rilascio di autorizzazioni e concessioni di aree e banchine portuali, assimilabili ad atti di gestione economica;
- alcuni poteri d'imperio, come - ad esempio - ingiungere chi occupa abusivamente zone demaniali presenti nell'ambito portuale; rimettere in pristino lo stato dei luoghi, con facoltà, in caso di inadempimento dell'ingiunzione, di ordinare il ripristino d'ufficio a spese del contravventore; adozione, in casi indifferibili di necessità ed urgenza, di provvedimenti

³⁷ Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1980, C-149/79, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, 1980, p. I-3881, §10. La portata di tali criteri è stata ulteriormente chiarita dalla Corte nella sentenza del 26 maggio 1982, C-149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, 1982, p. I-1845. In generale, sulla questione si v. cap. 2, par. 1.

³⁸ Si v. nota n. 10.

³⁹ Cfr. Corte di giustizia sentenza del 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, in *Racc.*, p. 10391 ss.; Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-47/02, *Albert Anker, Klaas Ras et Albertus Snoek c. Germania*, in *Racc.*, 2003, p. 10447 ss.

⁴⁰ Corte di giustizia del 10 settembre 2015, causa C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*, punti 45 e 60. In dottrina, M. GNES, *Per la posizione di presidente di autorità portuale sufficiente il possesso di cittadinanza europea*, in *Il Quotidiano giuridico*, 21 aprile 2015, p. 13 ss.

coattivi al fine di assicurare la navigabilità nell'ambito portuale nonché l'esecuzione di lavori di escavazione e manutenzione dei fondali marini.

La Corte ha osservato come, nella questione sottoposta, i poteri autoritativi costituiscano in realtà solo una parte marginale ed occasionale delle funzioni che spettano al presidente di un porto. Considerato che tale soggetto svolge per lo più un'attività di carattere tecnico e di gestione economica, e che solo in circostanze eccezionali svolgerebbe poteri autoritativi, il Consiglio di Stato, con sentenza del 10 marzo 2015, n. 1210 ha respinto il ricorso contro il decreto di nomina di presidente a favore del cittadino europeo⁴¹.

Da ultimo, la recente interpretazione fornita dai giudici europei, circa gli elementi per limitare o meno le selezioni pubbliche ai cittadini nazionali, è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza italiana.

Il Tribunale di Udine, con ordinanza del 30 giugno 2016, ha ritenuto discriminatorio il provvedimento di esclusione di una cittadina europea dal bando di selezione del Ministero dell'Economia e delle Finanze per due posizioni di operatore doganale presso l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli. In particolare, il giudice del lavoro ha analizzato i compiti connessi al posto in questione, quali ad esempio:

- collaborare all'attività amministrativa e/o tributaria, acquisendo e predisponendo elementi informativi e ricognitivi per la preparazione di atti e documenti;
- svolgere attività istruttoria nell'ambito di procedure predefinite che non comportano la risoluzione di problematiche con ricorso a valutazioni discrezionali, elaborando dati ed elementi anche di tipo complesso a supporto dell'attività proprie del sistema di applicazione;
- provvedere alle operazioni di ricezione, classificazione, protocollazione, smistamento, preparazione e spedizione della corrispondenza, dei plichi e materiali;
- predisporre rendiconti e atti semplici nel settore di specifica competenza;
- attività di sportello;
- attività di accertamento, verifica, controllo e ispettive finalizzate alla prevenzione e al contrasto degli illeciti di natura tributaria ed extratributaria, ivi compresa la lotta alla contraffazione e la tutela della sicurezza, della salute e dell'ambiente e del patrimonio culturale.

In ragione di quanto osservato, il Tribunale di Udine ha rilevato come quella dell'operatore doganale sia una figura professionale che si occupa dell'elaborazione di atti aventi valore giuridicamente vincolante, ma che comunque rimane esclusa dal processo decisionale che precede l'emanazione dell'atto autorizzativo ed è priva di qualsiasi potere di natura discrezionale. Inoltre, benché l'operatore sia chiamato a svolgere funzioni di polizia tributaria e giudiziaria ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 165/2001, ciò avviene a rotazione ed è questo basta ad escludere il carattere abituale dell'esercizio di funzioni autoritarie.

Similmente, il Tribunale di Firenze, ordinanza del 27 maggio 2017, si è occupato del bando di selezione per assistenti giudiziari del Ministero di giustizia⁴² impugnato da una cittadina extracomunitaria con regolare permesso di soggiorno di lungo periodo CE asserendo il carattere discriminatorio dell'art. 3, nella parte in cui subordinava l'accesso alla selezione al possesso della nazionalità italiana.

⁴¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 970 ss.

⁴² Si veda Bando del Ministero di Giustizia indetto con D.M. 18/11/2016.

Nel risolvere la controversia, il giudice fiorentino ha esaminato le funzioni caratterizzanti l'impiego pubblico in questione e, quindi, affermato che il profilo di assistente giudiziario sia connesso allo svolgimento di attività ausiliaria e preparatoria all'esercizio di pubblici poteri. Sebbene tale compito implichi la partecipazione obbligatoria al funzionamento dell'amministrazione della giustizia (con particolare riguardo ai compiti di redazione e sottoscrizione dei verbali) non costituisce comunque partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei poteri pubblici in quanto i contatti con l'autorità giudiziaria lasciano inalterati i poteri di valutazione e di decisione di stretta pertinenza di quest'ultima. Si tratta perciò di una figura che rimane esclusa dal processo decisionale, il quale si manifesta con il provvedimento giurisdizionale, ed è priva di qualsiasi potere di natura discrezionale, in ogni restante sua mansione.

Infine, il Consiglio di Stato, con la sentenza del 24 luglio 2017 n. 3666, ha ritenuto legittima l'apertura agli stranieri, senza alcuna previsione dei limiti fissati dall'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001, del bando per la selezione del direttore del Parco Archeologico del Colosseo - Ufficio di livello dirigenziale generale. La decisione del giudice di primo grado (Tar del Lazio sentenza del 7 giugno 2017, n. 6720), che aveva disposto l'annullamento del decreto direttoriale con il quale è stata indetta la selezione in questione⁴³, è stata annullata.

Anche in questo controversia, il Consiglio di Stato ha cercato di analizzare dettagliatamente le attività e le funzioni proprie del Presidente come definite dall'art. 35 del d.P.C.M. n. 171/2014, le quali consistono, ad esempio, in:

- programmazione, indirizzo, coordinamento e monitoraggio di tutte le attività di gestione del Parco archeologico;
- stabilire l'importo dei biglietti di ingresso e gli orari apertura del museo;
- autorizzare il prestito dei beni culturali delle collezioni di propria competenza per mostre od esposizioni sul territorio nazionale o all'estero;
- affidare le attività e i servizi pubblici di valorizzazione del parco archeologico;
- svolgere le funzioni di stazione appaltante;
- amministrare e controllare i beni in consegna.

Sulla base di tale analisi, i giudici hanno dunque concluso, «tenuto conto dei criteri guida elaborati in ambito europeo e dell'esigenza di fornire una interpretazione rigorosa dell'eccezione alla regola del principio di libera circolazione, come si tratti di attività prevalentemente rivolta alla gestione economica e tecnica del Parco. In particolare, viene in rilievo un'attività essenzialmente finalizzata ad assicurare una migliore utilizzazione, nella prospettiva della valorizzazione, di beni pubblici»⁴⁴.

Pertanto, alla luce delle sentenze descritte, emerge un progressivo restringimento del perimetro delle posizioni e funzioni pubbliche per il cui accesso può essere richiesta esclusivamente la cittadinanza nazionale. Le valutazioni, che dovranno svolgere le amministrazioni pubbliche al fine di redigere bandi non discriminatori, non possono prescindere da un accurato vaglio dei compiti e delle attività che caratterizzano il posto pubblico in questione. Quindi, le amministrazioni potranno riservare l'accesso ai lavoratori italiani solo se, espletate le necessarie verifiche, quel determinato impiego soddisfa tutti i criteri elaborati

⁴³ M. GNES, *Beni culturali: il Direttore del Parco archeologico del Colosseo può essere uno straniero*, in *Il Quotidiano giuridico*, del 31 luglio 2017, p. 9-11.

⁴⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 24 luglio 2017, punto 4 del considerato in diritto.

dalla giurisprudenza europea, quali:

- esercizio, diretto ovvero indiretto, di poteri pubblici (*sent. Corte di Giustizia europea, Commissione c. Regno del Belgio*, del 1980);
- tutela dell'interesse dello Stato ovvero delle collettività pubbliche (*sent. Corte di Giustizia europea, Commissione c. Regno del Belgio*, del 1980);
- esercizio di poteri d'imperio in modo abituale, e che tali poteri non rappresentino una parte molto ridotta delle attività e comportino un potere di valutazione e decisione (*sent. Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado* del 2003).

3. I soggetti che possono partecipare ai bandi di concorso: un quadro consolidato?

Conclusa la fase di valutazione in merito alla possibilità di ascrivere o meno l'impiego da ricoprire alle funzioni sovrane dello Stato (che richiedono un particolare legame di appartenenza e fedeltà da parte del cittadino) e stabilito la possibilità ammettere anche i cittadini stranieri, è necessario che nel bando vengano specificati in maniera precisa ed esplicita i soggetti ammessi alla selezione e la norma che legittima la loro ammissione.

A tal proposito, occorre richiamare l'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001, così come modificato dall'art. 7 della Legge n. 97/2013, che ha individuato i soggetti extracomunitari che possono beneficiare, al pari dei cittadini europei, del diritto di lavorare nelle pubbliche amministrazioni. Si tratta quindi dei:

- familiari extracomunitari dei cittadini europei con permesso di soggiorno ovvero permesso di soggiorno permanente;
- cittadini con permesso di soggiorno di lungo periodo CE;
- cittadini titolari dello *status* di protezione internazionale, ossia dello *status* di rifugiati e protezione sussidiaria.

L'ammissione al pubblico impiego delle sole categorie di soggetti stranieri sopra citati, escludendo le altre, ha trovato conferma in una recente sentenza della Corte di Cassazione, n. 18523/2014, chiamata a pronunciarsi su un ricorso proposto da una cittadina straniera in possesso di un regolare permesso di soggiorno in Italia, con totale e permanente inabilità lavorativa, e per questo iscritta nell'elenco degli invalidi civili di cui alla Legge n. 68/1999. La ricorrente chiedeva che fosse accertata la natura discriminatoria del bando di concorso *del Ministero dell'Economia e delle Finanze* che prevedeva l'assunzione a tempo indeterminato di cinque lavoratori disabili per coprire alcuni posti vacanti presso gli *uffici generali dell'Amministrazione autonoma Monopoli di Stato*.

La Corte di Cassazione, nel rigettare il ricorso, ha chiarito che la recente modifica dell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001 non deve essere interpretata come un'apertura generale del lavoro pubblico agli stranieri. Il riferimento solo ad alcune categorie di stranieri manifesta la persistente volontà del legislatore di escludere le ulteriori categorie di cittadini extracomunitari non espressamente contemplati. Infatti, mentre nel mercato del lavoro privato la parità di trattamento opera pienamente tra cittadini italiani, comunitari ed extracomunitari, diverso è nel settore del pubblico impiego ove la particolarità e la delicatezza della funzione svolta alle dipendenze dello Stato comportano la preferenza per i cittadini italiani e, in virtù del particolare

legame internazionale che lega l'Italia agli altri paesi dell'Unione europea, per quelli comunitari e quelli ad essi equiparati⁴⁵.

Quanto espresso dalla Corte di cassazione potrebbe far pensare che la questione relativa ai soggetti stranieri che godono del diritto di accedere agli impieghi pubblici sia pacifica.

Invero, il Tribunale di Firenze, con un ordinanza del 23 gennaio 2014, ha definito discriminatorio un bando di concorso da tecnico di laboratorio all'interno di una struttura universitaria nella parte in cui non prevedeva la possibilità di partecipare alle selezioni ai cittadini titolari della Carta Blu UE⁴⁶ e ai familiari stranieri dei rifugiati. L'esclusione di tali soggetti è stata ritenuta in contrasto sia con il principio di uguaglianza dettato dall'art. 3 della Cost., sia con gli artt. 2 e 3 del D.Lgs. n. 286/1998 attinenti al principio di parità di trattamento tra cittadini italiani e stranieri⁴⁷. Specialmente l'esclusione dei familiari stranieri dei titolari dello *status* di rifugiato potrebbe apparire illegittima posto che l'art. 22 del D.Lgs. n. 251/2007 ha riconosciuto ai familiari extracomunitari del titolare dello *status* di protezione internazionale, purché presenti sul territorio nazionale, i medesimi diritti riconosciuti al familiare titolare dello *status* di protezione internazionale, e quindi il diritto di partecipare alle selezioni per il pubblico impiego.

Al fine di ispirarsi a standard internazionali in materia di musei e migliorare la promozione dello sviluppo della cultura, anche sotto il profilo dell'innovazione tecnologica e digitale, ampia apertura delle selezioni pubbliche è stata recentemente prevista nel bando del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo del 7 gennaio 2015 riguardante il conferimento dell'incarico di direttore per venti musei. Infatti, l'art. 2 di questo bando ha indicato esclusivamente due requisiti di partecipazione: il titolo di studio e una comprovata e particolare esperienza professionale. Alcun riferimento è stato fatto al possesso della cittadinanza, permettendo così la nomina di cinque direttore stranieri.

Sulla legittimità di queste nomine dovrà pronunciarsi a breve il Consiglio di Stato che, al momento, con ordinanze del 15 giugno 2017, n. 2471 e 2472, ha accolto l'istanza cautelare proposta dal Ministero dei beni e delle attività culturali e quindi sospeso le sentenze del Tar Lazio del 25 maggio 2017, n. 6170 e 6171, nelle parti in cui disponevano la sospensione dei direttori stranieri dal lavoro e dalla retribuzione⁴⁸.

⁴⁵ Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza del 2 settembre 2014, n. 18523, punto 8 del considerato in diritto. In dottrina, si v. F. COMANDUCCI, *L'accesso al lavoro pubblico degli stranieri extracomunitari nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, ottobre 2014, in www.immigrazione.it

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. n. 108/2012 sono soggetti titolari della Carta Blu UE i lavoratori stranieri altamente qualificati, che intendono svolgere prestazioni lavorative retribuite per conto o sotto la direzione o il coordinamento di un'altra persona fisica o giuridica e che sono in possesso:

a) del titolo di istruzione superiore rilasciato da autorità competente nel Paese dove è stato conseguito che attesti il completamento di un percorso di istruzione superiore di durata almeno triennale e della relativa qualifica professionale superiore, attestata dal paese di provenienza e riconosciuta in Italia;

b) dei requisiti previsti dal decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 206, limitatamente all'esercizio di professioni regolamentate.

L'accesso al lavoro di tali soggetti è disciplinato dall'art. 27 quater, comma 14, del D.Lgs. n. 286/1998 secondo cui «Il soggetto titolare della Carta Blu è escluso dall'accesso al lavoro se le attività dello stesso comportano, anche in via occasionale l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero attengono alla tutela dell'interesse nazionale. E' altresì escluso l'accesso al lavoro nei casi in cui, conformemente alla legge nazionale o comunitaria vigente, le attività dello stesso siano riservate ai cittadini nazionali, ai cittadini dell'Unione o ai cittadini del SEE».

⁴⁷ Tribunale di Firenze, sez. lav., ordinanza del 23 gennaio 2014.

⁴⁸ Si v. Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanze del 15 giugno 2017, n. 2471 e 2472. In dottrina si v. M. GNES, *Musei italiani e direttori stranieri*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, n. 4, p. 492-499; M. GNES, *La selezione dei direttori dei musei all'esame del giudice amministrativo*, in *Il Quotidiano giuridico*, del 30 giugno 2017, p. 14-21.

Successivamente lo stesso Ministero ha indetto, con decreto direttoriale del 27 febbraio 2017, una selezione pubblica internazionale per il conferimento dell'incarico di direttore del Parco Archeologico del Colosseo - Ufficio di livello dirigenziale generale, il cui accesso non era subordinato al possesso della cittadinanza, né italiana né europea.

Con sentenza del 24 luglio 2017, n. 3666, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il bando e, pertanto, annullato la sentenza del 7 giugno 2017, n. 6720, del Tar Lazio, il quale aveva invece concluso per l'annullabilità del decreto direttoriale in questione⁴⁹.

Conclusione a cui il Consiglio è giunto sottolineando, dapprima, come le funzioni che caratterizzano tale posto non implicano un esercizio abituale di poteri autoritativi, poi, come il termine "cittadini" contenuto negli artt. 51 (secondo cui tutti i cittadini possono aver accesso agli uffici pubblici) e 54 (secondo cui i cittadini svolgono le funzioni pubbliche con disciplina ed onore) della Costituzione, non comportano, come invece sosteneva il Tar Lazio, una riserva degli uffici pubblici a favore dei lavoratori italiani.

A supporto di tale tesi, i giudici di secondo grado hanno richiamato un precedente parere del 1990 nella parte in cui il Consiglio qualificava l'art. 51 Cost. quale norma che «non mira a riservare ai cittadini italiani l'accesso ai pubblici uffici, ma mira a garantire l'uguaglianza dei cittadini senza discriminazioni o limiti, e nel prevedere la possibilità di parificare – con legge nazionale – ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica, si caratterizza come una norma "aperturista" e non come "preclusiva"»⁵⁰. Sulla base di tali argomentazioni, è stata ritenuta legittima la non applicazione alla selezione pubblica in oggetto dei limiti di accesso di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001⁵¹.

Perciò, al fine di evitare di predisporre bandi discriminatori, le amministrazioni sono tenute ad ammettere, in ragione della normativa vigente, ai bandi di concorso non riservati ai cittadini italiani i seguenti soggetti:

- cittadini italiani (sono equiparati ai cittadini italiani i cittadini della Repubblica di San Marino ai sensi dell'art. 4 della L. n. 1320/1939);
- cittadini europei (art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001);
- familiari di cittadini comunitari non aventi cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione Europea che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente (art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001);
- cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 38, comma 3 bis, del D.Lgs. n. 165/2001);
- titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria (art. 38, c. 3 bis, del D.Lgs. n. 165/2001);
- familiari non comunitari del titolare *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria presenti sul territorio nazionale che individualmente non hanno diritto a tale *status* (art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 251/2007).

Alcun requisito, se confermato dal Consiglio di Stato in relazione ai bandi di selezione dei dirigenti di musei, potrebbe essere richiesto in caso di selezioni di carattere internazionale volte alla ricerca di soggetti con elevate competenze e abilità professionali.

⁴⁹ M. GNES, *Beni culturali: il Direttore del Parco archeologico del Colosseo può essere uno straniero*, cit.

⁵⁰ Consiglio di Stato, sez. II, parere del 20 gennaio 1990, n. 234, in *Foro it*, 1991, III, c. 528.

⁵¹ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 24 luglio 2017, n. 3666, punto 4 del considerato in diritto.

In breve

Novità in merito ai criteri per stabilire i posti da riservare ai cittadini nazionali:

- si applica il principio di libera circolazione e quindi se ricorrono o meno i criteri, elaborati dall'ordinamento europeo, che consentono di riservare un impiego ai cittadini nazionali.
- Tali criteri sono costituiti dall'esercizio, diretto o indiretto, di poteri pubblici e dalla tutela degli interessi generali dello Stato o delle pubbliche collettività
- Le amministrazioni potranno riservare l'accesso ai lavoratori italiani solo se, espletate le necessarie verifiche, quel determinato impiego soddisfa tutti i criteri elaborati dalla giurisprudenza europea, quali:
 - a) esercizio, diretto ovvero indiretto, di poteri pubblici;
 - b) tutela dell'interesse dello Stato ovvero delle collettività pubbliche;
 - c) esercizio di poteri d'imperio in modo abituale, e che tali poteri non rappresentino una parte molto ridotta delle attività e comportino un potere di valutazione e decisione.

Al fine di evitare di predisporre bandi discriminatori, le amministrazioni sono tenute ad ammettere, in ragione della normativa vigente, ai bandi di concorso non riservati ai cittadini italiani i seguenti soggetti:

- cittadini italiani (sono equiparati ai cittadini italiani i cittadini della Repubblica di San Marino ai sensi dell'art. 4 della L. n. 1320/1939);
- cittadini europei (art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001);
- familiari di cittadini comunitari non aventi cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione Europea che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente (art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001);
- cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 38, comma 3 bis, del D.Lgs. n. 165/2001);
- titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria (art. 38, c. 3 bis, del D.Lgs. n. 165/2001);
- familiari non comunitari del titolare *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria presenti sul territorio nazionale che individualmente non hanno diritto a tale *status* (art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 251/2007)

6. MODELLO DI BANDO DI CONCORSO PER LA SELEZIONE DEL PERSONALE NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

COMUNE DI

Provincia di

SETTORE – SERVIZIO

Prot. n. /

Oggetto: BANDO DI SELEZIONE PUBBLICA PER SOLI ESAMI oppure PER TITOLI ED ESAMI PER LA COPERTURA DI N. POSTO/I DA (CAT.) DA ASSEGNARE AL SETTORE CON RAPPORTO DI LAVORO A TEMPO

Il Dirigente/Responsabile del Servizio.....

Visto il D.Lgs. n. 267/2000 e s.m.i. “*Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli Enti Locali*”;

Visto il D.Lgs. n. 165/2001, e s.m.i. “*Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”;

Vista la L. n. 68/1999 “*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*”;

Visto il D.Lgs. n. 198/2006 “*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell’art. 6 della L. 28 novembre 2005 n. 246*”;

Visto lo Statuto e il Regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi;

Vista la delibera della Giunta Comunale n. del / / concernente l’approvazione del “*Programmazione del fabbisogno di personale per il triennio / e Piano delle assunzioni per l’anno*”

In esecuzione della determina n. del / / del Dirigente con cui sono stati approvati la procedura di selezione di cui in oggetto e il relativo bando;

Considerato che hanno avuto esito negativo le procedure di mobilità espletate ai sensi degli artt. 30 e 34 *bis* del D.Lgs. n. 165/2001 in data / / e la necessità di procedere ad una selezione pubblica in conformità e nel rispetto del *Programma del fabbisogno di personale per il triennio / e di quanto affermato dalla normativa sopra richiamata;*

RENDE NOTO CHE

è indetta una selezione pubblica *per soli esami oppure per titoli ed esami* per la copertura

di n. posto/i nel profilo professionale di (Cat.), da destinare al Settore, Servizio, con rapporto di lavoro a tempo.....

1. TRATTAMENTO ECONOMICO

Il trattamento economico è quello previsto dal vigente C.C.N.L. del comparto del personale delle Regioni-Autonomie Locali per la categoria, posizione economica oltre a rateo di tredicesima mensilità ed all'assegno per nucleo familiare se ed in quanto spettante.

Gli emolumenti suddetti sono sottoposti alle trattenute erariali, previdenziali ed assistenziali a norma di legge.

2. REQUISITI PER L'AMMISSIONE ALLA SELEZIONE

Sono ammessi i soggetti i possesso dei seguenti requisiti:

a) cittadinanza italiana (sono equiparati ai cittadini italiani i cittadini della Repubblica di San Marino ai sensi dell'art. 4 della L. n. 1320/1939) oppure;

- cittadinanza di uno degli Stati membri dell'Unione europea (art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001);
- familiari di cittadini comunitari non aventi cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione Europea che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente (art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001);
- cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 38, comma 3 bis, del D.Lgs. n. 165/2001);
- titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria (art. 38, c. 3 bis, del D.Lgs. n. 165/2001);
- familiari non comunitari del titolare *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria presenti sul territorio nazionale che individualmente non hanno diritto a tale *status* (art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 251/2007).

I cittadini europei o extracomunitari possono partecipare salvo che:

- godano dei diritti civili e politici anche negli Stati di appartenenza o provenienza;
- siano in possesso, fatta eccezione della titolarità della cittadinanza italiana, di tutti i requisiti previsti per i cittadini della Repubblica;
- abbiano adeguata conoscenza della lingua italiana.

b) età non inferiore ad anni 18 e non superiore all'età di collocamento a riposo d'ufficio del dipendente comunale alla data di scadenza del bando;

c) idoneità fisica all'impiego;

d) godimento del diritto di elettorato politico attivo e dei diritti civili;

e) insussistenza condanne penali che impediscano, ai sensi della legge vigente, la costituzione del rapporto di lavoro;

f) mancata risoluzione dei precedenti rapporti di impiego costituiti con Pubbliche amministrazioni per persistente insufficiente rendimento o per altri motivi disciplinari o per produzione di documenti falsi o affetti da invalidità insanabile ovvero per altre cause previste dalla legge o norme contrattuali;

g) insussistenza di situazioni di conflitto di interesse, anche potenziale, in relazione alle funzioni proprie dell'incarico e/o dell'Ente;

Omissis

BIBLIOGRAFIA

Testi in merito all'evoluzione dell'accesso al lavoro pubblico dei cittadini stranieri

1. B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012.
2. S. CASSESE, *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 89 ss.
3. M. GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, n. 2, p. 7 ss.

Altri testi ed articoli scientifici

1. M. AGOSTINI, *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, p. 302 ss.
2. F. COMANDUCCI, *L'accesso al lavoro pubblico degli stranieri extracomunitari nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, ottobre 2014, in *www.immigrazione.it*
3. G. DELLA CANANEA, *Pubblico impiego e diritto comunitario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1996, p. 224 ss.
4. M. GNES, *La selezione dei direttori dei musei all'esame del giudice amministrativo*, in *Il Quotidiano giuridico*, 30 giugno 2017, p. 14-21.
5. M. GNES, *Musei italiani e direttori stranieri*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, n. 4, p. 492-499.
6. M. GNES, *Per la posizione di presidente di autorità portuale sufficiente il possesso di cittadinanza europea*, in *Il Quotidiano giuridico*, 21 aprile 2015, p. 13 ss.
7. M. GNES, *Beni culturali: il Direttore del Parco archeologico del Colosseo può essere uno straniero*, in *Il Quotidiano giuridico*, 31 luglio 2017, p. 9-11.

Principale giurisprudenza europea e italiana in materia di libera circolazione dei lavoratori nelle amministrazioni pubbliche e bandi di concorso discriminatori

1. Corte di giustizia Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1980, C-149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1980, p. 3881.
2. Corte di giustizia, sentenze del 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden – Württemberg*, in *Raccolta*, 1986, p. 2121.
3. Comunicazione della Commissione su “*Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*”, dell'11 dicembre 2002, doc. COM(2002) 694, p. 21.

4. Corte di giustizia, sentenze del 30 settembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*, causa C-405/01, in *Racc.*, 2003, p. I-10391.
5. Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza del 2 settembre 2014, n. 18523.
6. Corte di giustizia del 10 settembre 2015, causa C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*.
7. Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 970 ss.
8. Tribunale di Udine, ordinanza del 30 giugno 2016, n. 217.
9. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 24 luglio 2017, n. 3666.

Come redigere un provvedimento amministrativo

1. *Dipartimento della funzione pubblica (DFP), Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche* (prefazione di Sabino Cassese) (nuova ed. 1994) <http://www.funzionepubblica.gov.it/media/875448/codice%20di%20stile%20cassese-1994.pdf>;
2. *Guida alla redazione degli atti amministrativi. Regole e suggerimenti*, a cura del gruppo di lavoro promosso da Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica e Accademia della Crusca, Firenze, ITTIG-CNR, 2011.