

PAOLO PASCUCCI

*LA LIBERTA' DI CIRCOLAZIONE DEI PUBBLICI DIPENDENTI
IN AMBITO COMUNITARIO*

SOMMARIO: 1. Il vincolo di cittadinanza nell'art. 48.4 Tratt. - 2. La natura della nozione di «impiego nella pubblica amministrazione». - 3. Irrilevanza della natura giuridica del rapporto di impiego. - 4. Lettura «organica» o «istituzionale» dell'art. 48.4. - 5. Lettura «funzionale» dell'art. 48.4 Tratt. - 5.1. La nozione di *puissance publique* e di interessi generali. - 5.2. Presunti limiti all'applicazione del principio. - 6 La casistica giurisprudenziale sull'art. 48.4. - 7. Considerazioni conclusive: l'attuazione dell'art. 48.4 nell'ordinamento italiano.

1. La libera circolazione dei lavoratori in ambito comunitario, sancita dall'art. 48 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (nonché dai Regolamenti 15 ottobre 1968, n. 1612 e 14 giugno 1971, n. 1407), incontra un limite nel n. 4 della stessa disposizione, che esclude dal proprio campo di applicazione gli «impieghi nella pubblica amministrazione». La norma sembra quindi accogliere un principio tradizionalmente presente in tutti i singoli ordinamenti nazionali, che riservano gli impieghi pubblici ai propri cittadini (1) (Pocar, 1983: p. 46) in ossequio ad un'esigenza di «devozione e lealtà» (Benedettelli, 1983: p. 366), ma, indirettamente, anche come misura protezionistica del proprio mercato del lavoro (Mancini, 1989: p. 25; Roccella-Treu, 1992: p. 112).

Peraltro, tranne in rari casi, nelle stesse norme costituzionali non v'è traccia della fondamentale distinzione tra gli impieghi pubblici a seconda che implicino o meno l'esercizio di potestà pubbliche, tanto che non è sempre agevole individuare il fondamento delle stesse eccezioni al principio della cittadinanza che talvolta vengono previste (2).

Talora, però, il principio del necessario possesso della cittadinanza per l'accesso a qualsivoglia impiego pubblico incontra qualche temperamento già a livello costituzionale. E' il caso della Costituzione della Repubblica portoghese del 25 aprile 1976, la quale, nel disporre che «tutti i cittadini hanno il diritto di accesso, in condizioni di uguaglianza e libertà, alle funzioni pubbliche» (art. 48, co. 4), precisa che «gli stranieri ed apolidi che si trovino o risiedano in Portogallo godono dei diritti e sono soggetti ai doveri del cittadino portoghese», fatta eccezione, fra l'altro, per «l'esercizio delle funzioni pubbliche che non abbiano carattere predominantemente tecnico» (art. 15). La riserva ai cittadini delle sole funzioni pubbliche più rilevanti è confermata dallo stesso art. 15, co. 3, secondo cui neppure ai cittadini dei paesi di lingua portoghese, solitamente parificati ai cittadini, possono

essere riconosciuti l'accesso alla titolarità degli organi di sovranità e delle regioni autonome, il servizio nelle forze armate e la carriera diplomatica.

Questo riferimento alle funzioni pubbliche con carattere predominantemente tecnico rappresenta un segnale di come la monolitica concezione dell'impiego pubblico possa essere incrinata adottando un'ottica di tipo essenzialmente funzionale che consenta di salvaguardare gli interessi statuali mediante il vincolo di cittadinanza soltanto in quei casi in cui ciò sia davvero necessario. D'altra parte, se ciò può valere per un singolo ordinamento statale, a maggior ragione deve valere per una comunità di Stati che ha assunto la mobilità dei lavoratori nel proprio ambito come principio cardine, abolendo, a tal fine, il vincolo di cittadinanza; cosicché, ogni deroga al criterio fondamentale, quale è quella di cui all'art. 48.4 Tratt., non può che essere interpretata quanto più limitatamente, come effettivamente ha fatto la Corte di giustizia delle Comunità europee nella progressiva elaborazione del proprio orientamento sulla suddetta disposizione (3).

2. L'accertamento della reale portata della deroga di cui all'art. 48.4 Tratt. presuppone un'indagine sulla natura e sul significato della nozione di «impiego nella pubblica amministrazione».

Lo stesso Parlamento europeo (4) ha rilevato, da un lato, come l'art. 48.4 possa «essere applicato ad ogni impiego che venga considerato da uno Stato membro come servizio pubblico, indipendentemente dal tipo di attività svolta nell'ambito di questo impiego»; dall'altro lato, ha però precisato che «lo scopo probabile dell'art. 48.4 è quello di riservare ai propri cittadini l'esercizio effettivo dei poteri pubblici», auspicando quindi che gli Stati membri limitino l'applicazione dell'art. 48.4 ai soli impieghi implicanti l'esercizio di pubblici poteri.

Il contrasto tra quanto affermato e quanto auspicato in questo parere consultivo si è immediatamente riverberato nel dibattito sull'interpretazione dell'art. 48.4 apertosi intorno alla metà degli anni settanta, nel quale si sono subito contrapposti due orientamenti: uno, sostenuto dai singoli Stati membri, ispirato ad una visione «organico-istituzionale» ancorata agli ordinamenti nazionali; l'altro, patrocinato dalla Commissione delle Comunità europee ed accolto dalla Corte di giustizia, fondato invece su di una lettura della norma, nella cornice del diritto comunitario, in chiave esclusivamente «funzionale».

In particolare, sulla natura della nozione di «pubblica amministrazione», dal momento che il Trattato non la definisce e che la Comunità non ha una propria organizzazione statale ma si basa su quelle dei Paesi membri,

si è sostenuto che non ci si può esimere da «un'interpretazione basata sulla nozione e sul concetto nazionali di pubblica amministrazione» (Osservazioni Governo tedesco, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 156-157) (5).

Per converso, pur riconoscendosi che la nozione di «impiego nella pubblica amministrazione» può, *lato sensu*, essere definita soltanto in relazione alla situazione giuridica nazionale, si è obiettato che essa «può formularsi ed intendersi soltanto in maniera unitaria e nella prospettiva del diritto comunitario», giacché si tratta di «una definizione autonoma, coniata dal Trattato, il cui contenuto dev'essere determinato essenzialmente in relazione alle esigenze del diritto comunitario, e basarsi solo in via subordinata su criteri nazionali». Con la conseguenza che solo il limite all'applicazione dell'art. 48.4 auspicato dal Parlamento europeo «risponde ai principi basilari e agli obiettivi del Trattato» (Osservazioni Commissione, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 158).

Un'interpretazione dell'art. 48 basata sulla supremazia della sovranità degli Stati contrasta con gli obiettivi e lo spirito della Comunità giacché, nei settori in cui i poteri statali sono stati trasmessi ad organi comunitari, «la preminenza, l'efficacia diretta e la necessità di applicazione uniforme delle norme sancite da questi organi non possono conciliarsi con i canoni interpretativi che consentono a ciascuno Stato membro di plasmare, *ad libitum*, e cioè di estendere o limitare, la portata di queste norme comunitarie» (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 168-169) (6).

Pertanto, alla libertà di ogni Stato membro di definire, al proprio interno, la struttura e gli ambiti della propria organizzazione amministrativa non può corrispondere, sul piano comunitario, un suo diritto di limitare l'effettiva rilevanza del principio della libera circolazione dei lavoratori (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 168-169).

D'altronde, consentire che i singoli Stati membri definiscano da soli il contenuto della nozione in oggetto «significherebbe attribuire agli obblighi che li astringono in forza del principio di libera circolazione una rilevanza diversa da Stato a Stato e così togliere al Trattato buona parte del suo effetto utile» (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1730).

3. La sottrazione del concetto di «pubblica amministrazione» ai canoni nazionali e la sua riconduzione nell'alveo del diritto comunitario

comporta che, ai fini dell'interpretazione dell'art. 48.4, risultino assolutamente irrilevanti sia il regime giuridico del servizio in oggetto sia la natura giuridica del rapporto di impiego o lavoro.

Quanto al primo aspetto, il fatto che il servizio pubblico sia svolto da un'amministrazione statale e che, quindi, rientri formalmente nell'ambito della pubblica amministrazione, non costituisce un elemento determinante, giacché ciò che conta è che i posti relativi a tale servizio abbiano attinenza con gli interessi nazionali in considerazione dei quali è stata prevista l'eccezione di cui all'art. 48.4 (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 171) (Gaja, 1973: p. 63).

Per altro verso, accanto a quelle funzioni che rientrano nel principio classico di amministrazione statale (la giustizia, la difesa, la polizia, l'imposizione e la riscossione dei tributi), gli Stati moderni assumono anche responsabilità di carattere economico e sociale ovvero partecipano ad attività non equiparabili alle funzioni tipiche della pubblica amministrazione e che, data la loro natura, rientrano senz'altro nel campo di applicazione del Trattato, come nel caso degli enti pubblici economici, (Mengoni, 1970: p. 182; Maestripietri, 1970: p. 25; Levi Sandri, 1974: p. 391). Estendendo l'eccezione di cui all'art. 48.4 ai posti che, pur dipendendo dallo Stato o da altri enti pubblici, non implicano tuttavia alcuna partecipazione a compiti spettanti alla pubblica amministrazione propriamente detta, si sottrarrebbe all'applicazione dei principi del Trattato un numero rilevante di posti e si creerebbero disuguaglianze fra gli Stati membri, date le disparità che caratterizzano l'organizzazione dello Stato e quella di determinati settori della vita economica (*Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, pp. 3900-3901).

Più delicato si rivela il problema relativo alla natura giuridica del rapporto di impiego, rispetto al quale sono state prospettate soluzioni che, se si rivelano divergenti in ordine al caso concreto, in realtà finiscono per suffragare entrambe soltanto la «tesi istituzionale».

Così si sostiene che l'art. 48.4, «sia letteralmente, sia letto nel contesto normativo in cui si inserisce», si riferirebbe soltanto a quei rapporti (pubblicistici) con cui il dipendente si inserisce nella pubblica amministrazione e ne viene a far parte, essendo ben diversa la situazione di un dipendente assunto da un ente pubblico con contratto di natura privatistica (Osservazioni Governo italiano, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 157-158). Da un altro versante si replica che la natura giuridica del rapporto di impiego non può assumere alcuna rilevanza: la norma non contiene alcun elemento di differenziazione relativo allo stato giuridico dell'impiegato,

contemplando solo l'attività del datore di lavoro; il fatto che l'impiegato sia stato assunto con un contratto di diritto privato non impedisce che egli sia integrato nella pubblica amministrazione, di cui fa quindi parte alla stessa stregua di un dipendente di ruolo (Osservazioni Governo tedesco, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 157).

Entrambe le opinioni conducono ad una visione formalistica, suffragando, ancorché in modi diversi, la «tesi istituzionale». Infatti, nel primo caso, alla «limitazione» del campo di applicazione della norma soltanto ai pubblici impiegati, fondata sulla tradizionale teorica del «rapporto organico», non corrisponde alcuna limitazione rispetto alle funzioni effettivamente esercitate. Nel secondo caso, l'affermata irrilevanza della natura giuridica del rapporto, senza però alcuna precisazione in ordine al profilo funzionale, finisce per allargare le già ampie maglie della pubblica amministrazione intesa secondo un criterio nazionale, aumentando così il numero di rapporti che si vogliono sottrarre al principio della libera circolazione.

Viceversa, l'irrilevanza della natura giuridica del rapporto ai fini dell'applicazione dell'art. 48.4 (*Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 163) ha senso soltanto se viene commisurata ad un aspetto funzionale. Se «l'eccezione contemplata dall'art. 48, n. 4, trova senza dubbio applicazione, in linea di massima, nei confronti dei dipendenti di ruolo, il cui specifico stato giuridico trova la sua precipua ragion d'essere nel fatto che essi sono generalmente investiti di attribuzioni che rientrano nell'esercizio dei pubblici poteri», tuttavia, anche «dei dipendenti assunti a contratto, che non si giovano d'uno stato giuridico di diritto pubblico, possono del pari essere investiti di tali attribuzioni» (Osservazioni Commissione, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 160).

Ma la questione della natura giuridica del rapporto viene in causa anche sotto un altro profilo più generale, giacché si è prospettato che la nozione di «lavoratore» di cui all'art. 48 debba essere interpretata in senso restrittivo, escludendo i pubblici dipendenti e ricomprendendovi soltanto i lavoratori (privati) la cui prestazione è connessa ad un'attività economica ex art. 2 Tratt. (Osservazioni Land Baden-Württemberg, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, p. 2131). Tuttavia, se così fosse, la previsione di cui all'art. 48.4 risulterebbe del tutto pleonastica. Inoltre, va considerato che, a prescindere dal problema della partecipazione del datore di lavoro alla vita economica, lo scambio dell'attività lavorativa contro la retribuzione si presenta senz'altro per il lavoratore come parte della vita economica e ciò vale anche per il lavoratore pubblico (Conclusioni Avv. gen. Lenz, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, p. 2133) (De Felice, 1991: pp. 335-336) (7).

4. A favore della lettura organico-istituzionale dell'art. 48.4 sono stati addotti anche argomenti di ordine testuale. Parlando soltanto di «pubblica amministrazione», la norma non distinguerebbe, nell'ambito di questa, fra settore e settore o fra funzione e funzione (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1728). Sempre sul piano letterale, la norma si riferisce «agli impieghi» e non già a «determinati impieghi» nella pubblica amministrazione (Osservazioni Governo tedesco, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3895).

D'altro canto, il carattere generale dell'eccezione di cui all'art. 48.4 con conseguente riferimento all'intera «istituzione» e non alle sole «funzioni», sarebbe confermato dal fatto che, altrimenti, la stessa norma potrebbe apparire superflua rispetto al precedente n. 3 che contempla già delle limitazioni che possono avere le stesse conseguenze dell'eccezione basata sul criterio funzionale. Inoltre, a favore della portata generale della predetta deroga deporrebbe anche la differenza fra la lettera dell'art. 48.4 e quella del successivo art. 55, co. 1 (Osservazioni Governo francese, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3896): quest'ultimo, prevedendo una deroga al diritto di stabilimento nel caso di attività a cui è connesso l'esercizio di poteri pubblici, si riferirebbe ad un concetto funzionale, contrariamente all'art. 48 che, parlando di «pubblica amministrazione», si rifarebbe ad un concetto essenzialmente istituzionale. Nulla avrebbe impedito al legislatore del Trattato di usare nell'art. 48 la stessa formula utilizzata nell'art. 55, dovendosi così interpretare la sua diversa scelta nel senso che egli ha inteso attribuire all'eccezione dell'art. 48 una portata non limitata esclusivamente all'«esercizio dei pubblici poteri» (Osservazioni Governo belga, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3888).

A diverse valutazioni si può peraltro pervenire mediante una lettura più attenta delle due norme che, nonostante la loro diversa formulazione letterale, tendono ad attuare lo stesso principio generale della libera circolazione delle persone in ambito comunitario, dovendosi pertanto interpretare le deroghe in esse contenute nello stesso senso restrittivo. Il loro diverso tenore testuale può spiegarsi proprio in ragione delle differenti categorie dei loro destinatari: mentre l'art. 48 si riferisce ai lavoratori subordinati che possono muoversi per occupare posti nella pubblica amministrazione a cui è intrinseco l'esercizio dei pubblici poteri, l'art. 55 riguarda i lavoratori autonomi che si stabiliscono all'estero per esercitare una professione necessariamente privata, ma suscettibile di comportare un analogo esercizio (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, pp. 1730-1731; Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Commissione c. Regno del*

Belgio, 17.12.80, p. 3915)(8). Ora, mentre nel novero delle attività dipendenti di cui all'art. 48, la categoria degli impieghi nella pubblica amministrazione implica molto spesso l'esercizio di detti poteri, viceversa, nell'ambito delle professioni indipendenti di cui all'art. 55, l'esercizio dei pubblici poteri costituisce un'attività del tutto eccezionale che rende quindi necessaria la relativa precisazione (Osservazioni Commissione, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3890; *contra*, Osservazioni Governo del Regno Unito, *ibidem*, p. 3893).

Col che appare difficilmente sostenibile che l'assenza nell'art. 48 del riferimento testuale alle «attività che (...) partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri» dimostri la maggiore ampiezza della deroga in esso prevista rispetto a quella sancita dall'art. 55 (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, pp. 1730-1731) (De Felice, 1991: p. 348).

5. L'operazione di interpretazione restrittiva fin qui descritta conduce inevitabilmente a leggere l'art. 48.4 in chiave esclusivamente «funzionale».

A ciò induce, innanzitutto, la *ratio* della norma. Infatti, con l'eccezione di cui al n. 4, gli autori del Trattato hanno inteso «consentire agli Stati di riservare ai propri cittadini quei posti pubblici che pongono i loro titolari nelle condizioni di partecipare direttamente all'esercizio dei pubblici poteri o (...) di servirsi delle prerogative dei pubblici poteri nei confronti dei singoli» (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 169-170).

Senonché, un'interpretazione troppo rigida basata sul principio della «partecipazione ai pubblici poteri» rischia di trascurare il fatto che, attualmente, molte funzioni che non implicano l'uso diretto delle prerogative proprie del diritto amministrativo debbono, nondimeno, per motivi di sicurezza interna o difesa, essere riservate ai cittadini. Il che comporta la necessità di procedere per approssimazioni successive e di evitare di prender per buona, una volta per tutte, un'interpretazione troppo rigida che difficilmente potrebbe attagliarsi a situazioni molto diverse (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 170).

Occorre allora richiamarsi a criteri materiali, relativi alle attribuzioni proprie del posto occupato nell'amministrazione ed alle attività realmente svolte dal titolare del posto stesso. Perché questi possa rientrare nell'eccezione prevista dall'art. 48.4 è necessario che detenga un potere di decisione nei confronti dei singoli oppure che la sua attività attenga agli interessi nazionali od in particolare a quelli che riguardano la sicurezza interna od

esterna dello Stato (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 171-172).

Per dirla con la Corte, l'art. 48.4 «pone fuori dal campo di applicazione dei tre primi numeri di questo stesso articolo un complesso di posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche» come le «amministrazioni comunali» (*Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1851). «Posti del genere presuppongono infatti, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza» (*Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3900).

Come si vede, il criterio alla cui stregua valutare l'impiego è di tipo materiale, giacché si fonda sulle funzioni che caratterizzano il posto. Tuttavia, affinché possa realizzarsi la deroga in esame, dette funzioni debbono presentare entrambi i requisiti indicati e, quindi, debbono sia importare partecipazione all'esercizio dei poteri pubblici sia mirare a tutelare gli interessi generali dello Stato e degli altri enti minori (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1730). Peraltro, sulla base del fatto che gli «interessi generali dello Stato» rappresentano un criterio distinto da quello dell'«esercizio di poteri pubblici», non manca chi ritiene improbabile che la Corte abbia inteso richiedere la concorrenza di entrambi i criteri (Gaja, 1984: p. 142).

5.1. La Corte non dice che cosa debba intendersi per «esercizio dei pubblici poteri» (*puissance publique*). Tuttavia, molti segnali lasciano intendere che essa accolga la definizione secondo cui tali poteri rappresentano «l'incarnazione della sovranità dello Stato» e, in quanto 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 debbono sottomettersi» (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Reyners c. Regno del Belgio*) (9). Affinché possano essere riservate ai soli cittadini, non è allora sufficiente che le mansioni di un determinato impiego «perseguano direttamente fini pubblici influenzando sulla condotta o sull'azione dei privati», ma occorre altresì che si traducano «in atti di volontà che s'impongano ai privati nel senso di pretenderne l'obbedienza o, se non obbediscono, di costringerli a conformarsi» (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1732). In altri termini, si deve trattare di attività *iure imperii* e non di quella *iure gestionis* che si svolge tramite «attività materiali e manife-

stazioni di volontà non autoritative bensì paritetiche, improntate, come le relazioni tra privati, al principio del consenso» (Traina, 1991: p. 368).

La nozione di *puissance publique* così intesa si riferisce non già all'attività dell'ente, bensì alla competenza del funzionario. Se così non fosse la riserva della cittadinanza si imporrebbe anche per i posti di basso livello di qualsiasi ente dotato di potestà di imperio. D'altronde, ammettendo che la deroga alla libera circolazione può essere giustificata dalla partecipazione anche indiretta ai pubblici poteri, la Corte non ha inteso riferirsi a posti «comportanti lo svolgimento di attività preparatorie o ausiliarie all'esercizio di poteri imperativi», ma ha voluto alludere ai posti caratterizzati dall'esercizio di poteri decisionali in enti che, «pur mancanti di poteri autoritativi, svolgono attività in cui vengono in gioco particolari interessi dello Stato» (Traina 1991: pp. 369-370).

Riguardo al secondo requisito indicato dalla Corte, il termine «interessi generali», lungi dal sottintendere una distinzione tra gli interessi riferibili all'intera comunità e quelli relativi a collettività minori, non può neppure essere completamente identificato con quello di «interessi pubblici» che finirebbe per ricomprendere nella deroga in esame praticamente tutti gli impieghi pubblici. Viceversa, la nozione di «interessi generali» corrisponde a quella di «interessi pubblici particolarmente qualificati» o di «interessi supremi», tali da giustificare la preclusione ai non cittadini di impieghi che non potrebbero esser loro sottratti in forza del solo criterio dell'esercizio di pubblici poteri (Traina, 1991: p. 371).

Pur nella impossibilità di elencare tutti gli impieghi che presentino entrambe le caratteristiche, non v'è dubbio che rientrino in questo ambito «gli impieghi a cui ineriscono la potestà di polizia, di difesa dello Stato, di giurisdizione e di accertamento tributario» (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1732).

5.2. Per altro verso, l'esercizio dei pubblici poteri, pur se saltuario, deve avvenire in circostanze di normalità (Gaja, 1984: pp. 142-143): si deve quindi escludere che il problema dell'ammissione del personale straniero vada considerato in relazione all'eventualità dell'insorgere di situazioni eccezionali di pericolo per la sicurezza dello Stato, come in caso di guerra o di mobilitazione (*Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1852). Tali ipotesi esulano dall'art. 48.4 e possono semmai trovare soluzione nel numero precedente della stessa disposizione (Replica Commissione, *Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1849).

Del pari, l'applicazione della norma non può essere limitata neppure

da eventuali problemi che possano presentarsi in ordine alla progressione in carriera. Si è infatti rilevato che un non cittadino assunto ad un impiego permanente il cui titolare abbia «vocazione alla carriera» non potrebbe essere promosso al posto superiore ove quest'ultimo importasse esercizio di pubblici poteri, creandosi così, ancorché a posteriori, una disparità di trattamento. D'altra parte, la flessibilità della distribuzione dei compiti rappresenta una caratteristica della pubblica amministrazione al punto che le mansioni e le responsabilità di un impiegato possono mutare non soltanto in caso di promozione, ma anche in caso di riorganizzazione dello stesso ufficio o di un diverso ufficio di pari grado (Osservazioni Governi francese, tedesco e del Regno unito, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80; Osservazioni Governo francese, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1728 e 1732).

Si è così prospettato di giustificare in partenza l'esclusione «dell'entrata in una carriera che implichi normalmente l'accesso ad un posto di responsabilità (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3917), ma si tratta di un rimedio «che va oltre quanto è necessario per garantire l'osservanza degli scopi perseguiti» dall'art. 48.4 (*Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3904) e che darebbe luogo a trattamenti discriminatori ancor più intollerabili. D'altra parte, come si è visto, «il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di riservare ai propri cittadini, nell'ambito di una determinata carriera, i posti che implicino la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri o alla tutela degli interessi generali dello Stato» (*Commissione c. Repubblica italiana*, p. 2639). Naturalmente, nell'attuazione di quelle pur inevitabili discriminazioni, occorre rispettare i principi fondamentali del diritto comunitario e, in primo luogo, il principio di proporzionalità che esige un loro contenimento «entro i limiti imposti dall'esigenza di salvaguardare gli interessi generali dello Stato» (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1732).

Le discriminazioni relative alla carriera sono le uniche che la norma autorizzi. Dal momento che essa opera solo in riferimento all'«accesso a determinate funzioni nella pubblica amministrazione, senza tuttavia escludere dal trattamento comunitario coloro che gli Stati membri abbiano cionondimeno ammesso a tali funzioni» (*Echternach e Moritz c. Ministero olandese dell'istruzione e delle scienze*) (10), non possono giustificarsi «discriminazioni in materia di retribuzione o di altre condizioni di lavoro nei confronti di lavoratori già entrati al servizio dell'amministrazione»: «l'avvenuta assunzione dimostra infatti, di per se stessa, che non sono in causa gli interessi in difesa dei quali l'art. 48.4 consente di derogare al principio di non-

discriminazione» (*Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 162; *Commissione c. Repubblica italiana*, p. 2639; *Alluè e Coonan c. Università degli studi di Venezia*, p. 168).

6. Applicando i principi esposti in precedenza, la Corte di giustizia ha individuato gli impieghi che rientrano nella deroga di cui all'art. 48.4 e quelli che ne sono esclusi.

In ragione dei compiti e delle responsabilità che vi sono connesse, fra i primi vanno ricompresi alcuni posti presso amministrazioni comunali belghe: «ispettore capo dell'ufficio tecnico», «ispettore capo», «ispettore dei lavori», «ispettore degli inventari» e «guardiano notturno» (11), «architetto» (*Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1852).

Viceversa, rientrano nel principio generale della libera circolazione, innanzitutto, una serie di posti presso società ferroviarie belghe: «addetto allo smistamento», «caricatore», «conduttore», «posatore di binari» e «segnalatore», «addetto alle pulizie degli uffici», «manovale imbianchino», «aiuto guarnitore», «operaio addetto alla manutenzione delle batterie», «preparatore di sezioni», «preparatore di indotti», «guardiano notturno», «addetto alle pulizie», «addetto alla mensa», «manovale d'officina». Lo stessa conclusione vale, inoltre, per alcuni posti presso amministrazioni pubbliche locali, quali quelli di «falegname», «aiuto giardiniere», «infermiera», «puericultrice», «sorvegliante», «infermiera presso i nidi», «elettricista» ed «idraulico» (*Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1847 ss.) (Daniele, 1983: c. 1).

Parimenti esclusi dalla deroga in parola risultano i posti di «infermiere ed infermiera» presso ospedali pubblici francesi, nonostante l'obiezione che essi godrebbero di un regime di tutele assimilabile a quello presente in certi impieghi statali (*Commissione c. Repubblica francese*, p. 1739).

Altrettanto dicasi per il rapporto di « tirocinio » per la preparazione alla professione di insegnante nelle scuole tedesche, sebbene esso sia qualificato dal diritto nazionale come « rapporto di pubblico impiego » ancorché « revocabile » (*Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, p. 2147) (12).

Sempre in riferimento al settore scolastico, si è esclusa l'inderogabilità del requisito della cittadinanza per l'assunzione degli insegnanti nelle scuole private greche (c.d. *frontistiria*) destinate all'integrazione dei cicli di insegnamento ordinari o a fornire una preparazione in materie specifiche (lingue, musica, contabilità, stenografia, corrispondenza commerciale) (*Commissione c. Repubblica Ellenica*) (13).

Recentemente si è poi negato che il posto di « insegnante abilitato di

scuola superiore» presso gli istituti scolastici pubblici francesi possa essere considerato un impiego nella pubblica amministrazione ai sensi della norma in esame (*Bleis c. Ministère de l'Education nationale*, p. 4).

Pienamente soggetti alla libertà di circolazione sono anche i posti di «ricercatore presso il Consiglio nazionale delle ricerche» italiano»: infatti, fra le mansioni esercitate dai ricercatori del CNR non sembrano rientrare «funzioni direttive o di consulenza dello Stato su questioni scientifiche e tecniche», vale a dire le sole che potrebbero integrare l'esercizio di pubblici poteri e la responsabilità della tutela degli interessi generali dello Stato (*Commissione c. Repubblica italiana*, p. 2639)(14).

L'eccezione di cui all'art. 48.4 non riguarda neppure i lettori di lingua straniera presso le Università italiane (*Alluè e Coonan c. Università degli studi di Venezia*, p. 168) (Mastrangeli, 1990: 328): in tal senso depone inequivocabilmente il carattere delle funzioni ad essi affidate, a cui può aggiungersi il dato della sicura natura privatistica del loro rapporto (Foglia, 1990: p. 163), peraltro di per sé non decisivo.

Infine, la deroga di cui all'art. 48.4 si riferisce esclusivamente alle funzioni esercitate nelle pubbliche amministrazioni degli Stati membri e non riguarda gli impieghi in organizzazioni internazionali con uno statuto di diritto internazionale pubblico, come l'Agenzia spaziale europea (ASE) (*Echternach e Moritz c. Ministero olandese dell'istruzione e delle scienze*, pp. 759-760)(15).

7. Per rafforzare l'attuazione del principio in esame si è pensato a qualche intervento correttivo della normativa comunitaria, come quello preconizzato nella proposta di modifica dell'art. 8, n. 1, del Regolamento del Consiglio n. 1612/1968 (16), nel senso di escludere i non cittadini «dall'esercizio di una funzione di diritto pubblico» soltanto «se si tratti di attività connesse con l'esercizio della pubblica autorità» (Adinolfi, 1992: p. 309). Si può peraltro dubitare che la faticosa costruzione di una nozione comunitaria di «pubblica funzione» richieda necessariamente operazioni di attuazione legislativa dell'art. 48.4 a livello comunitario (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1731).

Ciò che occorre è semmai un'attuazione legislativa a livello dei singoli ordinamenti interni che recepisca i principi enucleati dalla Corte di giustizia.

In tal senso si segnalano le novità introdotte nell'ordinamento italiano con la recente riforma della disciplina del rapporto di impiego pubblico. L'art. 37, co. 1, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, dispone 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» (17).

La norma, di carattere programmatico, rinvia nel secondo comma ad un successivo regolamento l'individuazione sia dei posti e delle funzioni «per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana», sia dei «requisiti indispensabili» ai cittadini «comunitari» per l'accesso agli impieghi pubblici (Luciani, 1993: p. 142; Bianconcini, 1993: pp. 18-19). Infine, qualora non sia intervenuta un'apposita disciplina comunitaria, il terzo comma affida ad un identico provvedimento l'equiparazione dei titoli di studio e professionali e la determinazione dell'equivalenza tra i titoli accademici e di servizio rilevanti ai fini dell'ammissione al concorso e della nomina.

Il regolamento previsto da questa disposizione è stato successivamente emanato mediante il d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174 (d'ora in poi: reg.). Innanzitutto, l'art. 1, co. 1, reg. individua «i posti delle amministrazioni pubbliche per l'accesso ai quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana». Si tratta dei posti:

a) dei livelli dirigenziali - generali e non - delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e delle altre pubbliche amministrazioni;

b) con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle regioni, province, comuni e della Banca d'Italia;

c) dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, e degli avvocati e procuratori dello Stato;

d) dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dei Ministeri degli esteri, dell'interno, di grazia e giustizia, della difesa e delle finanze, fatta eccezione per i posti per i quali non è richiesto un titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo (ai quali si accede tramite le liste di collocamento ex art. 16 l. 28 febbraio 1987, n. 56) (18).

L'art. 2, co. 1, reg. provvede poi ad individuare le «tipologie di funzioni delle amministrazioni pubbliche per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana», e cioè,

a) funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi;

b) funzioni di controllo di legittimità e di merito (19).

Per comprendere la distinzione esistente tra le due disposizioni occorre considerare, in primo luogo, che l'esercizio di *puissance publique* ai sensi dell'art. 48.4 Tratt. è sicuramente riscontrabile in una serie di impieghi di cui è agevole identificare immediatamente i relativi posti nelle varie amministrazioni pubbliche (art. 1 reg.).

Oltre a quelli per i quali l'art. 2, co. 4, d.lgs. 29/1993 conserva lo *status* pubblico, nell'elenco dell'art. 1 sono compresi altri impieghi che, pur essendo «contrattualizzati», comportano l'esercizio di funzioni rientranti nella nozione comunitaria di *puissance publique* (come i dirigenti non generali di cui all'art. 15 d.lgs. 29/1993). Ciò conferma che, anche dopo un intervento di «chiarificazione tra pubblico e privato» come quello condotto con il d.lgs. 29/1993, la nozione di «impiego nella pubblica amministrazione» di cui all'art. 48.4 Tratt. continua a richiedere un'interpretazione essenzialmente funzionale e non riesce ad essere completamente inquadrata con un'ottica organico-istituzionale fondata sulla natura giuridica del rapporto di impiego (Rusciano, 1995: p. 115). Né ulteriori indicazioni possono trarsi da altri elementi, come, ad esempio, la sfera delle fonti regolatrici dei rapporti di impiego o il godimento di particolari diritti, come quello di sciopero (20).

Peraltro, la *puissance publique* può riscontrarsi anche nell'ambito di altri impieghi che, diversamente da quelli di cui all'art. 1 reg., sono meno agevolmente individuabili mediante la diretta e specifica identificazione dei relativi posti a causa della «dispersione» e della diversa qualificazione di questi ultimi nelle varie amministrazioni. D'altra parte, l'esercizio delle stesse funzioni può essere riscontrabile anche in una gamma indeterminata di incarichi particolari o temporanei, ovvero non necessariamente collegati a posti inseriti nelle piante organiche, anch'essi non immediatamente individuabili. Per ovviare a queste difficoltà, l'art. 2 reg. adotta un diverso metodo di identificazione, individuando in via generale le tipologie funzionali per le quali è richiesto il requisito della cittadinanza.

Si deve pertanto ritenere che al già nutrito elenco di posti «riservati» di cui all'art. 1 reg. si aggiungano altri posti ed incarichi a cui sono connesse talune delle funzioni di cui alle lett. a) e b) dell'art. 2 reg. (21). Tra gli uni e gli altri esiste però una importante differenza che dipende dalla diversa tecnica di individuazione e che riguarda la valutazione dell'esercizio di *puissance publique*. Per i posti elencati nell'art. 1 reg., tale valutazione viene effettuata una volta per tutte in sede regolamentare. Viceversa, per quelli non ricompresi in tale elenco tassativo (22), la valutazione viene operata caso per caso in relazione al fatto che vi siano o meno connesse le funzioni

indicate nell'art. 2 reg. (23).

Resta aperto il problema circa il possibile carattere discrezionale della predetta valutazione anche in ragione della estensione variabile di alcune delle funzioni indicate nell'art. 2. Senonché, la *ratio* della norma comunitaria, a cui il regolamento in esame intende dare attuazione, sembra imporre un orientamento necessariamente restrittivo, per non rischiare di far di nuovo prevalere i criteri nazionali su quelli comunitari (24).

Al di là di qualche perplessità sul citato problema della valutazione, queste previsioni appaiono sostanzialmente rispettose dell'*acquis* giurisprudenziale: lungi dal sostanzirsi in una acritica soppressione del requisito della cittadinanza, esse consentono l'identificazione delle funzioni per le quali esso risulta pienamente giustificabile, permettendo inoltre un reale confronto fra le diverse discipline nazionali in vista dell'apertura di un nuovo spazio di "dialogo" europeo in materia di impiego pubblico (Rusciano, 1995: p. 116).

NOTE

*Una versione parzialmente modificata di questo saggio è pubblicata in Baylos Grau, Caruso, D'Antona, Sciarra (a cura di), *Dizionario di Diritto del lavoro comunitario*, Bologna, Manduzzi, 1996, pp. 379-397.

1) Oltre che dalla cittadinanza, l'accesso degli stranieri ad impieghi pubblici può essere limitato dal possesso di particolari titoli di studio o professionali (sul cui riconoscimento v. le Direttive 89/48/CEE del 21 dicembre 1988 e 92/51/CEE del 18 giugno 1992) (Bianconcini, 1993: p. 3), nonché dalle «condizioni relative alle conoscenze linguistiche richieste in relazione alla natura dell'impiego offerto» (art. 3, n. 1, del Regolamento n. 1612/1968). Secondo la Corte (CGCE, 28 novembre 1989, in causa 379/87, *Groener c. Minister for Education of the City of Dublin Vocational Educational Committee*, in Raccolta, 1989, p. 3967 ss.), tale limite deve essere inteso restrittivamente: non solo deve essere congruo rispetto all'obiettivo che persegue, ma deve anche inquadrarsi nell'ambito di una politica generale ed essere giustificato in relazione alla natura dell'impiego per il quale è richiesto. Sul punto v., *infra*, paragrafo 7.

2) L'art. 6 della Costituzione del Regno del Belgio del 7 febbraio 1831 riconosce soltanto ai cittadini belgi il diritto di «venire ammessi agli impieghi civili e militari salvo le eccezioni che possono essere stabilite da una legge in casi particolari» (membri del corpo docente o del personale scientifico delle università, agenti consolari, qualifiche non dirigenziali del personale sanitario e del personale ausiliario degli istituti pubblici di assistenza sociale); i non cittadini possono peraltro essere assunti con contratto di diritto privato (Verhoeven, 1974: p. 195). L'art. 33, par. 2, della Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca del 23 maggio 1949 dispone che «ogni tedesco ha, secondo le proprie qualità, attitudini e specializzazione, parità di accesso ad ogni pubblico ufficio». L'art. 4 della Costituzione della Repubblica Ellenica del 9 giugno 1975 consente solo ai cittadini greci di

essere «ammessi alle cariche pubbliche, salvo le eccezioni previste da leggi speciali». Sulla stessa linea, l'art. 13, co. 2, della Costituzione del Regno di Spagna del 27 dicembre 1978 prevede che «solo gli spagnoli potranno godere dei diritti di cui all'art. 23», secondo il quale i cittadini hanno diritto «ad accedere su basi di uguaglianza alle funzioni e alle cariche pubbliche, qualora possiedano i requisiti previsti dalla legge». Sebbene non a livello costituzionale, il requisito della cittadinanza - che riguarda non solo i funzionari, ma si estende in generale a tutti gli *agents publics* il cui rapporto di impiego è disciplinato da regole derogatorie rispetto al diritto del lavoro comune - è richiesto anche nell'ordinamento francese in cui, se si escludono i professori universitari, è preclusa la nomina ad un impiego pubblico agli stranieri. Lo stesso art. 51 della Costituzione della Repubblica italiana del 1° gennaio 1948 riserva esplicitamente l'accesso «agli uffici pubblici... secondo i requisiti stabiliti dalla legge» ai cittadini italiani ed agli italiani non appartenenti alla Repubblica. La Corte costituzionale italiana ha però precisato che tale disposizione non può costituire un ostacolo all'applicabilità della normativa comunitaria e che, rispetto a quest'ultima, l'unico limite di costituzionalità può essere configurato soltanto in relazione ai «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» ed ai «diritti inviolabili della persona umana» (C. Cost. 27 dicembre 1973, n. 183, in «Giurisprudenza costituzionale», 1973, p. 2401 ss.) (Gaja, 1984: p. 145; per una panoramica sulla legislazione italiana in materia, v. Traina, 1991: p. 347 ss.).

3) CGCE, 12 febbraio 1974, in causa 152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, in Raccolta, 1974, I, p. 153; 17 dicembre 1980 e 26 maggio 1982, in causa 149/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, rispettivamente Racc., 1980, III, p. 3881, e Racc., 1985-5, p. 1845; 3 giugno 1986, in causa 307/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, Racc., 1986-6, p. 1725; 3 luglio 1986, in causa 66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden Württemberg*, Racc., 1986-7, p. 2121; 16 giugno 1987, in causa 225/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, Racc., 1987, p. 2625; 30 maggio 1989, in causa 33/88, *Alluè e Coonan c. Università degli studi di Venezia*, FI, 1990, IV, c. 162; 27 novembre 1991, in causa C-4/91, *Bleis c. Ministère de l'Education nationale*, in Bollettino, 1991; 15 marzo 1988, in causa 147/86, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, Racc., 1988. L'esigenza di un'interpretazione restrittiva della norma in esame - così come di quella immediatamente precedente in cui si fa riferimento alla nozione di «ordine pubblico» - deriva dal principio generale, accolto da tutti gli ordinamenti nazionali e pienamente operante anche nel diritto internazionale, secondo cui le deroghe a principi fondamentali non possono essere interpretate in senso estensivo (Jaeger, 1990: p. 790; Voicu, 1968: p. 39; Rousseau, 1970: p. 270). Pertanto, la portata di tali disposizioni derogatorie non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie» (CGCE, 28 ottobre 1975, in causa 36/75, *Rutili*, in Raccolta, 1975, p. 1231) (Druesne, 1982: p. 706; Mancini, 1989: p. 21).

4) Risoluzione adottata il 17 gennaio 1972 (GUCE n. C 10, p. 4).

5) Tale orientamento si iscrive nel solco del diritto internazionale classico in perfetta aderenza con la Convenzione europea di stabilimento del 13 dicembre 1955 che, fra l'altro, prevede che il concetto di pubblica funzione vada definito «secondo i canoni nazionali» (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 168 ss.).

6) Del resto, l'art. 48.4 è direttamente efficace e prevale sulle norme nazionali, comprese quelle di rango costituzionale, attribuendo «agli interessati dei diritti che le autorità nazionali devono rispettare e tutelare» (CGCE, 4 aprile 1974, in causa 167/73, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, Racc., 1974, p. 359 e 371; 8 aprile 1976, in

causa 48/75, *Royer*, Racc., 1976, p. 497; 7 luglio 1976, in causa 118/75, *Watson e Bellman*, Racc., 1976, p. 1185; 14 luglio 1976, in causa 13/76, *Donà e Mantero*, Racc., 1976, p. 1333).

7) A tale proposito si può richiamare il consolidato orientamento della Corte secondo cui: a) l'unico criterio per l'applicazione dell'art. 48 (nella sua interezza) è l'esistenza di un rapporto di lavoro indipendentemente dalla sua natura giuridica e dallo scopo che persegue; b) la nozione di «lavoratore» ha una portata comunitaria che, come tale, non può essere interpretata restrittivamente (CGCE, 23 marzo 1982, in causa 53/81, *Levin*, Racc., 1982, p. 1035); c) «la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione»; d) è assolutamente irrilevante che le predette prestazioni abbiano o meno natura economica, essendo sufficiente che l'attività presenti il carattere di una prestazione di lavoro retribuita, indipendentemente dal settore in cui viene effettuata (CGCE, 12 dicembre 1974, in causa 36/74, *Walrave*, Racc., 1974, p. 1405) (Rossi, 1994: c. 102).

8) Questa tesi trova suffragio nell'art. 8 del Regolamento del Consiglio n. 1612/68, secondo cui «il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro può essere escluso dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico ed all'esercizio di una funzione di diritto pubblico»: tra tali attività possono ricomprendersi quelle implicanti la presenza dei rappresentanti sindacali nei consigli di amministrazione degli enti pubblici economici.

9) CGCE, 21 giugno 1974, in causa 2/74, Racc., 1974, p. 662.

10) CGCE, 15 marzo 1989, in cause riunite 389 e 390/87, Racc., 1989, pp. 759-760.

11) Rispetto ai posti di «guardiano notturno», la cui ricomprensione nell'ambito della deroga desta *prima facie* qualche perplessità (Daniele, 1983: c. 1), la stessa Commissione aveva rilevato che la deroga si giustifica in quanto la loro attività di sorveglianza «è atta a consentire loro di accedere con facilità ai segreti della collettività pubblica».

12) Quest'ultimo caso riguardava una cittadina britannica che, dopo aver superato presso un'università tedesca l'esame scientifico per l'insegnamento nei licei-ginnasi, a causa della sua cittadinanza non veniva ammessa dal Provveditorato agli studi di Stoccarda al tirocinio professionale per il definitivo conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento. A tale proposito, occorre osservare che se è vero che il tirocinante nella sua attività esercita poteri pubblici, è vero pure che ciò non soddisfa appieno quanto richiesto complessivamente per l'applicazione della deroga di cui all'art. 48.4. Nel sistema scolastico, l'esercizio di pubblici poteri che siano anche finalizzati alla tutela degli interessi dello Stato potrebbe rintracciarsi in quelle attività «connesse all'orientamento pedagogico fondamentale dell'insegnamento» ed alla sua organizzazione generale: tali non sono, invece, «i singoli atti di un insegnante nella vita scolastica quotidiana», come la normale attività di insegnamento, il mantenimento della disciplina, l'attribuzione di voti o l'applicazione di sanzioni disciplinari in singoli casi, pur se gli ordinamenti giuridici nazionali li inquadrano in termini di esercizio di pubblici poteri (*Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, p. 2147) (Coen, 1983: p. 652).

13) Tale requisito non può essere giustificato neppure dal rilievo costituzionale che la funzione dell'insegnamento ha nell'ordinamento greco, giacché in tal modo si tornerebbe a legittimare la fissazione dell'ambito dei pubblici poteri da parte di ogni Stato membro.

14) Quest'ultima affermazione, tuttavia, è stata interpretata come una possibile inversione di tendenza nell'orientamento della Corte nella misura in cui sembra riservare ai cittadini non più soltanto le funzioni connesse all'esercizio della sovranità e della difesa degli

interessi generali dello Stato, ma anche i compiti di «assistenza o consulenza a soggetti investiti di poteri sovrani» (Triggiani, 1988: p. 826).

15) Va rilevato come l'orientamento della Corte «presenta il limite evidente di richiedere un'applicazione caso per caso dei criteri indicati» (Roccella-Treu, 1992: p. 111), mediante un'indagine «quanto meno sulla qualifica del lavoratore, perché solo alla luce di essa e delle attività esercitate è possibile stabilire se queste partecipino o meno dei poteri pubblici» (Pocar, 1983: p. 49). Ciò, indubbiamente, rende assai difficoltoso il superamento delle tenaci resistenze che i singoli ordinamenti nazionali - nonostante qualche segnale di inversione di tendenza (Adinolfi, 1990: p. 111; Traina, 1991: p. 357) - ancora oppongono alla penetrazione dei principi comunitari. In questa prospettiva si colloca il tentativo operato dalla Commissione delle Comunità europee con la Comunicazione in tema di «Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia di applicazione dell'art. 48, paragrafo 4 del Trattato CEE» (GUCE, 18 marzo 1988, 88/C 72/02), con cui la Commissione ha deciso di intraprendere un'azione sistematica per «eliminare le restrizioni fondate sulla cittadinanza che in ogni Stato membro vietano ai lavoratori degli altri Stati membri l'accesso agli impieghi di alcuni settori pubblici ben determinati» (Jaeger, 1990: pp. 798-799). Secondo la Commissione, l'orientamento della Corte induce a ritenere che gli impieghi rientranti nella deroga di cui all'art. 48.4 siano, innanzitutto, quelli in cui si esercitano «le funzioni specifiche dello Stato e delle collettività ad esso assimilabili, quali le forze armate, la polizia e le altre forze dell'ordine pubblico, la magistratura, l'amministrazione fiscale e la diplomazia». In secondo luogo, «gli impieghi dipendenti dai ministeri statali, dai governi regionali, dalle collettività territoriali e da altri enti assimilati e infine dalle banche centrali»: in questi casi però, deve trattarsi «del personale (funzionari ed altri) che eserciti le attività coordinate intorno ad un potere pubblico giuridico dello Stato o di un'altra persona morale di diritto pubblico, come l'elaborazione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione e la tutela degli organi dipendenti». La Commissione intende richiedere agli Stati membri di non riservare soltanto ai propri cittadini l'accesso agli impieghi in una serie di altri settori pubblici, caratterizzati dal fatto che le attività che vi vengono svolte sono (o possono essere) esercitate anche nel settore privato. Tali settori sono quelli: a) degli enti incaricati di gestire un servizio commerciale (es., trasporti pubblici, distribuzione di energie e risorse naturali, compagnie di navigazione aerea e marittima, poste e telecomunicazioni, enti radiotelevisivi); b) dei servizi operativi nel settore della pubblica sanità; c) dell'istruzione nelle scuole pubbliche; d) della ricerca a fini civili condotta presso istituti pubblici.

16) GUCE, 15 maggio 1990, n. C 119.

17) L'uso del termine «ovvero» sembra indicare che il legislatore italiano valuta i due requisiti in senso alternativo e non cumulativo.

18) Va ricordato che già l'art. 9 l. 28 febbraio 1990, n. 39 aveva riconosciuto agli stranieri, compresi i cittadini comunitari (art. 13), il diritto di accedere ai posti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 16 l. 56/1987.

19) Come si evince chiaramente anche dal secondo comma della stessa norma, ognuna di queste funzioni è in sé sufficiente a legittimare la richiesta del requisito della cittadinanza nazionale.

20) Anche dopo l'emanazione del d.lgs. n. 29/1993, gli impieghi che possono essere sottratti alla libera circolazione non sono solo quelli esclusivamente disciplinati in via unilaterale. Alcuni dei rapporti di cui al predetto art. 2, co. 4, vengono regolati anche in base ad

accordi sindacali che, per quanto diversi dai contratti collettivi di cui al d.lgs. n. 29/1993, rappresentano comunque un'espressione di autonomia collettiva (si veda, ad esempio, l'art. 43 l. 1° aprile 1981, n. 121 per il personale della Polizia di Stato). I dirigenti (non generali) sono invece pienamente assoggettati alla disciplina dei contratti collettivi, anche se per essi sono previste autonome aree negoziali separate in ogni comparto contrattuale (art. 46 d.lgs. n. 29/1993). Per quanto concerne il diritto di sciopero, l'esercizio di *puissance publique* non corrisponde automaticamente alla preclusione di tale diritto. A fronte dell'esplicito divieto per i militari e per le forze di polizia, per molte delle figure escluse dalla privatizzazione nonché per i dirigenti di cui all'art. 15 si pongono soltanto problemi di regolamentazione di esercizio del diritto ex l. 12 giugno 1990, n. 146, al pari degli altri dipendenti «privatizzati» che non rientrano nell'ambito della deroga di cui all'art. 48.4.

21) Per addurre qualche esempio, nel campo dell'ordine pubblico, ai posti direttamente «riservati» degli appartenenti alla Polizia di Stato e dei Carabinieri (art. 1, d) si affiancano quelli degli appartenenti alle varie polizie municipali (art. 2, a); nel campo giurisdizionale e del controllo in senso lato, ai posti direttamente «riservati» dei magistrati (art. 1, c) si aggiungono quelli dei membri degli organismi di controllo dei vari enti pubblici, come il Comitato regionale di controllo (art. 2, b).

22) L'elenco di cui all'art. 1, comma 1, reg., va inteso in senso tassativo solo in relazione al momento valutativo delle funzioni pubbliche ex art. 48.4 e non certamente rispetto alla tipologia degli impieghi per i quali è necessario il possesso della cittadinanza italiana.

23) Ciò trova conferma nel secondo comma dello stesso art. 2, il quale prevede che «il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, sentita l'amministrazione competente, esprime, entro sessanta giorni dalla ricezione della domanda dell'interessato, diniego motivato all'accesso a specifici impieghi o all'affidamento di incarichi che comportino esercizio di taluna delle funzioni indicate al comma 1». Il decreto, con cui è espresso il diniego, viene pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale ed «ha efficacia preclusiva sino a che non intervengano modifiche della situazione di fatto o di diritto che facciano venir meno l'impedimento all'accesso». E' evidente che i momenti in cui si articola questa procedura - la richiesta dell'interessato, il parere dell'amministrazione, la proposta del Ministro ed il decreto presidenziale di diniego motivato - presuppongono un'attività valutativa che può essere necessaria soltanto per la riconduzione di una fattispecie concreta a quella astrattamente delineata nell'art. 2.

24) Va infine ricordato che l'art. 3 reg. stabilisce i requisiti che i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea debbono possedere per poter accedere ai posti della pubblica amministrazione. Si tratta:

- a) del godimento dei diritti civili e politici anche negli Stati di appartenenza o di provenienza;
- b) del possesso di tutti i requisiti previsti per i cittadini italiani (salva, ovviamente, la cittadinanza) (es., titoli di studio ecc.);
- c) dell'adequata conoscenza della lingua italiana.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Adinolfi (1990), *Aspetti innovativi in tema di soggiorno e di trattamento dei cittadini di Stati membri della Comunità europea*, in «Rivista di diritto internazionale», p. 105.

Adinolfi (1992), voce *Lavoro nel diritto delle Comunità europee*, in "Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale", Torino, vol. VIII, p. 295.

Benedettelli (1983), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione nella giurisprudenza comunitaria in materia di diritti di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori*, in "Rivista di diritto europeo", p. 325.

Bianconcini (1993), *Il sistema comunitario di riconoscimento dei titoli di studio e l'accesso agli impieghi pubblici in Italia*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", III, p. 3.

Coen (1983), *La libera circolazione degli insegnanti nella prospettiva dei Paesi aderenti alla C.E.E.*, in "Il Consiglio di Stato", II, p. 647.

Daniele (1983), *nota a CGCE 17.12.1980 e 26.5.82*, in "Il foro italiano", IV, c. 1.

De Felice (1991), *Mobilità territoriale e impiego pubblico nella CEE*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", p. 331.

Druesne (1982), *Liberté de circulation des personnes et ordre public, à nouveau: comme la punition des filles de Danaos?*, in "Revue trimestrielle de droit européen", p. 706.

Foglia (1990), *Lettori di lingua straniera e Corte di giustizia CEE*, in "Il foro italiano", IV, c. 163.

Gaja (1973), voce *Lavoro (disciplina internazionale)*, a) diritto internazionale pubblico, in "Enciclopedia del diritto", Milano, vol. XXIII, p. 620.

Gaja (1984), *La normativa comunitaria sull'accesso al lavoro*, in Id. (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia*, Bologna, p. 123.

Jaeger (1990), *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", p. 785.

Levi Sandri (1974), *Artt. 48-51*, in Quadri, Monaco, Trabucchi, *Trattato istitutivo della CEE. Commentario*, Milano, I.

Luciani (1993), *Concorsi, selezioni ed assunzioni dopo la riforma del pubblico impiego*, in Rusciano e Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, p. 133.

Maestripieri (1970), *La libre circulation des personnes et des services dans la CEE*, Huele-Bruxelles-Namur.

Mancini (1989), *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in "Rivista di diritto europeo", p. 9.

Mastrangeli (1990), *Principio di libera circolazione nella CEE, lettori di lingua straniera e discriminazioni occulte*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", II, p. 328.

Mengoni (1970), *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, in "Il diritto del lavoro", p. 168.

Pocar (1983), *Diritto comunitario del lavoro*, Padova.

Roccella-Treu (1992), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova.

Rossi (1994), *I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria*, in "Il foro italiano", IV, c. 97.

Rusciano (1995), *Lavoro pubblico e Protocollo sociale*, in Aa.Vv., *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Roma, p. 105.

Rousseau (1970), *Droit international*, Paris, I.

Traina (1991), *Libertà di circolazione nella Comunità economica europea e pubblico impiego in Italia*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", p. 329.

Triggiani (1988), *La giurisprudenza internazionale e comunitaria in materia di lavoro nel 1986-1987*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", p. 807.

Verhoeven (1974), in Aa.Vv., *La libre circulation des travailleurs dans les pays de la C.E.E.*, Milano, p. 194.

Voicu (1968), *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris.