



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in Diritto dell'Unione Europea

**“LA ‘RISERVA’ DI CITTADINANZA PER GLI
IMPIEGHI NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E
LA SUA INTERPRETAZIONE NELLA
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA”**

Relatore:

Francesco Munari

Candidato:

Giada D'Alessandro

Anno accademico 2022-2023

INDICE

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I - l'eccezione degli impieghi nella pubblica amministrazione: limiti alla libera circolazione dei lavoratori	
I. Evoluzione del diritto della libera circolazione delle persone	7
I.I nozione di lavoratore e cenni sul contenuto del diritto alla libera circolazione	12
II. L'esclusione della libertà di circolazione per gli impieghi nella Pubblica amministrazione	18
III. Nozione di pubblica amministrazione	20
III.I L'orientamento giurisprudenziale sulla nozione di pubblica amministrazione	22
CAPITOLO II - giurisprudenza della Corte di giustizia	
I. Impieghi che non possono essere riservati ai cittadini dello Stato membro	25
I.I Vari impieghi non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art 45, comma 4, TFUE	26
I.II In particolare la sentenza "Haralambidis"	33
I.III Comunicazioni della Commissione	36
II. Normativa italiana	40
III. Parità di trattamento	43
III.I giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alle discriminazioni indirette	50
CONCLUSIONI	57
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUZIONE

La libera circolazione delle persone, insieme a quella delle merci, dei servizi e dei capitali, costituisce una delle quattro libertà fondamentali riconosciute dall'ordinamento dell'Unione europea.

Il principio di libera circolazione delle persone rappresenta un elemento cruciale dell'integrazione europea, infatti, permette ai cittadini europei di circolare e soggiornare liberamente all'interno degli Stati membri con la garanzia di non essere oggetto di discriminazioni o abusi all'interno di uno Stato diverso dal proprio.

L'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sancisce tale libertà assicurando che i lavoratori europei abbiano il diritto di muoversi liberamente tra gli altri Stati membri per motivi di lavoro.

La stessa norma, tuttavia, prevede delle eccezioni; in particolare, consente agli Stati membri la possibilità di riservare ai propri cittadini dei posti di lavoro all'interno della pubblica amministrazione (art 45, par. 4, TFUE).

Sarà proprio questo il tema centrale del presente lavoro, volto ad analizzare, in particolare come la Corte di giustizia dell'Unione europea, attraverso le sue decisioni, restringe l'ambito applicativo della deroga relativa agli impieghi nella pubblica amministrazione, garantendo in questo modo una mobilità equa.

L'analisi sarà introdotta da una ricostruzione dell'evoluzione dell'istituto che, partendo da una esigenza meramente economica volta alla realizzazione di un mercato unico, si è ampliato fino a diventare una libera circolazione delle persone in generale, in coerenza con una garanzia piena del diritto sancito all'art 45 del TFUE; sarà anche sottolineato il concetto di lavoratore ai sensi della normativa europea e quindi il significato che gli viene attribuito dalla giurisprudenza stessa.

Nel secondo capitolo sarà analizzata la distinzione giurisprudenziale tra gli impieghi che possono essere riservati ai cittadini di uno Stato membro e quelli, invece, che non possono esserlo, identificando le finalità alla base di tale distinzione e prendendo anche in considerazione la normativa italiana sul tema.

In particolare, in merito ad alcuni impieghi, saranno analizzate nel dettaglio alcune decisioni della Corte di giustizia; ciò permetterà di comprendere meglio gli orientamenti dei giudici europei alla base di questa disciplina.

Sarà infine analizzato il principio di non discriminazione, in quanto esso è essenziale ed indispensabile per poter garantire a pieno la libertà di circolazione; infatti il

principio di libera circolazione e il principio di non discriminazione sono strettamente correlati in quanto entrambi mirano ad assicurare un trattamento equo per i cittadini dell'Unione europea, garantendo ad essi pari opportunità lavorative e di godimento degli stessi diritti indipendentemente dalla loro nazionalità.

L'obiettivo sarà quindi, quello di sottolineare come la Corte di giustizia in via prioritaria garantisca la libera circolazione dei lavoratori attraverso una interpretazione restrittiva della riserva di cittadinanza nei pubblici impieghi, ottenendo in questo modo dei vantaggi: sia per i singoli che decidano di lavorare in un altro Paese dell'Unione europea, che per la società del Paese ospitante; permettendo da un lato, l'esercizio del diritto al libero movimento con la possibilità di migliorare la propria condizione personale e professionale, dall'altro l'opportunità dei Paesi ospitanti al reperimento di forza lavoro nei posti vacanti ed in caso di carenza di personale competente.

La libera circolazione mira a promuovere la mobilità dei cittadini europei all'interno dell'Unione, per questo vedremo che le restrizioni che possono essere applicate devono rispettare i principi di giustificazione, di proporzionalità e di non discriminazione per poter garantire un equilibrio tra i diritti dei lavoratori e le esigenze legittime degli Stati membri.

CAPITOLO I - l'eccezione degli impieghi nella pubblica amministrazione: limiti alla libera circolazione dei lavoratori

I. Evoluzione del diritto della libera circolazione delle persone

La libera circolazione dei lavoratori è uno dei principi fondamentali dell'Unione europea nonché il pilastro sul quale si basa la creazione del mercato interno¹, tale libertà contribuisce alla costruzione di una realtà sociale integrata², promuovendo l'inclusione sociale, economica e culturale dei lavoratori migranti³.

La mobilità della manodopera nell'Unione europea, quale “diritto fondamentale per i lavoratori e per le loro famiglie” deve essere, appunto, “uno dei mezzi che garantiscano la possibilità di migliorare le condizioni di vita e di lavoro e di facilitare la promozione sociale, contribuendo nel contempo a soddisfare le necessità dell'economia degli Stati membri”⁴.

Fin dal Trattato di Roma del 1957 (TCEE)⁵, uno degli obiettivi prioritari del processo di integrazione fu il riconoscimento del diritto di circolare liberamente e di soggiornare negli Stati membri. Tale libertà si è evoluta in modo graduale, partendo dall'essere garantita ai soli lavoratori subordinati fino ad estendersi, grazie alla giurisprudenza della Corte, ad ulteriori categorie di persone (ad esempio, gli studenti e

¹in tal senso cfr. la direttiva 2014/54/UE, relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione, essa prevede che “la libera circolazione dei lavoratori è una delle libertà fondamentali dei cittadini dell'Unione nonché uno dei pilastri del mercato interno dell'Unione sancita dall'articolo 45 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Questo principio trova ulteriore applicazione nel diritto dell'Unione mirante a garantire il pieno esercizio dei diritti conferiti ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari. Il termine «loro familiari» dovrebbe avere lo stesso significato del termine definito all'articolo 2, punto 2, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (3), che si applica anche ai familiari di lavoratori frontalieri.”

²in tal senso cfr. la Comunicazione del 13 luglio 2010, *Reaffirming the free movement of workers: rights and major developments*, dove viene affermato che l'Unione europea ha come obiettivo quello di costruire “una dimensione sociale importante”

³la libera circolazione dei lavoratori ha avuto un impatto significativo sull'Unione europea, favorendo la diversità culturale, lo scambio di competenze e l'integrazione economica e sociale tra gli Stati membri; essa ha aperto nuove opportunità di lavoro, ha stimolato l'innovazione e ha favorito la mobilità professionale all'interno di essa.

⁴ in tal senso cfr. 4° considerando, reg. UE n. 492/2011.

⁵ il 25 marzo 1957 vennero firmati due trattati: il trattato che istituì la Comunità economica europea (CEE) e il trattato che istituì la Comunità europea dell'energia atomica (CEEA o Euratom). Per entrambe le nuove Comunità, le decisioni venivano prese dal Consiglio su proposta della Commissione. L'Assemblea parlamentare doveva essere consultata e dare il suo parere al Consiglio. L'Assemblea aumentò di dimensioni contando fino a 142 membri. L'Assemblea parlamentare europea tenne la sua prima sessione l'anno successivo, il 19 marzo 1958. Con i Trattati di Roma, venne fatta una disposizione specifica per l'elezione diretta dei membri (attuata poi nel 1979).

i turisti)⁶; essa ha infatti interpretato in maniera estensiva le disposizioni del Trattato CEE relative ed essa.

La volontà della Comunità stessa (oggi Unione europea) andava nella direzione di dimostrare l'allargamento degli obiettivi, dapprima solamente economici, dell'integrazione europea, poi ampliati con l'intenzione di facilitare il godimento dei diritti di libera circolazione, rafforzando così il sentimento di appartenenza ad una stessa Comunità.

Alle origini, quindi, solo i cittadini degli Stati membri che intendevano spostarsi in un altro Stati per prestavi un'attività lavorativa, sia essa autonomo o subordinata, godevano di tale libertà.

Infatti, il mercato comune, secondo l'originario disegno dei Trattati prevedeva, l'eliminazione degli ostacoli, tra gli Stati membri , alla libera circolazione “delle persone”⁷, ma in realtà le pertinenti disposizioni materiali si occupavano dei soli cittadini c.d. ‘economicamente attivi’ per assicurare loro l'ingresso e il soggiorno in un altro Stato membro al fine di prestare, senza subire discriminazioni, la propria attività come lavoratori subordinati o di prestarvi servizi come indipendenti⁸; qui, appunto, il termine persona vale come ‘fattore produttivo’ che il mercato vuole libero di essere scambiato senza restrizioni.

Il trattato di Maastricht del 1992⁹, ha determinato un importante impulso al fine di garantire in modo generalizzato la libertà di circolazione attraverso l'introduzione della nozione di cittadinanza europea, che ha come corollari il diritto per i cittadini degli Stati membri di circolare e di soggiornare liberamente.

Da questo momento la libertà di circolazione è diventata a tutti gli effetti un diritto che discende dallo status di cittadino dell'Unione europea.

Successivamente un passo importante nel quadro delle politiche di migrazione fu compiuto con il Trattato di Amsterdam, in vigore dal primo maggio del 1999¹⁰; infatti con questo Trattato si pongono le basi per conservare e sviluppare l'Unione quale

⁶G. STROZZI, and A. ADINOLFI. “*Diritto dell'Unione europea : parte speciale. 3.*” ed. Torino, 2010, pag. 64.

⁷art. 3 lett c) TCEE.

⁸R. ADAM e A. TIZZANO, “*Manuale di diritto della unione europea*”, 2. ed.Torini, 2017, pag. 479.

⁹il Trattato di Maastricht, o Trattato sull'Unione europea (TUE), è uno dei trattati dell'Unione Europea, firmato il 7 febbraio 1992 a Maastricht nei Paesi Bassi, dai dodici paesi membri dell'allora Comunità europea, oggi Unione europea, ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, che definisce i cosiddetti tre pilastri dell'Unione europea, fissando anche le regole politiche e i parametri economici e sociali necessari per l'ingresso dei vari Stati aderenti nella suddetta Unione.

¹⁰venne firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora 15 paesi dell'Unione europea ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme alle misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione alla criminalità e la lotta contro quest'ultima.

Oggi la libera circolazione è garantita a tutti i cittadini dell'Unione europea ai sensi dagli artt. 45-48 TFUE, nonché all'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea.

L'art. 45, par. 1, TFUE sancisce che “la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata”, essa comporta l'eliminazione delle barriere amministrative che ne impediscono l'ingresso ed il soggiorno in un altro Stato membro¹¹ e l'attribuzione allo stesso lavoratore di diritti che non lo pongano in una situazione di svantaggio e sfavore rispetto ai lavoratori “nazionali”¹². Libertà di circolazione significa anche riconoscimento dei diritti sociali e diritti del lavoratore, garantiti dallo Stato ospitante ai loro cittadini, e si traduce in canale di accesso ad un insieme di prerogative nelle quali si sostanzia la ‘cittadinanza sociale’¹³, come il diritto di residenza del lavoratore¹⁴, i diritti previdenziali¹⁵ e di assistenza sanitaria¹⁶, il

¹¹art. 45, par. 2, TFUE “essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”.

¹²art. 45, par. 3, TFUE “atte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa importa il diritto: a) di rispondere a offerte di lavoro effettive; b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri; c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali; d) di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego”.

¹³la nozione di cittadinanza sociale rimanda al concetto di cittadinanza proposto da Marshall e ne rappresenta uno degli elementi costitutivi. Marshall individua tre componenti della cittadinanza, costituiti dai diritti che spettano all'individuo in quanto membro di una comunità: i diritti civili, politici e sociali. L'elemento sociale è definito come “tutta la gamma che va da un minimo di benessere e di sicurezza economici fino al diritto a partecipare pienamente al retaggio sociale e a vivere la vita di persona civile, secondo i canoni vigenti nella società”.

¹⁴in tal senso cfr. Direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori a libera circolazione dei lavoratori, infatti la libera circolazione dei lavoratori consente ai cittadini europei di risiedere e lavorare liberamente in qualsiasi Stato membro dell'UE. Ciò significa che i cittadini dell'UE possono cercare lavoro in altri paesi dell'UE e godere dei diritti legati all'occupazione, come la parità di trattamento sul posto di lavoro, le condizioni di lavoro dignitose e il diritto a benefici sociali correlati all'occupazione.

¹⁵grazie alla libera circolazione dei lavoratori, i cittadini europei possono beneficiare dei diritti previdenziali, come le pensioni, i sussidi di disoccupazione e le prestazioni sociali, nei paesi in cui hanno lavorato o risieduto.

¹⁶in tal senso cfr. la direttiva 2011/24/UE che regola l'assistenza sanitaria transfrontaliera, permette ai cittadini europei di ricevere, a determinate condizioni, prestazioni sanitarie in un altro Paese dell'Unione europea diverso da quello di residenza. In questo modo, i cittadini europei potranno decidere di curarsi in un altro Paese dell'UE.

riconoscimento di qualifiche professionali¹⁷ nonché i diritti dei familiari dei lavoratori migranti¹⁸.

L'art. 45 TFUE appare così norma di attuazione del principio generale enunciato dall'art. 18 TFUE¹⁹, che vieta “ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”.

Applicato ai lavoratori subordinati, esso si declina nei termini del diritto di rispondere alle offerte di lavoro, di spostarsi, prendere dimora in altri Stati membri e di rimanervi a determinate condizioni al termine dell'occupazione.

Come premesso, questa libertà fondamentale rispetto alla sua concezione nel quadro del mercato unico si è allargata oltre ai suoi originali parametri, producendo di conseguenza un affievolimento della funzionalizzazione economica della libertà di circolazione. Infatti essa è passata da essere prettamente assicuratrice di un riscontro economico a creatrice di nuove opportunità e di diritti per i cittadini europei; diritti che sono stati progressivamente estesi non solo ai familiari del lavoratore, ma anche a chi lavoratore non è ancora o non è più.

La libertà di circolazione, come sopra annunciato, è inoltre enunciata dalla Carta dei diritti fondamentali della Unione europea²⁰ che, ai sensi dell' art. 6 TUE ha lo stesso valore giuridico dei Trattati²¹.

La Carta prevede, all'art 45 par.1, che “ogni cittadino dell'Unione europea ha il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio di uno Stato membro”.

Occorre tuttavia ricordare che ai sensi dell'art 52, par. 2, della Carta, i diritti da essa riconosciuti “per i quali i Trattati prevedono disposizioni, si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti”; ciò comporta che tale libertà, benché enunciata dall'art 45 in termini generali, è tuttora soggetta ai limiti e alle condizioni, previsti dal TFUE e dagli atti derivati.

¹⁷direttiva 2013/55/UE del parlamento e del consiglio del 20 novembre 2013 recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).

¹⁸in tal senso cfr. la direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

¹⁹art. 18 TFUE “nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”.

²⁰la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è entrata in vigore il primo dicembre 2009 ed è giuridicamente vincolante in tutti gli Stati membri dell' Unione europea.

²¹il Trattato di Lisbona firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, è composto dal Trattato dell'Unione europea (TUE) e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Infatti, una di queste limitazioni, che sarà meglio analizzata in seguito, è quella prevista all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE, dove viene stabilito che la libera circolazione dei lavoratori non si applica agli impieghi nella pubblica amministrazione.

In conclusione possiamo ricordare che le modalità di esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno delle persone dell'Unione e dei loro familiari sono regolate dalla direttiva 2004/38/CE²². In particolare tale direttiva prevede che per i cittadini dell'Unione vige il diritto di soggiornare nel territorio di un altro Stato membro per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità²³.

Il mantenimento di tale diritto di soggiorno perdura finché gli stessi cittadini non diventino “un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante”²⁴. Per periodi superiori a tre mesi tale diritto è, invece, garantito solo ai lavoratori, subordinati o autonomi o a coloro che dispongano “di risorse economiche sufficienti”, in modo da non essere un onere sul sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, nonché di un'assicurazione di malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante.

Assume rilievo, accanto alla direttiva menzionata sopra, il regolamento n. 492/2011²⁵, che sancisce il diritto di ogni cittadino di uno Stato membro, “di accedere ad un'attività subordinata e di esercitarla sul territorio di un altro Stato membro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali di detto Stato”²⁶.

²²direttiva 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, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

²³art. 6 della direttiva 2004/38/CE “ 1. I cittadini dell'Unione hanno il diritto di soggiornare nel territorio di un altro Stato membro per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità. 2. Le disposizioni del paragrafo 1 si applicano anche ai familiari in possesso di un passaporto in corso di validità non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che accompagnino o raggiungano il cittadino dell'Unione”.

²⁴ art 24 direttiva 2004/38/CE.

²⁵regolamento (UE) N. 492/2011 del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

²⁶art. 1, regolamento dell'Unione europea n. 492/2011.

1.1 nozione di lavoratore e cenni sul contenuto del diritto alla libera circolazione

Prima di definire il contenuto della libera circolazione dei lavoratori, è opportuno sottolineare che il Trattato non definisce il termine ‘lavoratore’; tuttavia una identificazione precisa di tale nozione è essenziale, non solo per comprendere l’estensione dell’ambito applicativo di tale libertà, ma anche per poter distinguere quest’ultima dalla libertà di stabilimento e prestazione di servizi²⁷.

Pertanto, occorre analizzare la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale adotta una nozione ‘comunitaria’, cioè autonoma e uniformemente elaborata attraverso le sue decisioni²⁸.

Per questo la nozione di lavoratore non è suscettibile di influenze derivanti dalle nozioni adottate dal diritto interno di ciascuno Stato membro, ma deve essere intesa in modo omogeneo ed uniforme, escludendo così la facoltà ad ogni singolo Stato di “modificare la portata della nozione di lavoratore migrante ed escludere a suo piacimento determinate categorie di persone dalle garanzie offerte dal Trattato”²⁹.

Viene quindi sottratta ai legislatori nazionali la delimitazione del campo di applicazione della normativa in esame per essere individuata in ambito sovranazionale attraverso criteri di definizione omogenei ed ampi, proprio al fine di garantire l’effettività del principio di libera circolazione dei lavoratori³⁰.

²⁷i lavoratori autonomi e i professionisti o le persone giuridiche ai sensi dell'articolo 54 TFUE che operano legalmente in uno Stato membro possono: i) esercitare un'attività economica in un altro Stato membro su base stabile e continuativa (libertà di stabilimento: articolo 49 TFUE); o ii) offrire e fornire i loro servizi in altri Stati membri su base temporanea pur restando nel loro paese d'origine (libera prestazione dei servizi: articolo 56 TFUE). Ciò presuppone non soltanto l'abolizione di ogni discriminazione basata sulla nazionalità ma anche, al fine di poter usufruire concretamente di tale libertà, l'adozione di misure volte a facilitarne l'esercizio, compresa l'armonizzazione delle norme nazionali di accesso o il loro riconoscimento reciproco.

²⁸i giudici della Corte di giustizia hanno sviluppato nel corso del tempo nozioni autonome del diritto dell'UE, che significa che essi interpretano e applicano le norme dell'Unione europea in maniera indipendente rispetto ai diritti nazionali degli Stati membri. Ciò consente di assicurare una corretta applicazione e uniformità dell'interpretazione del diritto dell'UE in tutti gli Stati membri, evitando discrepanze o divergenze interpretative tra i vari tribunali nazionali. La nozione autonoma elaborata dai giudici europei si basa sul principio del primato del diritto dell'UE, secondo il quale il diritto europeo ha precedenza sul diritto nazionale degli Stati membri in ambiti di competenza dell'Unione. Pertanto, le interpretazioni fornite dalla Corte di giustizia sulle disposizioni del diritto dell'Unione europea sono vincolanti per tutti gli Stati membri, i quali devono adattare le proprie decisioni alle interpretazioni stabilite dalla Corte.

²⁹sentenza della Corte del 19 marzo 1964, C-75/63, *M.K.H. Unger in Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*.

³⁰è stato chiarito che al fine del significato della nozione di “lavoratore” e di “attività di lavoro subordinato” occorre “avvalersi dei principi interpretativi generalmente ammessi, assumendo come base il senso che correntemente si attribuisce a queste espressioni nel loro contesto ed alla luce delle finalità del Trattato”, cfr sentenza della Corte del 23 marzo 1982, C-53/81, *D.M. Levin c. Segretario di Stato per la giustizia*.

Sarebbe, in questo modo, scongiurato il rischio che si producano molteplici e differenti nozioni di lavoratore per ogni Stato membro e, di conseguenza, perda di importanza l'autonomia riconosciuta alla dimensione euro-unitaria.

La nozione euro-unitaria sopra richiamata è utilizzata per stabilire chi debba essere considerato lavoratore e quindi rientrante nell'applicazione di alcune direttive dell'Unione europea in ambito sociale, come quella “concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro”³¹, nonché quella sulla “parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”³².

Come precisato nelle decisioni della Corte, tale nozione di lavoratore “non può essere interpretata in vario modo, con riferimento agli ordinamenti nazionali, ma ha una portata autonoma propria del diritto dell'Unione”; essa deve essere definita “in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate”³³.

Dunque, l'ampiezza della nozione unionale include soggetti che non sono considerati lavoratori secondo il diritto nazionale.

Tutto ciò è stato realizzato perché ha acquisito sempre più importanza l'obiettivo della protezione sociale dei lavoratori e per questo la Corte di giustizia ha abbandonato l'approccio, tradizionalmente perseguito attraverso un rinvio a definizioni nazionali, detto minimalista, per poter garantire un livello di tutela il più possibile uniforme in ambito euro-unitario sulla base di criteri comuni³⁴.

In concreto, la Corte ha precisato che sono tre i criteri per identificare il ‘lavoratore’: il primo si riferisce allo svolgimento di prestazioni lavorative, precisando che esse devono corrispondere ad “attività economiche reali ed effettive”; il secondo è il carattere subordinato del rapporto, quindi un vincolo di subordinazione rispetto al potere organizzativo di un altro soggetto; il terzo criterio riguarda la percezione di un salario per l'attività prestata, essendo necessario che l'attività lavorativa venga remunerata³⁵.

³¹ direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

³² direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

³³ cfr. le decisioni della Corte : Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère c. Premier ministre* e altri. e sentenza della Corte (Settima Sezione) del 1° ottobre 2015, C-432/14, *O c. Bio Philippe Auguste SARL*.

³⁴ G. STROZZI, and A. ADINOLFI. “*Diritto dell'Unione europea : parte speciale. 3.*” Torino Giappichelli, 2010, pag 98-99.

³⁵ R. ADAM e A. TIZZANO, “*Manuale di diritto della unione europea*”, 2. ed. Torino, 2017, pag. 483.

Per quanto concerne l'attività lavorativa, essa deve essere svolta in posizione di soggezione al potere di direzione del destinatario e dietro pagamento di una retribuzione³⁶, che presenti un "carattere reale ed effettivo", restando escluse le "attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie", nonché quelle che costituiscono soltanto "uno strumento di rieducazione o di reinserimento" delle persone che le esercitano³⁷. L'attività lavorativa prestata è dunque valutata sulla base del criterio della economicità, per questo viene definita attività economicamente valutabile.

La Corte ha avuto molte perplessità sulla totalità degli effetti positivi della estensione della nozione di lavoratore ed ha infatti rimarcato la necessità di non gravare economicamente sulle finanze pubbliche e sul sistema di sicurezza sociale dei diversi Stati ospitanti³⁸.

Dalle ultime riflessioni della Corte si evince, in effetti, la preoccupazione per il progressivo ampliamento del campo di applicazione soggettivo delle norme sulla libera circolazione; ritenendo per questo, che sia comunque necessario verificare se le attività lavorative siano realmente qualificabili come attività economiche³⁹.

³⁶sentenza della Corte (Prima Sezione) del 28 febbraio 2013, C-544/11, *Helga Petersen e Peter Petersen c. Finanzamt Ludwigshafen*.

³⁷sentenza della Corte del 31 maggio 1989, C-344/87, *I. Bettray c. Staatssecretaris van Justitie* e sentenza della Corte (grande sezione) del 7 settembre 2004, C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*.

³⁸l'obiettivo dell'architettura delle politiche di bilancio dell'Unione europea è di istituire un quadro solido ed efficace per il coordinamento e la vigilanza delle politiche di bilancio degli Stati membri. Le riforme del 2011-2013 del quadro giuridico rappresentano una risposta diretta alla crisi del debito sovrano, che ha mostrato la necessità di norme più severe, alla luce delle ripercussioni negative dell'insostenibilità delle finanze pubbliche tra gli Stati membri. Il quadro riveduto si basa pertanto sulle esperienze delle iniziali carenze progettuali dell'Unione monetaria europea e tenta di rafforzare il principio guida di finanze pubbliche sane, sancito dall'articolo 119, paragrafo 3, del TFUE.

³⁹la giurisprudenza della Corte di giustizia nelle sue decisioni ha affermato che tra queste attività vi rientrano: il lavoro subordinato, cioè l'occupazione in cui il lavoratore è dipendente da un datore di lavoro e svolge un'attività sotto la sua direzione e controllo e uesto può includere lavoratori a tempo pieno, a tempo parziale (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 1982, C-53/8, *D.M. Levin c. Segretario di Stato per la giustizia*); lavoro autonomo, ciò significa che le persone che gestiscono la propria attività economica, senza essere subordinati ad un datore di lavoro specifico, possono essere considerate lavoratori nell'Unione europea, ad esempio, gli imprenditori, i liberi professionisti, gli artigiani e gli agricoltori possono rientrare in questa categoria; lavoro a tempo parziale cioè i lavoratori che svolgono un'attività economica in modo regolare e significativo, anche se per un numero ridotto di ore rispetto al lavoro a tempo pieno, possono essere considerati lavoratori nell'UE e beneficiare dei diritti associati a tale status ; lavoro stagionale, esso può essere considerato un'attività lavorativa ai sensi del diritto europeo infatti coloro che svolgono un'attività economica effettiva e non marginale durante una specifica stagione possono beneficiare dei diritti di lavoratore nell'Unione europea (cfr. sentenza della Corte del 6 novembre 2003, C-413/01, *Franca Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*); anche l'attività formativa, ad esempio, purché esercitata nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato e retribuita, è stata generalmente considerata dalla Corte di Giustizia rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 45 del TFUE (cfr. sentenza del 3 luglio 1986, C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*).

Si può infatti scorgere nei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte, un irrigidimento rispetto alle precedenti affermazioni ed una tendenza a rimarcare la necessità di prestare un'attività economica rilevante proprio al fine del godimento delle prestazioni sociali.

Nonostante i chiari esiti degli indirizzi dei giudici europei in merito ad una ampia nozione di lavoratore destinata probabilmente a divenire sempre più universalmente efficace, residuano alcune incertezze intorno ai problemi ad essa legati e, in particolare, alle conseguenti tutele estensibili al lavoratore migrante.

L'attenzione deve, invero, essere rivolta al confine cruciale tra attività lavorativa ed attività del tutto "marginale e accessoria", cioè alla differenza tra chi può essere considerato lavoratore e chi lavoratore non lo è.

Dalla delimitazione del confine tra le due tipologie di soggetti dipende infatti la garanzia della libertà di circolazione all'interno della Unione europea come lavoratore, nonché il riconoscimento delle tutele assistenziali nei confronti dei lavoratori migranti. Per poter garantire l'effettività del principio di libertà di circolazione quale fondamento del processo d'integrazione europea, è dunque necessario un bilanciamento tra la garanzia del principio fondamentale di parità di trattamento e la mancanza di disponibilità di risorse sufficienti in capo allo Stato membro ospitante.

In particolare nelle recenti sentenze della Corte di giustizia è stata affermata la compatibilità con il diritto dell'Unione europea di una normativa nazionale che neghi prestazioni sociali non contributive ai cittadini di altri Stati membri, allorché questi non godano di un diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante in forza della direttiva 2004/38/CE, precisamente è stato chiarito che "nulla osta a che la concessione di tali prestazioni a cittadini dell'Unione economicamente inattivi sia subordinata al requisito che essi soddisfino le condizioni per disporre di un diritto di soggiorno legale nello Stato membro ospitante"⁴⁰.

Per valutare se cittadini dell'Unione economicamente inattivi possano rivendicare un trattamento pari a quello dei cittadini di altro Stato membro, ottenendo un diritto alle prestazioni sociali, occorre esaminare se l'obbligo di disporre di risorse economiche sufficienti sia rispettato⁴¹.

⁴⁰sentenza della Corte (Prima Sezione) del 14 giugno 2016, C-308/14, *Commissione europea c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*.

⁴¹ art. 7, par. 1, lett b), direttiva 2004/38, cit. richiede di "disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello

Una posizione diversa da quella esposta sopra si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di evitare che i cittadini di altri Stati membri diventino un "onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante"⁴².

Ne consegue una posizione da parte della Corte di giustizia definitiva e consolidata ancorché molto controversa sulla questione, in quanto, oltre ai molteplici vantaggi⁴³ che il principio di libertà di circolazione apporta, crea, in alcuni casi, preoccupazioni in capo agli Stati membri legate a questioni quali l'aumento della concorrenza nel mercato del lavoro, la pressione sui sistemi di sicurezza sociale o l'effetto sulla coesione sociale e culturale, infatti essi potrebbero ritenere che un afflusso significativo di lavoratori provenienti da altri Paesi possa mettere sotto pressione il proprio sistema di *welfare*, ad esempio in termini di accesso all'assistenza sanitaria o alle prestazioni sociali o che l'arrivo di lavoratori stranieri potrebbe causare una maggiore competizione nel mercato del lavoro locale, con possibili effetti sui salari e sulle condizioni lavorative⁴⁴.

Il punto di partenza rimane, però, l'uniforme individuazione dei criteri deputati a qualificare il "lavoratore" che gode della libertà di circolazione, ossia il soggetto economicamente attivo, in quanto esercente attività reali ed effettive, e per tale motivo beneficiario delle tutele assistenziali riservate ai cittadini nazionali.

L'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia in merito alla definizione di lavoratore ai sensi dell'art. 45 del TFUE mantiene, in definitiva, un'importanza centrale.

Passando ora al contenuto di tale libertà, l'art 45, par.2, TFUE, comporta "l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro"; al paragrafo 3 della stessa disposizione sono enumerati, seppur in termini non esaustivi, una serie di diritti, che conseguono al principio generale: a) il diritto di

Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante".

⁴²direttiva 2004/38/CE, decimo considerando "occorre tuttavia evitare che coloro che esercitano il loro diritto di soggiorno diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo iniziale di soggiorno. Pertanto il diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari per un periodo superiore a tre mesi dovrebbe essere subordinato a condizioni.

⁴³alcuni dei principali vantaggi della libertà di circolazione sono : la crescita economica di tutti gli Stati membri della Unione europea, la creazione di un mercato unico in cui le barriere ed ostacoli all'interno di tale area vengono limitati o addirittura eliminati, favorisce la diversità cultura nonché il turismo e gli scambi culturali.

⁴⁴G. STROZZI, and A. ADINOLFI. "Diritto dell'Unione europea : parte speciale. 3." ed. Torino, 2010, pag 148-149-150.

rispondere ad offerte di lavoro effettive; *b*) il diritto di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri, *c*) il diritto di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali, nonché *d*) il diritto di rimanere (a determinate condizioni), sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego.

Alla base di tutto ciò, resta il principio cardine di non discriminazione tra i lavoratori migranti cittadini dell'Unione e quelli dello Stato membro d'immigrazione, con il corollario del principio del trattamento nazionale, il quale implica non solo che le stesse norme siano applicate ai cittadini nazionali e agli stranieri, ma che dette norme siano applicate a queste due categorie di persone allo stesso modo⁴⁵.

Tali discriminazioni sono ulteriormente specificate all'art 18 del TFUE e dall'art. 21, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea nonché nella dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo e nelle leggi costituzionali e nazionali degli Stati membri⁴⁶, ed inoltre esse sono vietate sia quando si presentano in forma palese e diretta, sia nella forma delle c.d. discriminazioni indirette o occulte, cioè quelle misure che sono applicate indistintamente ai lavoratori migranti e a quelli cittadini dello Stati d'immigrazione ma hanno tuttavia lo scopo o l'effetto principale di discriminazione tra lavoratori nazionali e non⁴⁷.

Quindi una piena assimilazione, del lavoratore migrante alla condizione giuridica del lavoratore nazionale sotto ogni profilo della disciplina del rapporto di lavoro: dall'accesso all'impiego al trattamento economico e normativo, sino alla normativa in materia di licenziamenti ed alle tutele di sicurezza sociale.

La parità di trattamento dei lavoratori è un argomento che sarà più dettagliatamente analizzato in seguito.

⁴⁵R. ADAM e A. TIZZANO, *“Manuale di diritto della unione europea”*, 2. ed. Torino, 2017, pag.486.

⁴⁶la base normativa del principio di non discriminazione sarà meglio analizzata nel paragrafo II del capitolo III.

⁴⁷vedi par.III, capitolo II.

II. L'esclusione della libertà di circolazione per gli impieghi nella pubblica amministrazione

Il quarto paragrafo dell'art 45 TFUE⁴⁸ esclude l'applicazione dei precedenti tre paragrafi, e quindi l'intera disciplina della libera circolazione dei lavoratori, agli "impieghi della pubblica amministrazione".

Come già accennato precedentemente, la norma indica un principio che investe tutta l'area della libertà di circolazione delle persone, andando oltre l'ambito del lavoro subordinato.

A conferma di ciò, anche l'art. 51, TFUE⁴⁹, esclude le attività che partecipano sia pure occasionalmente all'esercizio dei pubblici poteri dall'ambito di applicazione della libertà di stabilimento.

Tuttavia, mentre dallo stabilimento e dalla prestazione di servizi gli stranieri sono esclusi sulla base di un criterio oggettivo solo per quelle attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri, in relazione ai lavoratori l'esclusione non è compiuta con riferimento alla concreta funzione che è chiamato a coprire il lavoratore, quanto in modo più generico, al criterio soggettivo dell'avere come controparte del rapporto lavorativo un'amministrazione pubblica⁵⁰.

L'esclusione del principio di libertà di circolazione dei lavoratori negli "impieghi della pubblica amministrazione" è stato previsto per evitare che tali attività siano condotte da soggetti stranieri rispetto ai cittadini dello Stato membro, perché, come ha precisato la Corte di giustizia, essi "presuppongono, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un particolare rapporto di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità dei diritti e dei doveri che sono la base del vincolo di cittadinanza"⁵¹.

Questa, è quindi, una deroga di natura specifica posta a garanzia della sovranità nazionale, trovando la sua giustificazione nel particolare rapporto di cui sono titolari i lavoratori nel settore pubblico.

⁴⁸art. 45, comma 4, TFUE "Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione".

⁴⁹art. 51, TFUE "Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri".

⁵⁰B. NASCIMBENE e M.CONDINANZI, "Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone" 2. ed. Milano, 2006, pag.113.

⁵¹sentenza del 27 novembre 1991, Bleis, Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 27 novembre 1991, C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale*.

Essendo una eccezione di una libertà fondamentale occorre una interpretazione restrittiva della disposizione che non deve essere riferita, come la sua formulazione letterale lascia intendere, alla totalità degli impieghi nella pubblica amministrazione, ma permette di escludere gli stranieri soltanto dall'esercizio di tali attività per le quali lo Stato abbia uno specifico interesse a riservare ai propri cittadini.

Gli Stati hanno pertanto inteso riservare ai propri cittadini quelle attività, non importa se esercitate a titolo di lavoro subordinato od autonomo, ritenute particolarmente sensibili per gli interessi generali del Paese.

In questo caso sorge, dunque, la questione di quale sia la posizione dei cittadini dell'Unione che abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione e al soggiorno in relazione all'accesso e al trattamento nel settore del pubblico impiego; in questo ambito infatti manca una disciplina di diritto derivato, perciò la giurisprudenza della Corte di giustizia è intervenuta erodendo l'ambito di discrezionalità statale nell'esercizio della propria sovranità e aprendo varchi di accesso al cittadino straniero negli impieghi pubblici dello Stato ospitante⁵².

Per completezza di informazioni si deve sottolineare che la libertà di movimento dei lavoratori come è espressamente previsto all'art. 45, par. 2, TFUE, può essere limitata per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica; anch'esse hanno subito una interpretazione rigorosamente restrittiva, come d'altronde tutte le deroghe a libertà fondamentali.

Ad esempio, la giurisprudenza della Corte, pur ammettendo un certo margine di apprezzamento degli Stati membri nella definizione delle ragioni di ordine pubblico, ha essenzialmente elaborato una nozione autonoma, soprattutto vista la forte tendenza degli Stati membri a farvi ricorso, in particolare nei periodi di crisi, invocando la difesa delle specifiche identità politico-culturali nazionali, affermando che in essa vi rientrano solo comportamenti personali dell'individuo che integrino una minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività⁵³

Qualora si presentino tali situazioni di motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, lo Stato membro può negare l'ingresso ad un cittadino di un altro Stato membro e può adottare misure limitative del soggiorno nei confronti del

⁵²S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *“La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze”*, Bologna, 2007.

⁵³B. NASCIMBENE e M.CONDINANZI, *“Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone”* 2. ed. Milano, 2006, pag.114.

cittadino che già si trova sul suo territorio e oltretutto, essi sono gli unici motivi che possono giustificare lesioni del principio di parità di trattamento nei confronti del lavoratore migrante.

I suddetti limiti sono precisati nella direttiva 2004/38/CE, che dispone criteri analoghi a quelli stabiliti per i lavoratori subordinati, con l'aggiunta di alcuni principi ricavati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La *ratio* della direttiva, come già sopra accennato, è quella di impedire che gli Stati membri valutino in maniera arbitraria quelli che sono aspetti che possono mettere a rischio in modo evidente la libertà di circolazione.

L'interpretazione particolarmente restrittiva dei limiti alla libertà di circolazione è quindi in sintonia con le finalità alla base dello status di cittadino dell'Unione europea.

La direttiva 2004/38/CE indica infatti che uno Stato membro, quando si trova nella condizione di dover adottare un provvedimento restrittivo di allontanamento, deve tener conto di circostanze come la durata del soggiorno nello Stato ospitante, la situazione familiare ed economica, l'integrazione sociale e culturale, perché tali circostanze possono portare a ritenere che il cittadino dell'Unione debba trattenerci nello Stato ospitante⁵⁴.

È necessario realizzare un giusto bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'ordine pubblico, da un lato, e dall'altro la situazione personale del cittadino straniero; per questa ragione il provvedimento di allontanamento deve costituire l'*extrema ratio* a disposizione delle autorità statali, portando a un conseguente ridimensionamento dei poteri discrezionali degli Stati stessi.

III. Nozione di pubblica amministrazione

Da un punto di vista sistematico, nell'affrontare il tema dell'accesso dei cittadini europei al pubblico impiego, la prima norma che viene in rilievo è l'art. 45 par. 4, TFUE; esso prevede una eccezione alla libera circolazione per quanto riguarda "gli impieghi nella pubblica amministrazione", risulta dunque cruciale definire tale concetto per poter comprendere l'ambito di applicazione della disposizione in esame.

⁵⁴art. 28 direttiva 2004/38/CE.

A tale proposito, occorre osservare che non esiste una nozione unitaria, a livello europeo, di pubblica amministrazione ma, al contrario, a seconda dello specifico ambito normativo che viene in rilievo, sono individuabili diverse nozioni.

Le nozioni di pubblica amministrazione, in generale, nel diritto europeo, si definiscono in funzione della specifica disciplina che viene in considerazione e dalla *ratio legis* che è ad essa sottesa, tali definizioni hanno dunque un carattere funzionale⁵⁵.

Occorre tenere in considerazione che tale nozione, in relazione alla possibilità di riservare ai cittadini i posti di pubblico impiego, deve essere esaminata ed individuata alla luce e in funzione della libertà fondamentale di libera circolazione dei lavoratori, in coerenza con le disposizioni del TFUE e del TUE⁵⁶.

Un' interpretazione letterale dell'art. 45, par. 4, TFUE pare suggerire che l'eccezione sia da intendere in modo vastissimo e che quindi sia in grado di vanificare la libera circolazione dei lavoratori in relazione a qualsiasi pubblico impiego.

Testualmente, la riserva sembra porsi in coerenza con l'art. 51, comma 1, della Costituzione italiana che attribuisce il diritto, ai soli cittadini, di accedere agli uffici pubblici⁵⁷, dobbiamo però tenere conto del fatto che concepire l'esclusione in modo così ampio porterebbe a prevedere un trattamento privilegiato per tali soggetti ma al contempo una discriminazione nei confronti delle persone appartenenti agli altri Stati membri.

È necessario quindi prendere in considerazione la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia; essa adotta interpretazioni estensive qualora si tratti di applicare una disciplina di origine europea, in particolare, se si tratta di assicurare l'applicazione di una libertà fondamentale, ed al contrario adotta una interpretazione restrittiva qualora si tratti di una sua deroga.

⁵⁵B. NASCIBENE e M.CONDINANZI, *“Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone”* 2. ed. Milano 2006, pag. 114-115.

⁵⁶base giuridica della libera circolazione dei lavoratori: art. 3, par. 2, del trattato sull'Unione europea (TUE); art. 4, par.2, lettera a), e artt. 20, 26 e da 45 a 48 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

⁵⁷art. 51, comma 1, Costituzione della Repubblica italiana “Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini”.

A titolo esemplificativo, infatti, nella materia dei contratti pubblici la nozione di pubblica amministrazione è più ampia; cioè, in questo caso comprende soggetti che non sono compresi nella nozione ai fini del pubblico impiego.

In materia di contratti pubblici, l'esigenza, è diametralmente opposta rispetto a quella che rileva nel nostro studio, perché in questo caso si vuole garantire la tutela della concorrenza, quindi, evitare che possano essere eluse le norme sull'evidenza pubblica attraverso soggetti che sono formalmente privati ma che, in realtà, sono sostanzialmente pubblici.

La ratio sottesa alla deroga prevista per gli impieghi pubblici è invece diversa, perché essendo di fronte ad una eccezione di un principio generale, l'interpretazione è restrittiva proprio per evitare che gli Stati membri invocino la deroga in modo totalmente discrezionale.

La nozione di pubblica amministrazione è dunque variabile e la delimitazione di ciò che è pubblico e ciò che è privato è operazione complessa che non può essere svolta una volta per tutte ma dipende dalla singola materia, per tale ragione, al fine di accertare la natura (pubblica o privata) di un ente occorre di volta in volta domandarsi quale sia la funzione dell'ente medesimo, quale sia la ratio di un determinato regime previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto se quella funzione o quella *ratio* richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della deroga.

III.I L'orientamento giurisprudenziale sulla nozione di pubblica amministrazione

Possiamo, quindi, passare ora all'esame degli orientamenti giurisprudenziali relativi alla nozione di pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 45, comma 4, TFUE.

A partire dalla sentenza del 17 dicembre 1980, *Commissione c. Belgio*, la Corte di giustizia ha innanzitutto chiarito che “la delimitazione della nozione di pubblica amministrazione ai sensi dell' art. 45, par. 4, non può essere lasciata alla completa discrezione degli Stati membri.”⁵⁸.

In tale occasione, la Corte ha affermato che rimangono fuori dal campo d'applicazione dei primi tre paragrafi di questo articolo “un complesso di posti che implicano la

⁵⁸in tale sentenza viene indicato che se si lasciasse agli Stati membri la definizione del concetto di pubblica amministrazione ciò “significherebbe attribuire agli obblighi che li astringono in forza del principio della libera circolazione una rilevanza diversa da Stato a Stato e così togliere al Trattato buona parte del suo effetto utile” cfr. sentenza della Corte del 17 dicembre 1980, C- 149/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*.

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”⁵⁹.

Infatti tali posti di lavoro presuppongono “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”⁶⁰.

La deroga, dunque, consente di escludere lo straniero solo da quelle attività il cui svolgimento presuppone 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 cittadinanza.

Bisogna tenere presente che un rapporto di solidarietà, come quello descritto dalla Corte, non necessariamente sussiste in qualsiasi impiego presso la pubblica amministrazione, che a volte può invece coincidere con un impiego effettuabile in un contesto integralmente privatistico; infatti l'eccezione opera solo per quei posti di lavoro che comportano l'esercizio dei pubblici poteri e che implicino la tutela di interessi generali dello Stato.

Ulteriormente la Corte di giustizia, nel 30 settembre del 2003, precisò che l'art. 39, n. 4, CE (oggi art. 45, par. 4, TFUE) deve essere interpretato nel senso che “esso autorizza uno Stato membro a riservare ai propri cittadini i posti di capitano e di comandante in seconda delle navi mercantili battenti la sua bandiera solo a condizione che i poteri d'imperio attribuiti ai capitani e ai comandanti in seconda di tali navi vengano effettivamente esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta delle loro attività”⁶¹.

Infatti uno Stato membro non può subordinare l'accesso dei cittadini degli altri Stati membri ai posti di capitano e di comandante in seconda di navi mercantili battenti la sua bandiera alla condizione di essere cittadino italiano in quanto tali attività non rientrano nella nozione di pubblica amministrazione ai sensi della riserva.

Ai fini della sentenza sopra citata, una delle condizioni per poter identificare un impiego come appartenente alla pubblica amministrazione riguarda il fatto che i poteri

⁵⁹sentenza della Corte del 17 dicembre 1980, C- 149/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, pag. 3900, punto 10.

⁶⁰sentenza della Corte del 17 dicembre 1980, C- 149/79, cit. alla nota precedente.

⁶¹sentenza della Corte del 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*.

d'imperio, in questo caso di capitano e di comandante, debbano essere esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta della loro attività.

Possiamo concludere affermando che la nozione di pubblica amministrazione è stata intesa dalla giurisprudenza europea, da un lato in senso funzionale, dall'altro in senso restrittivo.

Diversamente, qualora si fosse accolta una interpretazione formale o istituzionale di pubblica amministrazione, cioè una interpretazione ancorata alle diverse nozioni accolte nei diversi Stati membri, essa avrebbe determinato due inconvenienti.

In primo luogo, se ogni Stato membro avesse potuto estendere discrezionalmente il settore formale qualificato come pubblico, avrebbe comportato una applicazione disomogenea della libera circolazione dei lavoratori vanificandone così la sua effettività.

In secondo luogo, permettere l'applicazione della deroga alla libera circolazione sulla base del fatto che una determinata attività lavorativa fosse svolta alle dipendenze della pubblica amministrazione piuttosto che di un soggetto privato, avrebbe potuto determinare l'applicazione di un regime differente senza alcuna sostanziale differenza, poiché attività materialmente identiche avrebbero potuto avere discipline diverse solo sulla base della mera natura pubblica o privata del datore di lavoro; quindi ad esempio per il ruolo di insegnante, il lavoratore migrante avrebbe goduto di tale libertà solo se avesse svolto l'attività presso un istituto privato e non presso un istituto pubblico.

Non sorprende che quindi la giurisprudenza europea abbia adottato una interpretazione del concetto di pubblica amministrazione che va oltre la qualificazione formale e nazionale di un soggetto come pubblico o privato, per penetrare invece nella natura e nel tipo di attività implicate dallo svolgimento di una certa attività lavorativa.

Occorre fin da subito precisare che l'art. 45, par.4, consente di escludere gli stranieri dall'accesso alla pubblica amministrazione, ma non permette di riservare loro un trattamento discriminatorio rispetto ai lavoratori nazionali una volta che l'accesso ad un impiego nella pubblica amministrazione sia stato consentito⁶².

⁶²sentenza della Corte del 12 febbraio 1974, C-152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, dove viene affermato che gli interessi che la clausola di deroga di cui all'art. 45, comma 4, consente agli Stati membri di tutelare sono salvaguardati dalla possibilità di limitare l'assunzione di cittadini stranieri a determinate attività della pubblica amministrazione, tuttavia detta disposizione non può giustificare discriminazioni in materia di retribuzioni di altre condizioni di lavoro nei confronti di lavoratori già entrati al servizio dell'amministrazione.

CAPITOLO II - giurisprudenza della Corte di giustizia

I. Impieghi che non possono essere riservati ai cittadini dello Stato membro

Il legislatore europeo non ha previsto, a livello normativo, un elenco degli impieghi che non possono o che possono essere riservati ai cittadini degli Stati membri, per questo essi devono essere ricavati dalle indicazioni contenute nelle decisioni della Corte di giustizia⁶³.

Introducendo le statuizioni della Corte di giustizia, essa ha in particolare considerato non riconducibili all'esclusione di cui all'art. 45, par. 4, TFUE, tenendo conto della natura delle mansioni e delle responsabilità che implicano: gli impieghi nelle poste⁶⁴, nelle ferrovie, gli impieghi di idraulico, giardiniere, elettricista, professore⁶⁵, infermiere⁶⁶, lettore universitario⁶⁷, ricercatore civile⁶⁸, o ancora gli impieghi di guardie giurate nel settore privato⁶⁹.

Inoltre è opportuno ricordare che la Corte ritiene che l'art. 45, par. 4, TFUE trova applicazione solo quando i poteri di imperio connessi alla funzione pubblica sono esercitati con regolarità e non costituiscono una parte molto limitata dell'impiego che si intende precludere ai cittadini degli altri Stati membri. Sulla base di questa affermazione, è stato, ad esempio, affermato che l'Italia ha illegittimamente ristretto ai soli cittadini italiani l'accesso al ruolo di capitani e ufficiali di navi che battono bandiera italiana.⁷⁰

I casi sopra riportati hanno solo una natura esemplificativa; il criterio da seguire è sempre quello di verificare, caso per caso, in relazione al concreto impiego pubblico, se esso, per le mansioni di cui si richiede lo svolgimento, comporti o meno la partecipazione all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri e la responsabilità per la

⁶³il termine utilizzato 'possono' si riferisce al fatto che gli Stati membri, qualora sussistano i presupposti per poter applicare l'art. 45, comma 4, TFUE, hanno la facoltà di decidere se riservare un impiego nella pubblica amministrazione ai propri cittadini, ma non è un obbligo.

⁶⁴sentenza del 12 febbraio 1974, C-152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*.

⁶⁵sentenza del 27 novembre 1991, C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale* e sentenza del 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*.

⁶⁶sentenza del 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*.

⁶⁷sentenza del 30 maggio 1989, C-33/88, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*.

⁶⁸sentenza del 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

⁶⁹sentenza del 31 maggio 2001, C-283/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

⁷⁰sentenza della Corte del 30 settembre 2003, cit. nota 55.

tutela di interessi generali come affermato nella sentenza del 17 dicembre 1980, *Commissione c. Belgio*, già esaminata nel primo capitolo⁷¹.

Nel prossimo paragrafo sarà approfondita la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla quale si basano le indicazioni sopra riportate.

LI Vari impieghi non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art 45, comma 4, TFUE

Analizzando nel dettaglio gli orientamenti giurisprudenziali in relazione agli impieghi che non possono essere riservati ai cittadini degli Stati membri possiamo citare alcune sentenze rilevanti.

Attraverso una ricostruzione in ordine cronologico, come prima sentenza possiamo menzionare quella del 3 giugno 1986, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*⁷², avente l'oggetto di far accertare che, esigendo la cittadinanza francese come requisito per l'assunzione e la nomina in ruolo degli infermieri e delle infermiere di ospedali pubblici, la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi imposti dal Trattato CEE (oggi TFUE).

La Corte ha dichiarato *in primis*, richiamando un suo precedente orientamento espresso nella sentenza della Corte del 12 febbraio 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, che la portata della riserva di cittadinanza non può dipendere dalla natura giuridica del rapporto fra il dipendente e l'amministrazione e che è irrilevante accertare se il lavoratore abbia la qualifica di operaio, impiegato privato o impiegato pubblico e se il suo rapporto di lavoro sia disciplinato dal diritto pubblico oppure dal diritto privato, poiché le nozioni giuridiche utilizzate in questo campo

⁷¹in tal senso cfr. la sentenza della Corte del 17 dicembre 1980, C- 149/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, pag 3900 al punto 10 dove viene previsto che si pone fuori dal campo d'applicazione dei tre primi numeri dell'art 45 TFUE esclude "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. 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".

⁷²sentenza della Corte del 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*.

variano a seconda dei singoli Stati e non possono perciò fornire alcun criterio d'interpretazione valido a livello del diritto comunitario⁷³.

La Corte ricorda che per stabilire se i posti di lavoro siano impieghi rientranti nella pubblica amministrazione ai sensi della normativa europea, si deve accertare se i posti di cui trattasi siano o no caratteristici dell'attività specifica della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato. Questa interpretazione secondo la quale il criterio per l'applicazione della riserva di cittadinanza del trattato dev'essere funzionale e tener conto della natura dei compiti e delle responsabilità inerenti al posto, è indispensabile per evitare che l'efficacia pratica e la portata delle disposizioni del trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori ed 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 delle norme comunitarie”⁷⁴.

Conclude poi, dichiarando che “tenuto conto della natura delle mansioni e delle responsabilità che essi implicano, i posti di infermieri o di infermiere nei pubblici ospedali non sono posti nella pubblica amministrazione”⁷⁵.

Analoghe riflessioni sono state fatte in merito all'impiego di insegnante nelle scuole di istruzione secondaria nel caso *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale*⁷⁶.

⁷³in tal senso nella sentenza del 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, pag 1738, punto 11 la Corte dichiara che “far dipendere l'applicazione dell'art. 48, n. 4, del trattato (oggi art 45, par.4, TFUE) dalla natura giuridica del rapporto fra il dipendente e l'amministrazione darebbe infatti agli Stati membri la possibilità di estendere a loro piacimento il numero di posti che ricadono sotto questa disposizione eccezionale”.

⁷⁴ sentenza della Corte del 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese* al punto 12.

⁷⁵il codice francese prevedeva la necessità della cittadinanza francese per impieghi in enti ospedalieri o di assistenza sanitaria ma ciò si poneva in contrasto con il principio di libera circolazione in quanto tal impieghi non rientrano nella nozione di pubblica amministrazione che ha fornito la Corte di giustizia.

⁷⁶in tal senso cfr. la sentenza della Corte (Terza Sezione) del 27 novembre 1991, C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale*, dove vengono richiamati gli orientamenti precedenti della Corte ha ritenuto che per poter applicare la deroga alla libera circolazione gli impieghi devono avere per oggetto la salvaguardia degli interessi generali dello Stato e presupporre, per questo motivo, da parte dei titolari dell'impiego, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello stesso nonché la reciprocità dei diritti e dei doveri che sono il fondamento del vincolo di cittadinanza; dunque gli impieghi così esclusi sono solo quelli che presentano le caratteristiche delle attività specifiche dell'amministrazione nei settori summenzionati. La Corte inoltre indica che “ha già dichiarato che queste condizioni molto rigorose non sono soddisfatte nell'ipotesi degli insegnanti tirocinanti (sentenza 3 luglio 1986, Lawrie-Blum, punto 28, C-66/85, Race, pag. 2121) e dei lettori di lingua straniera (sentenza 30 maggio 1989, Allué e Coonan, punto 9, C-33/88, pag. 1591)” per questo lo stesso deve dirsi per l'impiego di insegnante nelle scuole di istruzione secondaria”.

Nel caso sopra citato, la ricorrente, cittadina tedesca, titolare di un diploma francese, si è vista respingere la domanda d'ammissione ad un concorso per il conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento del tedesco nelle scuole di istruzione secondaria francese.

Se si qualifica un rapporto di impiego come rapporto di pubblico impiego si finisce col restringere le possibilità di accedervi per i cittadini di altri Stati membri; la Corte ha perciò già più volte ribadito che l'accesso a taluni posti non può essere limitato per il fatto che in un determinato Stato membro le persone nominate a detti posti hanno lo status di pubblici dipendenti⁷⁷.

Infatti, se l'applicazione dell'art. 45, par. 4, TFUE fosse subordinata alla natura giuridica del rapporto esistente tra il lavoratore e l'amministrazione, gli Stati membri avrebbero la possibilità di determinare, a loro piacimento, i posti che rientrano nella suddetta disposizione derogatoria⁷⁸.

Come dichiarato nelle conclusioni dell'avvocato generale Carl Otto Lenz⁷⁹, la riserva di taluni settori di attività ai pubblici dipendenti non fornisce dunque di per sé alcun indizio in merito all'entrata in gioco dell'art. 45, par. 4, del TFUE.

È pertanto sempre necessario accertare, mediante un esame di fatto, se i posti di cui trattasi “siano o no caratteristici delle attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato”⁸⁰.

L'avvocato generale Carl Otto Lenz nelle sue conclusioni precisa per quanto riguarda il sistema scolastico, la distinzione fra le attività volte nell'esercizio dei pubblici poteri e quelle che non si possono considerare come legate ad un impiego nella pubblica amministrazione in senso stretto. L'orientamento pedagogico fondamentale dell'insegnamento, la sua organizzazione generale, la formulazione dei principi per la valutazione degli allievi e per il rilascio dei diplomi possono rientrare nella sfera degli interessi generali dello Stato.⁸¹ Altra cosa è invece la normale attività di insegnamento, il cui nucleo è costituito dalla tenuta delle lezioni, la quale non può rientrare nella

⁷⁷in tal senso cfr la sentenza 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum/Land Baden c. Württemberg*, punto 20 e sentenza 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Italia*, punto 8.

⁷⁸sentenza del 16 giugno 1987, C-225/85, punto 8.

⁷⁹conclusioni dell'avvocato generale Carl Otto Lenz, presentate il 22 ottobre 1991.

⁸⁰sentenza della Corte del 26 maggio 1982, C-149/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, punto 12.

⁸¹in tal senso cfr. sentenza del 26 maggio 1982, C-149/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio* e sentenza del 3 luglio 1986, C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden Württemberg*.

nozione di attività di pubblica amministrazione, anche quando, in base alla normativa nazionale, siano considerati come esercizio di pubblici poteri⁸².

Per quanto riguarda la qualificazione della professione d'insegnante alla luce della deroga alla libera circolazione occorre infine ricordare che questo problema non è del tutto nuovo per la Corte, la quale è già stata chiamata, nella causa *Lawrie-Blum*, dove la soluzione fu identica rispetto al caso appena trattato⁸³.

In ambito di istruzione e ricerca, di interesse è la tesi sostenuta dal Granducato di Lussemburgo nel caso sfociato nella sentenza della Corte del 2 luglio 1996, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*⁸⁴.

Il giudizio in questione trattava di un ricorso diretto⁸⁵ da parte della Commissione volto a far dichiarare che, mantenendo in vigore il requisito della cittadinanza nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri per accedere ai posti di pubblico dipendente o impiegato nei settori pubblici della ricerca, dell'insegnamento, della sanità, dei trasporti via terra, delle poste e telecomunicazioni, nonché nei servizi di distribuzione di acqua, gas ed elettricità, il Granducato di Lussemburgo ha violato le norme del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea.

Quanto alle argomentazioni sostenute dal governo lussemburghese, viene fatto valere in primo luogo che la deroga prevista del Trattato “dev'essere interpretata in un'accezione istituzionale”. Sulla base di questo, dovrebbero fruire della deroga in esso sancita “tutti gli impieghi i quali, in forza del diritto nazionale, fanno capo a una pubblica amministrazione” compresi anche “quelli che comportano mansioni puramente esecutive o di natura tecnica o manuale, qualora siano svolti a favore dello Stato o delle collettività pubbliche”⁸⁶. A sostegno di ciò viene ritenuto che soltanto i cittadini offrirebbero le garanzie particolari di lealtà e fedeltà che devono poter essere richieste ai pubblici impiegati e dipendenti.

⁸²vedi conclusioni nella sentenza del 3 luglio 1986, C- 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, in particolare pag. 2135.

⁸³sentenza del 3 luglio 1986, C- 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*.

⁸⁴sentenza della Corte del 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*.

⁸⁵il ricorso diretto in Corte di giustizia dell'Unione europea è un procedimento inquadrabile nella giurisdizione contenziosa, che si caratterizza per l'azione diretta dei soggetti interessati davanti alla Corte di giustizia e, dunque, si differenzia dal rinvio pregiudiziale, che è un procedimento di giurisdizione non contenziosa legato ad un processo instauratosi dinanzi al giudice nazionale, il quale decida, poi, di portare all'esame dei giudici europei questioni ad esso collegate, inerenti la compatibilità delle norme nazionali con il diritto dell'Unione.

⁸⁶in tal senso la Corte nella sentenza del 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*, pag. 3255, punto 25.

Inoltre con riferimento al settore dell'insegnamento, il governo lussemburghese argomenta in particolare che la cittadinanza lussemburghese degli insegnanti “è necessaria per garantire la trasmissione dei valori tradizionali e costituisce quindi, tenuto conto della superficie di questo Stato e della sua specifica situazione demografica, una condizione essenziale di salvaguardia dell'identità nazionale”⁸⁷.

Con riguardo alla prima questione la Corte afferma di aver già dichiarato che condizioni assai rigorose devono essere soddisfatte dagli impieghi per poter rientrare nella deroga sancita dal Trattato ed esse non ricorrono nel caso degli insegnanti in prova, dei lettori di lingua straniera, nonché degli insegnanti nelle scuole secondarie e la stessa constatazione si impone, per identici motivi, per quanto riguarda gli insegnanti delle scuole primarie⁸⁸.

Circa la salvaguardia della identità nazionale⁸⁹, la Corte afferma che essa costituisca uno scopo legittimo e rispettato dall'ordinamento giuridico comunitario ma che la sua salvaguardia deve avvenire con mezzi diversi dall'esclusione in via generale dei cittadini di altri Stati membri a tale impiego, anche quando si tratta di settori particolarmente delicati come quello dell'insegnamento⁹⁰.

Pertanto, da tale affermazione possiamo ritenere che la salvaguardia dell'identità nazionale non può giustificare l'esclusione dei cittadini degli altri Stati membri dal complesso dei posti di un settore come quello dell'insegnamento, in quanto una siffatta previsione sarebbe sproporzionata e non necessaria per il raggiungimento di tale scopo.

Continuando a seguire un ordine cronologico per l'analisi della giurisprudenza sul tema, specifiche indicazioni vengono effettuate per quanto riguarda gli impieghi di istituti di vigilanza privata e guardie particolari giurate.

⁸⁷il Granducato del Lussemburgo a sostegno di tale tesi esprime che l'identità nazionale non potrebbe essere preservata se la maggior parte del corpo insegnante fosse costituita da cittadini comunitari non lussemburghesi, ed inoltre, quanto agli insegnanti del ciclo primario e secondario, sottolinea come essi esercitino “funzioni non commerciali che partecipano effettivamente alla tutela degli interessi generali dello Stato”, sul punto cfr. sentenza della Corte del 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*, pag 3257, punto 32.

⁸⁸vedi l'analisi sopra sul caso *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale*.

⁸⁹il Trattato sull'Unione europea dichiara che l'Unione si fonda su principi che si possono definire costituzionali (art. 6), prevedendo un meccanismo sanzionatorio per gli Stati membri che non vi si attengano (art. 7), ergendoli a condizioni di accesso per i Paesi che tali aspirano a diventare (art. 49) e considerandoli elementi caratterizzanti dell'azione dell'Unione verso l'esterno (art. 11). Il Trattato menziona poi l'esistenza di “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri (art. 6), lasciando quasi intendere che esse si basano proprio su quei principi fondamentali posti alla base dell'Unione. Accanto a queste disposizioni, indicative di una sorta di omogeneità costituzionale dell'Unione europea, il Trattato istitutivo, sin dalla sua prima versione, garantisce il rispetto dell'identità nazionale.

⁹⁰sentenza del 2 luglio 1996, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*, pag 3258, punto 35-36.

Nella sentenza del 31 maggio 2001, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*⁹¹ viene domandato alla Corte se nel prevedere che le attività di sicurezza privata possano essere esercitate sul territorio italiano, previa licenza, solo da ‘istituti di vigilanza privata’ aventi nazionalità italiana, e nel prevedere ulteriormente se come ‘guardie particolari giurate’ si possano impiegare solo cittadini italiani muniti di apposita licenza, l’Italia sia venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dei Trattati⁹².

Nella fase di esposizione delle proprie tesi, la Repubblica italiana, a sostegno del fatto che tali attività rientrino nella pubblica amministrazione, dichiara che gli impieghi di vigilanza privata sono “assoggettate ad un controllo approfondito da parte dell'autorità pubblica al momento del rilascio o dell'eventuale revoca della licenza” e per quanto riguarda le guardie particolari giurate, esse hanno facoltà di redigere verbali con valore probatorio e svolgono “funzioni di polizia giudiziaria per la prevenzione e la repressione dei reati”, ritenendo che tali attività, come il potere di arresto in flagranza, non costituiscano una mera assistenza alle forze dell'ordine⁹³.

La Commissione confuta tali argomenti facendo valere, da un lato, che un controllo esercitato da un'autorità pubblica non dimostra che le attività in questione rientrino nell'ambito dell'esercizio di pubblici poteri, dall'altro lato, che facoltà delle guardie particolari giurate di redigere verbali aventi valore probatorio, nonché il loro obbligo di collaborare con le autorità di polizia, sarebbero meri indici di semplici funzioni ausiliarie⁹⁴.

Quanto al potere di arresto in flagranza di reato delle guardie particolari giurate, la Commissione ritiene che l'esercizio di tale potere nel caso di delitto grave non costituisce esercizio dei pubblici poteri, ma si tratta di un mero contributo al mantenimento della pubblica sicurezza; mentre per gli arresti in flagranza di reato nel

⁹¹sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 31 maggio 2001, C-283/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

⁹²la vigilanza privata è l'attività, posta in essere da persone o da enti preposti che operano nel campo della sicurezza privata, a tutela di beni e/o enti pubblici o privati. Un istituto di vigilanza è un ente di diritto privato che opera in Italia nel campo della vigilanza privata. Essi impiegano per lo svolgimento dei servizi offerti personale in uniforme detto *guardie particolari giurate*.

⁹³nella sentenza della Corte del 31 maggio 2001, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, la Repubblica italiana nega l'asserito inadempimento, ritenendo che pur ammettendo che le clausole relative alla nazionalità “possano comportare restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, fa valere che gli elementi caratterizzanti le attività in questione, segnatamente quelle delle guardie particolari giurate, consentono di affermare che tali attività riguardano l'esercizio di pubblici poteri, cosicché il requisito della nazionalità sarebbe giustificato”.

⁹⁴in tal senso la sentenza del 31 maggio 2001, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, pag. 4383, punti 12-13-14.

caso di un reato di minore gravità, essa ammette che ciò costituisce un esercizio di pubblici poteri ma che trattandosi di un evento marginale nell'ambito delle mansioni non potrebbe giustificare il fatto che l'intera professione eluda le disposizioni del Trattato relative alle libertà di circolazione dei lavoratori⁹⁵.

Passando alle statuizioni della Corte, essa, basandosi sul suo orientamento che prevede che la riserva di cittadinanza per i pubblici impieghi debba essere limitata alle attività che, considerate di per sé, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, ritiene che l'attività delle imprese di sorveglianza o di vigilanza non rientrino in tali attività.

Per questo “il presupposto della nazionalità stabilito per le attività di vigilanza privata costituisce un ostacolo alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione dei servizi che non può essere giustificato” e per quanto riguarda le guardie particolari giurate la Corte stabilisce che, la riserva “precisa solamente che le disposizioni di tale articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione” e dunque gli impieghi di guardie giurate non rientrano nella nozione di impieghi pubblici.

La deroga relativa agli impieghi nella pubblica amministrazione non è quindi applicabile nel caso di specie.

L'avvocato generale F.G. Jacobs nelle sue conclusioni ricorda che la difesa del governo italiano si basa esclusivamente sulla deroga di cui all'art. 45 TCE (art. 51 TFUE) riguardo alle attività che “partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri”⁹⁶. Tale articolo si applica alle restrizioni alla libertà di stabilimento o alla libera prestazione di servizi, ma non alle restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori. In udienza il governo italiano ha dichiarato che non era consentito alle guardie giurate svolgere il proprio lavoro autonomamente bensì sempre in quanto lavoratori dipendenti.

Sembra quindi che l'argomento relativo al “pubblico potere” non sia utilizzabile in difesa della condizione della nazionalità richiesta per le guardie.

⁹⁵in tal senso la nella sentenza del 31 maggio 2001, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, pag. 4383, punti 14-15.

⁹⁶Conclusioni dell'avvocato generale F.G. Jacobs presentate il 15 febbraio 2001, al punto 26.

L.II In particolare la sentenza “Haralambidis”

Come già anticipato la Corte ha affermato che l'Italia ha illegittimamente previsto il requisito della cittadinanza italiana per i candidati alla Presidenza delle autorità portuali, si tratta della sentenza del 10 settembre 2014, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*⁹⁷.

Nel caso di specie era stato nominato Presidente dell'autorità portuale di Brindisi un cittadino greco; un concorrente aveva impugnato il decreto di nomina del Ministero, successivamente il Tar⁹⁸ aveva dato ragione a quest'ultimo sostenendo la necessità del requisito della cittadinanza italiana invocando l'articolo 51 della Costituzione⁹⁹. Il cittadino greco aveva dunque fatto appello al Consiglio di Stato, che, non certo della soluzione adottata, ha proposto una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia¹⁰⁰.

Prima di tutto, la Corte ha affermato l'applicazione dell'articolo 45 del TFUE che assicura la libera circolazione dei lavoratori dichiarando che il Presidente di un'autorità portuale deve essere considerato un lavoratore ai sensi del Trattato.

Il Presidente dell'autorità portuale, infatti, svolge le sue funzioni con un vincolo di subordinazione dal Ministro che ha poteri direttivi, di controllo e sanzionatori, tanto da poterne revocare la nomina; tutte caratteristiche che evidenziano l'esistenza di un rapporto di subordinazione, confermata anche dal fatto che la retribuzione è versata come corrispettivo per lo svolgimento dei compiti affidati dalla legge¹⁰¹.

Tuttavia la Corte ritiene che uno Stato membro non possa riservare ai propri cittadini l'esercizio delle funzioni di presidente di un'autorità portuale.

⁹⁷sentenza della Corte (seconda sezione), 10 settembre 2014, C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*.

⁹⁸Tribunale amministrativo regionale.

⁹⁹art. 51 della Costituzione cit. alla nota 32.

¹⁰⁰l'art. 267 del TFUE attribuisce alla CGUE la competenza a pronunciarsi, in seguito a richiesta di un organo giurisdizionale di uno stato membro, “a) sull'interpretazione dei trattati” e “b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.” L'istituto in questione è fondamentale per assicurare l'omogeneità dell'applicazione del diritto europeo su tutto il territorio e per favorire il colloquio tra i giudici nazionali e quelli europei al fine di chiarire il significato e la validità di particolari disposizioni normative. Il rinvio pregiudiziale può essere sollevato solo qualora la questione sia indispensabile per la risoluzione della controversia pendente avanti gli organi interni, non invece nei casi in cui nulla aggiungerebbe alla questione interna l'interpretazione o la validità della norma europea. I commi secondo e terzo dell'art. 267 TFUE distinguono due diversi scenari: quello in cui le questioni pregiudiziali vengono sollevate da organi giurisdizionali le cui decisioni siano appellabili e quelle sollevate da organi giurisdizionali di ultima istanza. Mentre nel primo caso il giudice ha la facoltà di sollevare la questione presso la CGUE nel secondo caso ha l'obbligo di sollevarla e la ratio è chiara: essendo un organo giudicante di ultima istanza c'è la massima preoccupazione che il diritto europeo venga applicato correttamente e ne venga chiarita la validità, non essendo più possibile impugnare la decisione dinnanzi altri organi.

¹⁰¹blog di Martina Castellaneta sulla sentenza *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*.

Si è arrivati a tale conclusione perché l'esercizio dei poteri d'imperio costituiscono una parte marginale, cioè occasionale ed eccezionale dell'attività del Presidente di un'autorità portuale la quale presenta in generale un carattere tecnico e di gestione economica¹⁰².

In tale contesto, la Corte ha ritenuto che un'esclusione generale dell'accesso dei cittadini di altri Stati membri alla carica di Presidente di un'autorità portuale italiana costituisca una discriminazione fondata sulla nazionalità vietata dall'articolo 45 TFUE, e che la condizione di nazionalità di cui trattasi non sia giustificata alla luce del paragrafo 4 di tale disposizione; per la Corte, l'eccezione deve essere interpretata in modo restrittivo e può essere invocata solo nei casi di esercizio di pubblici poteri.

Nonostante sia vero che i poteri d'imperio sono esercitati in alcuni casi dal Presidente, l'eccezione al principio della libera circolazione dei lavoratori può essere invocata solo se tali poteri sono esercitati in modo abituale e non costituiscono una parte ridotta dell'attività ed un'ipotesi del genere non si configura nel caso in discussione.

Di qui la conclusione che la cittadinanza dello Stato membro non può essere posta come condizione per la nomina a Presidente di un'autorità in cui non vi è un esercizio abituale di un pubblico potere.

Possiamo ricordare che la Corte ha già trattato la nozione di pubblica amministrazione in numerose cause proposte dinanzi ad essa, sia in procedimenti pregiudiziali sia in procedimenti di infrazione¹⁰³.

Tuttavia, alcune sentenze della Corte, in particolare quelle più risalenti, sono piuttosto concise e non fanno abbastanza luce su aspetti che sono cruciali nel valutare se un dato impiego nella pubblica amministrazione di uno Stato membro rientri o meno nell'ambito di applicazione dell'articolo 45, paragrafo 4, TFUE.

La presente causa offre quindi alla Corte un'opportunità per chiarire ulteriormente la nozione di pubblica amministrazione.

Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Nils Wahl, ritiene che occorra evidenziare anzitutto che tutti i poteri di cui gode il Presidente di un'autorità portuale, ai sensi della legge italiana, non sono con tutta evidenza quelli normalmente conferiti dallo

¹⁰²in tal senso la Corte, nella sentenza 10 settembre 2014, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli* dichiara che la deroga alla libera circolazione deve ricevere un'interpretazione che ne limiti la portata a quanto è "strettamente necessario per salvaguardare gli interessi generali dello Stato membro interessato, che non possono risultare in pericolo qualora poteri d'imperio vengano esercitati solo in modo sporadico, o addirittura eccezionalmente, da parte di cittadini di altri Stati membri".

¹⁰³cfr. la sentenza del 31 maggio 2001, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* e nella sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*.

Stato ai suoi supremi organi esecutivi, militari o giudiziari; né gli stessi sono strettamente connessi a tali poteri sovrani¹⁰⁴.

È vero che l'esercizio delle funzioni del Presidente generalmente comporta un elevato livello di responsabilità e implica una discrezionalità relativamente ampia ed è altresì innegabile che la sua attività sia spesso esercitata tramite atti di natura amministrativa che producono immediatamente effetti giuridici nei confronti dei destinatari. Tuttavia, solo poche di dette attività sembrano comportare un vero potere decisionale e, anche in tal caso, raramente comportano l'adozione di atti che possono essere applicati senza l'ausilio della polizia o della magistratura nazionale¹⁰⁵.

Per questo si può ritenere che l'esercizio di tali poteri non sia sufficiente per soddisfare le condizioni assai rigorose dell'articolo 45, paragrafo 4, TFUE.

Da un lato, d'accordo con quanto sostenuto dall'avvocato generale, sembra che i poteri conferiti riguardo alla concessione di autorizzazioni e permessi per usare determinate aree portuali o per esercitare determinate attività all'interno dell'area portuale siano, in sostanza, paragonabili a quelli esercitati da imprese private che svolgono un'attività industriale o commerciale. In particolare, nonostante il fatto che essi assumano la forma di atti amministrativi e riguardino proprietà demaniali, gli atti adottati dal Presidente di un'autorità portuale in tale contesto sono, da un punto di vista economico, analoghi ai contratti di affitto o di locazione di proprietà che possono essere conclusi tra imprese private¹⁰⁶.

Dall'altro, l'obiettivo principale perseguito dal Presidente di un'autorità portuale nello svolgimento dei suoi compiti a tal riguardo è, come anche evidenziato dal governo italiano nella presente causa, garantire un uso efficiente e proficuo delle proprietà demaniali gestite dall'autorità portuale. In altre parole l'attività del Presidente persegue un interesse finanziario ed economico piuttosto che un interesse più generale della comunità.

Concludendo, l'incarico di Presidente di un'autorità portuale sembra essere un incarico dove la maggioranza delle funzioni ad esso attribuite e, in ogni caso, i poteri cruciali ad esse connesse, sono di natura tecnica e gestionale. I criteri richiesti per

¹⁰⁴ conclusioni dell'avvocato generale Nils Wahl presentate il 5 giugno 2014.

¹⁰⁵ analogamente la sentenza del 22 ottobre 2009, C-438/08, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese*.

¹⁰⁶ vedi a tal fine la sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 25 ottobre 2007, C-174/06, *Ministero delle Finanze - Ufficio IVA di Milano c. CO.GE.P. Srl*, punti da 31 a 35.

svolgere tale incarico sembrano essere fundamentalmente la competenza e l'esperienza nei settori del trasporto, dell'economia e delle risorse umane.

È palese dunque che un vincolo di cittadinanza non potrebbe eventualmente apportare un valore aggiunto al corretto espletamento delle funzioni attribuite dalla legge al Presidente di un'autorità portuale.

I.III Comunicazioni della Commissione

Come abbiamo visto precedentemente, per la definizione della nozione di pubblica amministrazione viene adottato un approccio funzionale; ciò lascia a ciascuno Stato membro una certa discrezionalità nonostante lo sviluppo della notevole casistica giurisprudenziale.

Pertanto, nonostante le indicazioni dei giudici europei sul tema, non sempre è facile comprendere se un impiego possa o meno rientrare nella riserva di cittadinanza; per questo la Commissione europea¹⁰⁷, attraverso le sue comunicazioni rende noti obblighi o diritti provenienti dagli atti giurisprudenziali, nell'intento di facilitarne la comprensione per gli Stati membri e al fine di garantire una uniforme applicazione del diritto europeo.

Per tale ragione la Commissione ha optato per l'adozione di una comunicazione illustrativa della propria azione in materia di applicazione dell'art 45 TFUE, in cui, tra l'altro, vengono individuate le attività specifiche del settore pubblico nazionale formanti oggetto di deroga.

Pertanto la Commissione prima nella comunicazione del 18 marzo 1988, poi nella comunicazione dell'11 dicembre 2002¹⁰⁸ ed infine nella comunicazione del 14

¹⁰⁷la Commissione europea è una delle principali istituzioni dell'Unione europea, suo organo esecutivo e promotrice del processo legislativo. È composta da delegati (uno per ogni Stato membro dell'Unione europea, detto Commissario), a ciascuno dei quali è richiesta la massima indipendenza decisionale dal governo nazionale che lo ha indicato. Ha la sua sede principale nel Palazzo Berlaymont a Bruxelles. Rappresenta e tutela gli interessi dell'Unione europea nella sua interezza e avendo il monopolio del potere di iniziativa legislativa, propone l'adozione degli atti normativi dell'UE, la cui approvazione ultima spetta al Parlamento europeo e al Consiglio dell'Unione europea; è responsabile inoltre dell'attuazione delle decisioni politiche da parte degli organi legislativi, gestisce i programmi UE e la spesa dei suoi fondi strutturali. Inoltre insieme alla Corte di giustizia garantisce che il diritto dell'UE sia correttamente applicato in tutti i paesi membri attraverso le sue comunicazioni che possono essere sia informative che decisorie (nelle materie in cui la Commissione ha poteri discrezionali) che interpretative, attraverso le quali la Commissione rende noti diritti e obblighi provenienti dagli atti giurisprudenziali.

¹⁰⁸Bruxelles, 11.12.2002 COM(2002) 694 definitivo, comunicazione della Commissione, "libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità"

dicembre 2010¹⁰⁹ ha fornito agli Stati membri delle ulteriori indicazioni esemplificative utili alla corretta applicazione dell'art. 45, comma 4, TFUE.

La comunicazione del 2002 si apre con una enunciazione delle finalità sulle quali essa si basa e cioè: “la Commissione cerca di ravvicinare l'Unione europea ai suoi cittadini informando questi ultimi sui loro diritti nel settore della libera circolazione e mettendoli in grado di esercitarli”¹¹⁰.

Esistendo numerosi ostacoli pratici, amministrativi e giuridici che impediscono ancora ai cittadini dell'Unione di esercitare il loro diritto alla libera circolazione e impediscono ai lavoratori dipendenti e ai datori di lavoro di sfruttare pienamente i vantaggi e le potenzialità della mobilità geografica, viene chiarito che, proprio per questo la Commissione, “nella sua funzione di custode dei trattati” si impegna a garantire che i diritti attribuiti dal trattato o dal diritto derivato ai cittadini dell'Unione europea “siano rispettati dagli Stati membri e dalle autorità pubbliche a livello nazionale, regionale e locale”¹¹¹.

In particolare, in tale Comunicazioni, si trovano indicati, in modo dettagliato e alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, i settori dell'impiego pubblico che, a parere della Commissione, devono essere aperti a tutti i cittadini dell'Unione, cioè i posti che, pur essendo all'interno di settori che comprendono impieghi legittimamente riservabili ai cittadini, non possono essere preclusi al cittadino dell'Unione perché non prevedono l'esercizio di poteri pubblici¹¹².

La Commissione continua a ritenere (come ha dichiarato nel 1988) che la deroga prevista all'art. 39, par. 4, del Trattato CE (oggi art. 45, par. 4, TFUE) riguardi “funzioni specifiche dello Stato e di organismi di diritto pubblico, come le forze armate, la polizia e altre forze di mantenimento dell'ordine, le autorità giudiziarie e fiscali e il corpo diplomatico”¹¹³.

¹⁰⁹Bruxelles, 13.7.2010 COM(2010)373 definitivo (comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni).

¹¹⁰Bruxelles, 11.12.2002 COM(2002) 694 definitivo (comunicazione della Commissione, Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità), pag 3.

¹¹¹la Commissione nella Comunicazione del 2002 esprime che il motivo di tali finalità sia che si tratti “probabilmente del diritto individuale più importante riconosciuto nella legislazione comunitaria e di un elemento essenziale della cittadinanza europea”.ed “è innegabile che la mobilità dei lavoratori consenta loro di migliorare le prospettive professionali e offra ai datori di lavoro la possibilità di reclutare le persone di cui hanno bisogno, si tratta di un fattore importante per ottenere mercati del lavoro efficaci e un elevato livello di occupazione”.

¹¹²B. NASCIMBENE e M.CONDINANZI, “Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone” 2. ed. Milano, 2006, pag 115.

¹¹³Bruxelles, 11.12.2002 COM(2002) 694 definitivo (comunicazione della Commissione, Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità), pag 21.

Tuttavia, i posti in questi settori non comportano tutti l'esercizio dell'autorità pubblica e la responsabilità della salvaguardia dell'interesse generale dello Stato; ad esempio: le funzioni amministrative, la consulenza tecnica e la manutenzione che dunque non possono essere riservati a cittadini dello Stato membro ospitante.

Per quanto riguarda gli impieghi nei ministeri statali, presso autorità governative regionali, enti locali, banche centrali e altri organismi di diritto pubblico, che si occupano della preparazione degli atti legislativi, della loro attuazione, del controllo della loro applicazione e del controllo degli organismi subordinati, la Commissione nella comunicazione del 2002 adotta un approccio più rigoroso di quello praticato nel 1988; infatti in quest'ultima, queste funzioni erano descritte in modo generale, dando l'impressione che tutti i posti collegati a queste attività rientrassero nella deroga prevista del Trattato, ciò avrebbe autorizzato gli Stati membri a riservare praticamente tutti i posti ai loro cittadini; una posizione che dev'essere rivista alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni '90¹¹⁴.

Infatti i nuovi orientamenti dei giudici europei prevedono che la riserva di cittadinanza non possa riguardare tutti gli impieghi di un settore pubblico anche se le funzioni amministrative e decisionali che comportano l'esercizio dell'autorità pubblica e la salvaguardia dell'interesse generale dello Stato possono essere riservate a cittadini dello Stato membro ospitante.

La Commissione in questa comunicazione precisa che è importante notare che nonostante la possibilità di trovarci di fronte a funzioni amministrative e decisionali che comportano l'esercizio dell'autorità pubblica e la salvaguardia dell'interesse generale dello Stato, la riserva di cittadinanza non riguarda necessariamente tutti gli impieghi nello stesso settore; ad esempio, il posto di un funzionario che contribuisce alla preparazione delle decisioni sulle autorizzazioni a edificare non dovrebbe essere riservato a cittadini dello Stato membro ospitante¹¹⁵.

La Commissione intende controllare scrupolosamente, a tale riguardo, i regolamenti e le prassi nazionali e adottare le misure necessarie a garantire una reale conformità con la legislazione comunitaria, avviando eventualmente procedure di infrazione¹¹⁶,

¹¹⁴S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *“La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze”*, Bologna, Il Mulino, 2007.

¹¹⁵Bruxelles, 11.12.2002 COM(2002) 694 definitivo (comunicazione della Commissione, Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità), pag 20-21.

¹¹⁶la procedura di infrazione è un procedimento a carattere giurisdizionale eventuale, disciplinato dagli articoli 258 e 259 TFUE, volto a sanzionare gli Stati membri dell'Unione europea responsabili della violazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario.

perché “se è vero che sussista la possibilità per gli Stati membri di riservare alcuni posti ai cittadini nazionali, occorre ricordare che non vi è obbligo di farlo e che gli Stati membri sono invitati ad aprire i rispettivi servizi pubblici, per quanto possibile, in modo da agevolare la mobilità dei lavoratori”¹¹⁷.

Con il documento di lavoro sulla “libera circolazione dei lavoratori nel settore pubblico” del 14 dicembre 2010, la Commissione europea ha riassunto e ulteriormente chiarito la propria interpretazione della normativa in materia di pubblico impiego, alla luce dei nuovi orientamenti della Corte di giustizia in materia.

Nella comunicazione del 2010 la Commissione ha precisato che l’eccezione relativa alla riserva di cittadinanza deve essere interpretata restrittivamente, coerentemente a ciò, la Corte di giustizia ha dichiarato che i requisiti necessari per apporre l’eccezione, quali la partecipazione diretta o indiretta nell’esercizio di poteri attribuiti per diritto pubblico o doveri diretti a salvaguardare gli interessi generali dello Stato o di altri enti pubblici, vanno valutati “caso per caso in relazione alla natura dei compiti e delle responsabilità richieste dal posto”¹¹⁸.

Inoltre, anche in questa sede, poiché l’articolo 45, paragrafo 4, del TFUE permette, ma non richiede, agli Stati membri di riservare ai propri cittadini nazionali alcuni posti di lavoro, la Commissione invita gli Stati membri ad aprire il più possibile le pubbliche amministrazioni (a tutti i livelli, comprese le amministrazioni locali, regionali e centrali) ai cittadini di altri Stati membri come contributo per la modernizzazione e la riforma¹¹⁹.

Ulteriormente la Commissione fornisce indicazioni circa il trattamento che si deve riservare ai lavoratori migranti dichiarando “che le autorità degli Stati membri devono tenere conto di attività lavorative comparabili, anteriormente svolte dai lavoratori migranti in altri Stati membri, allo stesso modo dell’esperienza professionale acquisita all’interno del loro sistema nazionale per l’accesso alla loro pubblica amministrazione,

¹¹⁷Bruxelles, 11.12.2002 COM(2002) 694 definitivo (comunicazione della Commissione, Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità), pag. 4-5.

¹¹⁸nella Comunicazione del 2010 la Commissione esprime che “in conformità dell’articolo 45, paragrafo 4, del TFUE, per determinati impieghi nella pubblica amministrazione le autorità degli Stati membri possono limitare l’accesso ai cittadini nazionali. Tale eccezione deve essere interpretata restrittivamente. Coerentemente a ciò, la Corte di giustizia ha dichiarato che detta eccezione riguarda i posti di lavoro che prevedono la partecipazione diretta o indiretta nell’esercizio di poteri attribuiti per diritto pubblico o doveri diretti a salvaguardare gli interessi generali dello Stato o di altri enti pubblici”, pag 11.

¹¹⁹Bruxelles, 13.7.2010 COM(2010)373 definitivo (comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni), pag 11-12.

tenendo inoltre conto dei diplomi comparabili durante il processo di assunzione (ad es. nel caso in cui sia prevista l'assegnazione di punti aggiuntivi per un diploma)¹²⁰.

È opportuno ricordare, anche in questa analisi, che la Commissione esplicita che un posto di lavoro nella pubblica amministrazione, aperto a lavoratori migranti, deve garantire parità di trattamento, non solo per quanto riguarda gli altri aspetti del processo di assunzione ma per qualsiasi aspetto inerente al posto di lavoro.

In conclusione possiamo affermare l'utilità di tali comunicazioni della Commissione che contribuiscono a garantire un'applicazione uniforme della deroga alla libera circolazione in questione, fornendo agli Stati membri indicazioni chiare e precise sulle quali si devono necessariamente basare nel momento in cui valutino se riservare un impiego pubblico ad un cittadino nazionale.

Nonostante le chiare indicazioni derivanti da queste comunicazioni, sarà comunque necessario affrontare i nuovi bisogni e le sfide emergenti che i lavoratori migranti dell'Unione europea e le loro famiglie si trovano ad affrontare, per questo la Commissione ha dichiarato che cercherà di promuovere e migliorare i meccanismi per un'attuazione efficace del principio di parità di trattamento dei lavoratori dell'Unione e dei loro familiari che esercitano il proprio diritto alla libertà di circolazione¹²¹.

II. Normativa italiana

Come si è visto, l'art. 45, comma 4, TFUE autorizza gli Stati membri a riservare alcuni impieghi pubblici ai soli cittadini, quindi essi possono riservare questi posti di lavoro ai soli cittadini nazionali, escludendo i cittadini dell'Unione che non abbiano tale cittadinanza.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'obiettivo della libera circolazione dei lavoratori è quello di garantire che i cittadini europei abbiano pari opportunità di accesso all'occupazione, senza discriminazioni basate sulla nazionalità, pertanto, gli Stati membri non possono imporre restrizioni (ingiustificate); tuttavia in questo caso ci troviamo di fronte ad una deroga rispetto alla regola generale appena enunciata.

¹²⁰vedi paragrafo III, capitolo II.

¹²¹Bruxelles, 13.7.2010 COM(2010)373 definitivo (comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni), pag 19.

Come già accennato, la normativa europea non elenca specificatamente quali impieghi possono essere riservati ai cittadini nazionali, per questo spetta agli Stati membri stabilire tali restrizioni¹²².

È importante sottolineare che le restrizioni imposte dagli Stati membri devono essere interpretate ed applicate in conformità con i principi generali di diritto dell'Unione europea, compresi il divieto di non discriminazione basata sulla nazionalità e quello di proporzionalità¹²³.

La normativa italiana prevede che i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e i loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, “possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale”¹²⁴.

Tale disposizione prevede una esclusione totale dei lavoratori migrati ad impieghi presso pubbliche amministrazioni che abbiano un collegamento diretto o indiretto con i poteri pubblici nonché siano attività che riguardino la tutela di interessi nazionali.

Ad ogni modo, la normativa rinvia l'individuazione dei posti e delle funzioni per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini comunitari ad un regolamento del Presidente del Consiglio dei Ministri¹²⁵, precisamente il D.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174¹²⁶.

All'art. 1 del D.P.C.M si statuisce che gli impieghi delle amministrazioni pubbliche per l'accesso ai quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana sono: posti di dirigenti delle amministrazioni dello Stato e posti dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni; posti con funzioni di vertice

¹²² R. ADAM e A. TIZZANO, “*Manuale di diritto della unione europea*”, 2. ed. Torino, 2017, pag 488.

¹²³il principio di proporzionalità è illustrato nell'articolo 5, paragrafo 4, del TUE, ed in virtù di tale principio, le misure dell'Unione: devono essere idonee a conseguire il fine desiderato; devono essere necessarie per conseguire il fine desiderato; e non devono imporre alle persone un onere eccessivo rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere (proporzionalità in senso stretto). Esso è strettamente legato al principio di sussidiarietà, che richiede che l'Unione intervenga solo qualora tale intervento sia più efficace di un'azione intrapresa a livello nazionale, regionale o locale.

¹²⁴decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

¹²⁵art. 38, comma 2, decreto legislativo del marzo 2001, n. 165 “con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n.400, e successive modificazioni ed integrazioni, sono individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini di cui al comma 1.”

¹²⁶Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche, entrato in vigore del decreto: 16/3/199.

amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato degli enti pubblici non economici; posti di magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, avvocati e procuratori dello Stato; 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 (oggi Ministero dell'Economia e delle finanze) e del Corpo forestale dello Stato ed impieghi nella pubblica amministrazione che contemplano l'esercizio delle seguenti funzioni: funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi e funzioni di controllo di legittimità e di merito.

Nel caso in cui si ritenga che un determinato impiego non comporti l'esercizio di una di tali funzioni, il Presidente del Consiglio dei Ministri, esprime "diniego motivato all'accesso a specifici impieghi o all'affidamento di incarichi che comportino esercizio di una di tali funzioni"; tale decreto è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e ha efficacia preclusiva sino a che non intervengano modifiche della situazione di fatto o di diritto che facciano venir meno l'impedimento all'accesso¹²⁷.

Infine all'art 3 viene previsto che ai fini dell'accesso ai posti della pubblica amministrazione i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea devono possedere tre requisiti, ed essi sono: "a) godere dei diritti civili e politici anche negli Stati di appartenenza o di provenienza; b) essere in possesso, fatta eccezione della titolarità della cittadinanza italiana, di tutti gli altri requisiti previsti per i cittadini della Repubblica; c) avere adeguata conoscenza della lingua italiana."

In relazione al punto b), tra i vari requisiti richiesti per l'accesso ad un concorso pubblico, vi è quello relativo al possesso di un determinato titolo di studio.

Quanto invece agli impieghi non riservati ai cittadini italiani, non è ammessa alcuna discriminazione nell'accesso, né alcuna disparità di trattamento nei confronti dei cittadini dell'Unione una volta instaurato il rapporto di lavoro.

Infatti l'art. 19, commi 1 e 2, d.lgs. n. 30/2007 prevede che i cittadini dell'Unione e i loro familiari hanno diritto di esercitare qualsiasi attività economica autonoma o subordinata, escluse le attività che la legge, conformemente ai Trattati dell'Unione

¹²⁷così viene previsto dall'art. 2, D.P.C.M 7 febbraio 1994, n. 174 (Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche).

europea ed alla normativa comunitaria in vigore, riserva ai cittadini italiani; dunque “ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base al presente decreto, nel territorio nazionale gode di pari trattamento rispetto ai cittadini italiani nel campo di applicazione del Trattato”¹²⁸.

Si è sentita infatti la necessità di precisare la parità di trattamento nonostante sussista già il principio di non discriminazione proprio per eliminare alcuni tipi di discriminazione che potrebbero essere difficili da individuare.

La parità di trattamento è un principio che è stato creato sulla base di una linea evolutiva del principio di non discriminazione proprio per andare oltre la semplice eliminazione delle discriminazioni evidenti, cercando di affrontare le disuguaglianze più sottili e strutturali come quelle ‘occulte’; di esse si parlerà più approfonditamente nel seguente paragrafo.¹²⁹

III.Parità di trattamento

Per garantire il pieno il diritto alla libera circolazione, gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione hanno l'obbligo di rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'esercizio Di quel diritto, in particolare di eliminare quelle che presentano un carattere discriminatorio basato sulla nazionalità dei soggetti¹³⁰.

Tale principio basato su un divieto di discriminazione viene anche indicato come principio della ‘parità di trattamento’¹³¹; data la sua importanza, esso è espresso nel TFUE, nel TUE e soprattutto nella Carta dei diritti fondamentali, dove in quest'ultima

¹²⁸decreto legislativo del 6 febbraio 2007, n. 30, attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

¹²⁹vedi paragrafo IV.I del capitolo II.

¹³⁰S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, “*La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*”, Bologna, Il Mulino, 2000, pag. 18-19.

¹³¹il principio di parità di trattamento è un principio fondamentale che sottolinea l'uguaglianza di tutti gli individui di fronte alla legge e vietando la discriminazione arbitraria. Esso stabilisce che tutte le persone devono essere trattate in modo equo e senza discriminazioni ingiustificate in base a caratteristiche quali razza, etnia, religione, genere, orientamento sessuale, disabilità o altre condizioni personali. Questo principio è riconosciuto in molte costituzioni e dichiarazioni dei diritti umani a livello internazionale, nonché in leggi nazionali e regionali. Il principio di parità di trattamento si applica in vari contesti, tra cui l'ambito lavorativo, l'accesso all'istruzione, l'assistenza sanitaria, l'alloggio, i servizi pubblici e molti altri settori della società. Le leggi antidiscriminatorie sono state introdotte per garantire l'attuazione di questo principio e per prevenire e combattere la discriminazione in tutte le sue forme. Tuttavia, è importante notare che il principio di parità di trattamento non implica che tutte le persone debbano essere trattate in modo identico in ogni situazione. Esistono circostanze in cui possono essere previste misure speciali per affrontare le disuguaglianze esistenti e garantire un trattamento equo per tutti. Queste misure sono spesso chiamate "azioni positive" o "discriminazione positiva" e sono finalizzate a correggere gli squilibri e a promuovere l'uguaglianza effettiva.

il principio di non discriminazione è diffusamente riconosciuto come manifestazione del più generale principio di eguaglianza¹³².

Il principio di eguaglianza prevede che ogni individuo sia trattato con uguaglianza e giustizia, senza distinzione di razza, etnia, genere, religione, orientamento sessuale, abilità fisiche o altre caratteristiche personali; la non discriminazione è dunque un aspetto specifico del principio di uguaglianza che si concreta nella prevenzione di trattamenti ingiusti e pregiudizievoli, costituendo così uno strumento pratico per promuovere l'eguaglianza nella vita di tutti i giorni.

Sulla base di tale principio, situazioni simili devono essere trattate in modo uguale mentre situazioni diverse in modo differente. In caso contrario, e in assenza di ragionevoli giustificazioni, il trattamento deve considerarsi discriminatorio.

Tali principi rappresentano elementi fondamentali della normativa internazionale relativa ai diritti umani.

In particolare, il principio di non discriminazione è contenuto nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 all'art. 7¹³³ come nel Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici all'art. 26¹³⁴, e risulta puntualmente riaffermato in tutti gli strumenti universali e regionali di tutela.

In ambito europeo, esso è consacrato nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹³⁵, il cui art. 14 afferma che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella citata Convenzione “deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la

¹³² il Titolo III della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è dedicato all'uguaglianza. Gli articoli da 20 a 26 tutelano i seguenti diritti: uguaglianza davanti alla legge; non discriminazione diversità culturale, religiosa e linguistica; parità tra donne e uomini; diritti del minore; diritti degli anziani; inserimento delle persone con disabilità.

¹³³ art. 7 della Dichiarazione Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 “tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione.

¹³⁴ art. 26 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici “tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione.

¹³⁵ firmata nel 1950 dal Consiglio d'Europa, la convenzione è un trattato internazionale volto a tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali in Europa. Tutti i 47 paesi che formano il Consiglio d'Europa, sono parte della convenzione, 27 dei quali sono membri dell'Unione europea (UE). La convenzione ha istituito la Corte europea dei diritti dell'uomo, volta a tutelare le persone dalle violazioni dei diritti umani. Ogni persona i cui diritti sono stati violati nel quadro della convenzione da uno Stato parte può adire alla Corte. Si tratta di una novità, in quanto ha conferito diritti alle persone in un contesto internazionale. Le sentenze che hanno riscontrato violazioni sono vincolanti per i paesi interessati. Il comitato dei ministri del Consiglio d'Europa vigila sull'esecuzione delle sentenze.

religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione”.

Passando ora alle previsioni di tale principio nei Trattati della Unione europea, all'art. 2 del TUE¹³⁶ si dice che l'Unione ha alla base importanti valori quali il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, con particolare riguardo ai diritti di chi appartiene ad una minoranza e che tali valori sono comuni a tutti gli Stati membri, i quali devono mantenere all'interno della società l'idea di non discriminazione, di tolleranza e di giustizia, nonché di parità fra uomini e donne.

L'Unione fa in modo che, in tutte le attività che svolge, sia rispettato il principio di uguaglianza tra i cittadini, così che quest'ultimi godano della stessa attenzione da parte delle sue istituzioni ed inoltre combatte le discriminazioni che causano esclusioni a livello sociale attuando politiche in grado di garantire la giustizia e la protezione sociale¹³⁷.

Come ricordato, l'art. 45, par. 2, del TFUE stabilisce, in favore dei lavoratori migranti, un incondizionato principio di parità di trattamento in relazione alle condizioni di lavoro assicurate dallo Stato ospitante ai lavoratori nazionali ed ai lavoratori migranti, specificando il divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità ora contenuto nell'art. 18 dello stesso Trattato e nell'art. 21, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹³⁸.

L'art. 45, par. 2, TFUE mira ad eliminare qualsiasi discriminazione non solo per quanto riguarda l'accesso all'impiego ma anche per gli aspetti inerenti il trattamento economico e normativo, sino alla disciplina in materia di licenziamenti ed alle tutele di sicurezza sociale, realizzando così una parità di trattamento totale tra tutti i lavoratori.

¹³⁶art. 2, TUE “Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

¹³⁷G. STROZZI, and A. ADINOLFI. “*Diritto dell'Unione europea: parte speciale. 3.*” ed. Torino: , 2010, pag. 109.

¹³⁸art. 21, par.2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea “nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi”.

Il divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori degli Stati membri, nel particolare settore del lavoro subordinato¹³⁹, risponde, oltre che a finalità di carattere sociale, anche ad una funzione di tutela del mercato nazionale del lavoro, evitando che la possibilità di riservare un trattamento meno favorevole ai migranti possa pregiudicare, rendendo più conveniente l'assunzione di questi ultimi, l'occupazione dei lavoratori nazionali¹⁴⁰.

Questa piena assimilazione alla condizione giuridica del lavoratore nazionale sotto ogni profilo della disciplina del rapporto di lavoro rappresentò, all'epoca dell'entrata in vigore del Trattato di Roma¹⁴¹, una novità nel quadro delle forme storiche di regolazione delle migrazioni economiche, quantomeno per la intensità con cui veniva affermato il principio di integrazione del migrante nella società del paese ospitante¹⁴².

La normativa lavoristico-previdenziale del Paese ospitante si applica nella sua interezza, sulla base di un principio di non discriminazione che la Corte di giustizia ha provveduto ad applicare con rigore, sanzionando, oltre alle discriminazioni dirette, anche quelle indirette, ovvero le disparità di trattamento dissimulate o occulte, cioè quelle derivanti dall'applicazione di criteri apparentemente neutri (si pensi, tipicamente, alla residenza o ad analoghi criteri di collegamento territoriale) ma nel concreto svantaggiano i lavoratori migranti (o i loro familiari),¹⁴³.

La particolare estensione dell'obbligo di parità di trattamento nello Stato ospitante è stata assicurata per la prima volta, dalla previsione dell'art. 7, par. 2, del reg. n. 1612/1968 (riprodotta nella omologa disposizione del vigente reg. n. 492/2011), che garantisce al lavoratore migrante il pieno accesso ai "vantaggi sociali", oltre che fiscali, previsti dall'ordinamento del paese di accoglienza.

La nozione di "vantaggio sociale" è stata interpretata in modo assai ampio nella giurisprudenza della Corte.

Il principio di non discriminazione comporta che le norme "di ciascuno Stato membro devono garantire ai cittadini degli altri Stati membri, occupati nel territorio del primo,

¹³⁹vedi i requisiti indicati a pag. 8 circa la nozione di 'lavoratore' ai sensi della applicazione della disciplina in esame

¹⁴⁰G. STROZZI, and A. ADINOLFI. *"Diritto dell'Unione europea : parte speciale. 3."* ed. Torino, 2010, pag. 109-110.

¹⁴¹il Trattato di Roma è entrato in vigore il 1° gennaio 1958.

¹⁴²G. STROZZI, and A. ADINOLFI. *"Diritto dell'Unione europea : parte speciale. 3."* ed. Torino, 2010, pag 112-113.

¹⁴³S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *"La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze"*, Bologna, 2007, pag 17-18.

il complesso di vantaggi che attribuiscono ai propri cittadini”¹⁴⁴ ed in una sentenza successiva è stato precisato che tra i vantaggi sociali vi rientrano “tutte quelle misure, connesse o meno alla esistenza di un rapporto di lavoro, di cui i cittadini dello Stato ospitante risultino i destinatari in virtù della loro condizione generale di lavoratori o della semplice residenza sul territorio nazionale”¹⁴⁵.

Sulla base di tale criterio, si è considerato, tra l’altro, come vantaggio sociale l’agevolazione concessa per la nascita di un figlio, il sussidio di disoccupazione e il salario minimo garantito previsto in certi Stati membri, la riduzione sulle tariffe ferroviarie concesse alle famiglie numerose, il contributo per l’iscrizione ad un corso di formazione universitaria ed anche la facoltà di un lavoratore migrante cittadino di uno Stato membro di utilizzare la propria lingua in un procedimento penale davanti ai giudici dello Stato di residenza alle stesse condizioni dei nazionali.¹⁴⁶

La parità di trattamento rispetto ai nazionali è garantita anche ai membri della famiglia del lavoratore ammessi al ricongiungimento, ciò deriva, peraltro, dal principio generale di non discriminazione in base alla nazionalità enunciato dall’art. 18 TFUE.

La parità di trattamento opera anche rispetto ai familiari che non siano cittadini di uno Stato membro; la Corte di giustizia ha così interpretato l’art. 7, par. 2 del regolamento n. 1612/68/CEE, dichiarando che il trattamento riservato al familiare rientri tra i "vantaggi sociali" rispetto ai quali opera il principio di non discriminazione¹⁴⁷; i familiari sono, pertanto, "beneficiari indiretti" della parità di trattamento prevista¹⁴⁸.

I figli dei lavoratori, in base all’art 12, hanno il diritto di frequentare "i corsi d'insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale" e gli Stati membri devono "incoraggiare le iniziative intese a permettere a questi giovani di frequentare i predetti corsi nelle migliori condizioni"¹⁴⁹.

¹⁴⁴sentenza della Corte del 15 ottobre 1969, C-15/69, *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG c. Salvatore Ugliola*.

¹⁴⁵sentenza della Corte (Prima Sezione) del 31 maggio 1979, C-207/78, *Pubblico ministero c. Gilbert Even e Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS)*.

¹⁴⁶G. STROZZI, and A. ADINOLFI. “*Diritto dell’Unione europea : parte speciale. 3.*” ed. Torino, 2010, pag.113.

¹⁴⁷sentenza della Corte (Prima Sezione) del 20 giugno 1985, C 94/84, *Office national de l'emploi c. Jozsef Deak*.

¹⁴⁸sentenza della Corte del 18 giugno 1987, C 316/85, *Centre public d'aide sociale di Courcelles c. Marie-Christine Lebon*.

¹⁴⁹art. 12 del regolamento n. 1612/68/CEE “i figli del cittadino di uno Stato membro, che sia o sia stato occupato sul territorio di un altro Stato membro, sono ammessi a frequentare i corsi d'insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale alle stesse condizioni previste per i cittadini di

A ciò si aggiungono le specifiche disposizioni di natura promozionale stabilite dalla direttiva sulla formazione scolastica dei figli dei lavoratori migranti, che richiede che questi vengano agevolati nel loro inserimento scolastico, in particolare per quanto riguarda l'insegnamento della lingua del Paese in cui soggiornano¹⁵⁰.

Perché una siffatta integrazione avvenga con successo è indispensabile che i figli del lavoratore cittadino dell'Unione, che risiede con la sua famiglia nello Stato membro ospitante, abbiano la possibilità di scegliere i propri studi alle medesime condizioni dei figli di un cittadino di tale Stato¹⁵¹.

Inoltre il regolamento n. 492/2011/UE, precisa che “il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato”¹⁵².

Il regolamento, all'art.7, par. 4, sancisce la nullità, di diritto, tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive relative nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri per quanto riguarda l'accesso all'impiego, l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro inclusa la fase del licenziamento¹⁵³.

L'accesso paritario agli stessi vantaggi sociali goduti dai cittadini dello Stato membro ospitante, oltre a garantire la mobilità all'interno dell'Unione, facilita e promuove in concreto l'integrazione del lavoratore migrante e dei suoi familiari nel tessuto sociale del Paese di accoglienza.

Attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 7. par. 2, del regolamento 492/2011/UE si realizza così quello che è stato definito il “modello

tale Stato, se i figli stessi vi risiedono. Gli Stati membri incoraggiano le iniziative intese a permettere a questi giovani di frequentare i predetti corsi nelle migliori condizioni”.

¹⁵⁰direttiva 77/486/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1977, relativa alla formazione scolastica dei figli dei lavoratori migranti.

¹⁵¹G. STROZZI, and A. ADINOLFI. “*Diritto dell'Unione europea: parte speciale. 3.*” ed. Torino, 2010, pag 118-119.

¹⁵²art. 7, par. 1, regolamento n. 492/2011/UE.

¹⁵³l'art. 7, par. 4 del regolamento n. 492/2011/UE prevede che “tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive concernenti l'accesso all'impiego, l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di licenziamento, sono nulle di diritto nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri”.

assimilazionista”¹⁵⁴ assunto alla base dell’art. 45 del TFUE: un modello che, nel garantire l’inclusione del lavoratore migrante e della sua famiglia nel complessivo sistema di *welfare*¹⁵⁵ del paese ospitante, si apre ad una idea più ampia di cittadinanza europea¹⁵⁶; per questo possiamo affermare che il principio del trattamento nazionale in base al diritto del lavoro dello Stato di accoglienza non risponde, solamente ad esigenze di protezione del lavoratore migrante e di piena integrazione dello stesso nel tessuto socioeconomico del paese ospitante, in quanto realizza, insieme ad una essenziale esigenza di tutela del prestatore di lavoro, anche una funzione di protezione del mercato nazionale da pratiche di *dumping* sociale¹⁵⁷, cioè l’accesso egualitario a tutele previdenziali e sociali risponde anche ad una chiara finalità di prevenzione di possibili distorsioni del processo concorrenziale nel mercato interno, al fine di garantire una concorrenza nel mercato comune non falsata dallo sfruttamento di regimi salariali.

Per ottenere un’armonizzazione delle legislazioni nazionali sul tema nel 2000 furono adottate due direttive: la Direttiva 2000/78/CE del Consiglio¹⁵⁸ che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e che prevede il divieto di discriminazione sulla base dell’orientamento

¹⁵⁴il modello assimilazionista è un procedimento per cui il migrante deve acquisire i comportamenti, le mentalità e la lingua del Paese d’accoglienza e nel quale si agevola il conseguimento della cittadinanza, esso mira ad una completa assimilazione degli immigrati, in quanto favorisce l’eventuale emancipazione dei singoli dell’originario gruppo culturale in vista di una loro immedesimazione nella comunità nazionale, e sancisce l’irrelevanza di ogni loro – diversità – in ambito giuridico; sul piano oggettivo mira a preservare, nonostante i sempre più intesi flussi immigratori, l’omogeneità culturale dello Stato nel suo insieme. Perciò, il Paese d’arrivo ha il compito di predisporre le basi che facilitino l’integrazione dei migranti attraverso l’immersione totale nella cultura, nella lingua e nella mentalità in cambio di tempi ridotti e agevolati per l’ottenimento della cittadinanza; se questo è il suo punto positivo, quello negativo concerne nella repressione dell’identità culturale di provenienza limitando l’individuo e suscitando in lui un processo di sradicamento tale da produrre una sorta di ‘annullamento’ in assenza di un vero e proprio tentativo di mediazione culturale o riconoscimento di diritti per gruppi o comunità etniche, in tale ambito.

¹⁵⁵il termine inglese *welfare* indica l’insieme di interventi e di prestazioni erogati dalle istituzioni pubbliche e finanziati tramite entrate fiscali (*welfare State*), destinati a tutelare i cittadini dalle condizioni di bisogno, a coprirli da determinati rischi (Stato assistenziale o Stato sociale), migliorarne la qualità della vita e il benessere, garantire istruzione, cure sanitarie, assistenza, previdenza pensionistica, formazione professionale, ricerca universitaria, sostegno al lavoro e all’imprenditorialità, promozione della famiglia ecc. e un tenore di vita minimo in attuazione dei diritti di cittadinanza.

¹⁵⁶cit. alla nota 11.

¹⁵⁷questa pratica è chiamata “dumping” perché si ritiene che le aziende che la praticano vendano al di sotto del costo che dovrebbero realmente sostenere se i loro lavoratori godessero di condizioni di lavoro nei paesi più sviluppati. Il dumping sociale consiste in un arbitraggio normativo in base al quale le aziende cercano di ridurre i costi investendo in paesi con normative meno severe in materia di lavoro, ambiente e imposte. In questo modo, le aziende internazionali ottengono grandi risparmi in termini di manodopera e di costi normativi.

¹⁵⁸direttiva del 27 novembre 2000, n. 2000/78/CE, direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

sessuale, e la Direttiva 2000/43/CE¹⁵⁹, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, non soltanto riguardo alle modalità di assunzione e impiego, ma anche riguardo all'accesso a un sistema di welfare e di sicurezza previdenziale, e a beni e servizi in genere.

III.I giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alle discriminazioni indirette

Il principio di parità tra lavoratori migranti e nazionali vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì “qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato”¹⁶⁰.

Tale divieto riguarda quindi, sia la discriminazione diretta (differenza di trattamento basata su una caratteristica precisa) sia la discriminazione indiretta (disposizione, criterio o pratica apparentemente neutra ma suscettibile di produrre un effetto sfavorevole per una o più persone determinate appartenenti alle categorie sopra citate e quindi svantaggiate rispetto alle altre).

Le discriminazioni indirette, non essendo palesi, sono più difficili da scovare; per questo la giurisprudenza della Corte di giustizia se ne è occupata in modo particolare attraverso le sue decisioni.

Attraverso le decisioni della Corte di giustizia, che vedremo adesso, essa ha stabilito in diversi casi che per gli impieghi in cui la riserva di cittadinanza non opera, i cittadini dell'Unione devono godere non solo del diritto ad accedere al posto di lavoro, ma anche di quello nella valutazione dei titoli, dell'anzianità, dell'esperienza professionale, infatti per assicurare una parità di trattamento devono essere necessariamente prese in considerazione attività lavorative precedentemente svolte in altri impieghi pubblici.

Quindi per fare un esempio se un cittadino spagnolo, dopo avere esercitato per anni la professione di insegnante in Spagna, inizia ad esercitare l'attività di insegnamento in una scuola pubblica italiana, la sua retribuzione dovrà essere determinata tenendo conto anche della anzianità di servizio maturata in Spagna. L'esperienza di

¹⁵⁹direttiva del 29 giugno 2000, n. 2000/43/CE del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

¹⁶⁰sentenza della Corte del 12 febbraio 1974, C-152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*.

insegnamento in un altro paese dell'Unione deve infatti ricevere lo stesso credito che avrebbe ricevuto se la persona avesse lavorato in Italia.

Passiamo adesso ad analizzare i diritti sopra elencati che spesso vengono elusi attraverso discriminazioni indirette.

Sul tema, possiamo evidenziare in primo luogo la sentenza del 23 febbraio 1994, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari e Cinzia Porcedda*¹⁶¹, nella quale la Corte dichiara che l'art. 39, TCE (oggi l'art 45, TFUE) deve essere interpretato nel senso che qualora un ente pubblico di uno Stato membro, assumendo personale per posti che non rientrano nella sfera d'applicazione della riserva di cittadinanza, stabilisca di tener conto delle attività lavorative anteriormente svolte dai candidati presso una pubblica amministrazione, tale ente non può nei confronti di cittadini europei "operare alcuna distinzione a seconda che tali attività siano state esercitate presso la pubblica amministrazione dello stesso Stato membro o presso quella di un altro Stato membro"¹⁶².

Oltre a ciò, nella sentenza del 12 marzo 1998, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*¹⁶³ viene statuito che la Repubblica ellenica, escludendo periodi di servizio svolti presso un'amministrazione pubblica di un altro Stato membro, ai fini della concessione dell'integrazione di anzianità e dell'inquadramento in una categoria retributiva di un lavoratore occupato in un servizio pubblico, "per il solo motivo che questi periodi non sono stati compiuti in un'amministrazione pubblica nazionale", è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza del diritto relativo alla libera circolazione dei lavoratori¹⁶⁴.

Risulta chiaramente che una esclusione totale della presa in considerazione ai fini dell'inquadramento di un lavoratore nella scala retributiva e della concessione dell'integrazione di anzianità, di periodi di servizio effettuati nell'amministrazione

¹⁶¹sentenza della Corte del 23 febbraio 1994, C-419/92, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari e Cinzia Porcedda*.

¹⁶²sentenza del 23 febbraio 1994, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari e Cinzia Porcedda*, pag 521, punto 12.

¹⁶³sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 12 marzo 1998, C-187/96, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*.

¹⁶⁴in tal senso la Corte, nella sentenza del 12 marzo 1998, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica* afferma che "innanzitutto, anche se la normativa controversa è testualmente 'neutra', essa comporterebbe in realtà una discriminazione basata indirettamente sulla cittadinanza. Infatti, le disposizioni di questa normativa sarebbero tali da svantaggiare più in particolare i lavoratori migranti, in quanto ad essi viene rifiutato il riconoscimento dei periodi di servizio che hanno compiuto nelle amministrazioni pubbliche di altri Stati membri per il solo motivo che questi periodi non sono stati effettuati nell'amministrazione pubblica greca" ed in secondo luogo "questo rifiuto assoluto di riconoscere tali periodi costituirebbe un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori greci in quanto potrebbe anche dissuadere questi ultimi dall'esercitare questa libertà".

pubblica di uno Stato membro diverso non sia obiettivamente giustificata, dunque una disposizione di diritto nazionale di questo tipo dev'essere giudicata indirettamente discriminatoria quando, per sua stessa natura, tenda a incidere più sui lavoratori migranti che su quelli nazionali e, di conseguenza, rischi di essere sfavorevole in modo particolare nei confronti dei primi.

Inoltre la Corte afferma che è compito di ogni Stato membro, anche in mancanza di disposizioni comunitarie specifiche a tal fine, determinare, se l'impiego occupato da quest'ultimo in un altro Stato membro sia equivalente ad un posto presso l'amministrazione dello Stato ospitante preso in considerazione ai fini dell'inquadramento nella scala retributiva e della concessione di un'integrazione di anzianità ed “il fatto che lo Stato membro interessato ritenga che in pratica questo confronto sia difficile da effettuare non può in alcun caso giustificare il suo rifiuto di procedervi”¹⁶⁵.

In conclusione possiamo dedurre che la Corte di giustizia ha ritenuto incompatibili con l'art. 39 del Trattato CE (ora art. 45 TFUE) le normative nazionali che abbiano l'effetto di dissuadere un cittadino dal recarsi a prestare la propria attività lavorativa in un altro Stato membro.

Ulteriormente, sul tema del diritto di valutazione dell'esperienza professionale effettuata in un diverso Stato membro ai fini di un'equa retribuzione, la Corte, nella sentenza del 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. Republik Österreich*¹⁶⁶ ha previsto che ostano alla libera circolazione dei lavoratori disposizioni nazionali come la legge federale austriaca sugli impiegati a contratto, relativa al computo dei periodi di attività pregressi ai fini della determinazione della retribuzione degli insegnanti e assistenti a contratto “qualora le condizioni che valgono per i periodi svolti in altri Stati membri sono più rigorose di quelle che valgono per i periodi compiuti al servizio di enti analoghi dello Stato membro interessato”¹⁶⁷.

¹⁶⁵sentenza della Corte del 12 marzo 1998, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, pag. 1117-1118, punto 22.

¹⁶⁶sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 30 novembre 2000, C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. Republik Österreich*.

¹⁶⁷in tal senso la Corte del 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. Republik Österreich* dichiara che la normativa nazionale “impone condizioni più rigorose per i periodi di attività compiuti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica d'Austria, il che va a detrimento dei lavoratori migranti che abbiano effettuato una parte della carriera in un altro Stato membro” e tale previsione può pertanto violare il divieto di discriminazione.

Pertanto, nel caso in cui uno Stato membro sia tenuto a prendere in considerazione, per calcolare la retribuzione degli insegnanti e assistenti a contratto, i periodi di attività presso enti di altri Stati membri analoghi agli enti austriaci “tali periodi devono essere computati senza alcuna limitazione temporale”¹⁶⁸.

Ugualmente la Corte in due decisioni prese nei confronti della Repubblica italiana¹⁶⁹ ha ritenuto che essa venisse meno agli obblighi previsti dalla disciplina della libera circolazione dal momento in cui non aveva tenuto conto in maniera identica “ai fini della partecipazione dei cittadini europei ai concorsi per l'assunzione di personale docente nella scuola pubblica italiana, dell'esperienza professionale acquisita da essi nelle attività di insegnamento a seconda che queste attività siano state svolte nel territorio nazionale o in altri Stati membri”, dunque è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono¹⁷⁰.

Sono, perciò, state ritenute incompatibili con il Trattato normative nazionali che non prendevano in considerazione periodi di attività precedentemente svolti in altri Stati membri, sia per il computo della retribuzione che per la possibilità di accesso ai concorsi per l'istruzione nelle scuole pubbliche.

Sulla stessa questione la Corte nella sentenza 15 gennaio 1998, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg*¹⁷¹, ha stabilito che non prendere in considerazione periodi lavorativi precedentemene svolti in un altro Stato membro ai fini di un avanzamento per anzianità osta alla disciplina di libera circolazione, infatti la Corte di giustizia ha statuito che in tal senso è discriminatoria una clausola di un contratto collettivo, applicabile alla pubblica amministrazione di uno Stato membro,

¹⁶⁸sentenza della Corte del 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. Republik Österreich*, pag 10553, punto 56.

¹⁶⁹sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 12 maggio 2005, C- 278/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* e sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 26 ottobre 2006, C-371/04, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*.

¹⁷⁰in tal senso la Corte del 12 maggio 2005, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* afferma che “per quanto riguarda, l'assunzione di personale docente effettuata sulla base di graduatorie permanenti le quali, riguardano la metà dei posti disponibili per anno scolastico, il governo italiano, nel controricorso, ha riconosciuto che ai cittadini comunitari veniva applicato un trattamento diverso a seconda che l'esperienza professionale presa in considerazione ai fini dell'iscrizione in tali graduatorie fosse stata acquisita nel territorio nazionale o in altri Stati membri, giustificando tale disparità con l'assenza di equivalenza tra i contenuti e i programmi dell'insegnamento italiano e quelli dell'insegnamento svolto al di fuori dell'Italia. Orbene, un rifiuto assoluto di prendere in considerazione l'esperienza acquisita grazie ad attività d'insegnamento svolte in altri Stati membri, il quale sarebbe basato sull'esistenza di differenze tra i programmi d'insegnamento di detti Stati non può essere giustificato. Infatti, non si può negare che un'esperienza d'insegnamento specifica quale quella richiesta dalla normativa italiana, in particolare nel settore dell'insegnamento artistico o nell'insegnamento prestato ai portatori di handicap, può essere acquisita anche in altri Stati membri”.

¹⁷¹sentenza della Corte del 15 gennaio 1998, C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg*.

che preveda, per gli impiegati contrattuali di tale amministrazione “un avanzamento per anzianità dopo otto anni di attività lavorativa in un livello retributivo determinato da tale contratto, senza tener conto dei periodi lavorativi, in un settore di attività analogo, precedentemente compiuti presso la pubblica amministrazione di un altro Stato membro”¹⁷².

Una siffatta clausola di un contratto collettivo comporta una discriminazione ingiustificata e nulla di diritto, ed in tal caso, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare agli appartenenti al gruppo sfavorito da tale discriminazione “lo stesso regime di cui fruiscono gli altri lavoratori, senza chiedere o attendere la previa abrogazione di siffatta clausola attraverso la contrattazione collettiva o qualsiasi altro procedimento”¹⁷³.

Altre sentenze rilevanti, sempre nei confronti della Repubblica italiana, ai fini della individuazione delle discriminazioni occulte sono: in primo luogo quella del 30 maggio 1989, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*¹⁷⁴ dove oltre a prevedere che il posto di lettore di lingua straniera nelle università non è un impiego nella pubblica amministrazione ai sensi dell'odierno art. 45, comma 4, TFUE, stabilisce che sia discriminatoria una norma nazionale che limiti la durata del rapporto di lavoro fra le università e i lettori di lingua straniera, mentre tale limitazione non esiste, in via di principio, per quanto riguarda gli altri lavoratori. Sebbene tale limitazione fosse applicata indipendentemente dalla cittadinanza del lavoratore interessato, essa riguardava essenzialmente lavoratori cittadini di altri Stati membri, perché “in base ai dati statistici forniti dal governo italiano, soltanto il 25% dei lettori di lingua straniera ha la cittadinanza italiana”¹⁷⁵.

Per giustificare la normativa contestata nella causa principale il governo italiano fa presente che tale limitazione costituisce per le università l'unico mezzo che consenta loro di disporre di lettori di lingua straniera aventi una conoscenza e una pratica aggiornate della madrelingua da loro insegnata.

La Corte contesta che il pericolo che i lettori perdano i contatti con la madrelingua è limitato, data l'intensificazione degli scambi culturali e delle facilità di comunicazione,

¹⁷²sentenza della Corte del 15 gennaio 1998, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg*, pag. 69, punto 30.

¹⁷³sentenza della Corte del 15 gennaio 1998, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg*, pag. 70, punto 35.

¹⁷⁴sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 30 maggio 1989, C-33/88, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*.

¹⁷⁵sentenza della Corte del 16 giugno 1987, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, pag. 1610, punto 12.

e che inoltre le università hanno comunque la possibilità di controllare il livello delle cognizioni dei lettori; dunque da quanto emerge nessuno dei motivi esaminati consente di giustificare la limitazione posta al rapporto di lavoro dei lettori di lingua straniera.

In secondo luogo possiamo citare la sentenza del 16 giugno 1987, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*

¹⁷⁶, dove la Corte ritenne che la Repubblica italiana, riservò ai ricercatori cittadini di altri Stati membri in servizio presso il Consiglio nazionale delle ricerche (CNR), per quanto riguarda le condizioni d'impiego e di lavoro, un trattamento discriminatorio rispetto a quello dei ricercatori di cittadinanza italiana dello stesso CNR venendo così meno anche in questo caso agli obblighi imposti dal Trattato.

Comune a tutte le decisioni della Corte, è il fatto che essa, nell'accertare se una normativa dia luogo ad una discriminazione indiretta, valuta analogamente a quanto effettua in relazione ad altre libertà garantite dal Trattato, se la normativa che comporta la discriminazione possa essere giustificata.

Qualora la Corte ritenga che la normativa con effetti discriminatori sia giustificata, la sottopone al controllo di proporzionalità¹⁷⁷ al fine di verificare se l'interesse dello Stato possa essere tutelato attraverso strumenti che non implicino una discriminazione.

Se viene ritenuto che una norma nazionale non sia proporzionata, la Commissione Europea, in qualità di custode dei trattati, può avviare una procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione europea¹⁷⁸.

Dunque se la norma nazionale non è proporzionata e costituisce una violazione del diritto dell'UE, lo Stato membro potrebbe essere obbligato a modificare o abrogare la norma in questione¹⁷⁹.

¹⁷⁶sentenza della Corte del 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

¹⁷⁷cit. alla nota 92.

¹⁷⁸ cit. alla nota 106.

¹⁷⁹oggetto della procedura di infrazione è la violazione da parte di uno Stato membro di un obbligo derivante dal diritto dell'Unione europea. La fase pre-contenziosa è di competenza della Commissione europea, che può avviarla d'ufficio (art. 258 TFUE), oppure su richiesta di qualsiasi altro Stato membro (art. 259 TFUE); non è escluso, tuttavia, che l'impulso possa provenire da un'interrogazione parlamentare presentata al Parlamento europeo da un deputato, ovvero da una denuncia di privati cittadini. In via preliminare, quindi, la Commissione, ove rilevi l'effettiva violazione di una norma di diritto dell'Unione europea, concede allo Stato membro sottoposto alla procedura un termine di due mesi per presentare le proprie osservazioni circa gli addebiti mossi, tramite l'invio di una lettera di messa in mora (o lettera di contestazione). Laddove lo Stato interessato non risponda entro i termini, oppure non fornisca chiarimenti soddisfacenti, la Commissione emette un parere motivato con cui

opera una formale diffida ad adempiere nei confronti dello Stato sottoposto alla procedura. Qualora lo Stato in causa non si conformi al parere nel termine fissato dalla Commissione, questa, ovvero lo Stato membro che abbia eventualmente avviato la procedura, sono legittimati a proporre ricorso per inadempimento alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Se la Corte decide riconoscendo la violazione del diritto comunitario da parte dello Stato ritenuto inadempiente, quest'ultimo ha l'obbligo di porre immediatamente rimedio alla violazione accertata.

CONCLUSIONI

Al fine di giungere al conseguimento degli obiettivi esposti nell'introduzione è stato analizzato, in primo luogo, il percorso evolutivo della normativa dell'Unione europea concernente la libera circolazione delle persone.

In questo modo, è stato possibile comprendere l'impegno e lo sforzo degli Stati membri nel cercare di modificare e perfezionare sempre di più le normative europee.

La disciplina è notevolmente cambiata e si è evoluta nel corso degli anni, con diverse modifiche che si sono succedute e che hanno ampliato e reso maggiormente conforme al cambiamento dei tempi la legislazione in tale ambito, arrivando così ad una maggiore realizzazione dei principi democratici, una consolidazione dei diritti umani e una integrazione europea.

Tuttavia, l'evoluzione della libertà di circolazione dei lavoratori non è stata priva di sfide e controversie, l'aumento della migrazione di lavoratori da Paesi con standard salariali più bassi verso Paesi con salari più elevati ha sollevato preoccupazioni in alcuni Stati membri riguardo alla concorrenza sleale e al possibile sfruttamento dei lavoratori.

Inoltre, la questione della libera circolazione dei lavoratori è stata al centro del dibattito politico che ha avuto ad oggetto preoccupazioni riguardanti la sicurezza, l'immigrazione illegale e il benessere sociale hanno alimentato un dibattito sulle politiche di controllo e restrizione dell'immigrazione lavorativa.

Nonostante queste sfide, l'evoluzione della libertà di circolazione dei lavoratori ha avuto un impatto significativo sulla mobilità degli stessi, aprendo nuove opportunità di occupazione e consentendo la libera scelta del luogo di lavoro all'interno dell'Unione, favorendo nel complesso la crescita economica, la diversità culturale e lo scambio di conoscenze all'interno del mercato unico.

È stato analizzato poi il principio di riserva di cittadinanza nei pubblici impieghi che si basa sulla funzione di garantire la priorità nell'accesso all'impiego pubblico ai propri cittadini, al fine di tutelare i loro interessi e garantire la stabilità economica e sociale.

La previsione di impieghi riservati ai cittadini nella pubblica amministrazione è un tema complesso e controverso, che coinvolge diverse considerazioni legali, politiche ed etiche.

Tradizionalmente, molti paesi hanno adottato politiche di preferenza nazionale o regionale per l'occupazione nella pubblica amministrazione, riservando determinati posti di lavoro esclusivamente ai propri cittadini.

Questo approccio è stato giustificato sulla base della protezione dell'interesse nazionale, della coesione sociale e dell'idea che i cittadini di un Paese dovrebbero avere priorità nell'accesso agli impieghi pubblici.

Tuttavia, negli ultimi anni, l'Unione europea ha incoraggiato una maggiore apertura e non discriminazione nell'accesso agli impieghi pubblici, promuovendo il principio di libera circolazione dei lavoratori tra gli Stati membri.

Questo ha portato a una serie di decisioni della Corte di giustizia che hanno stabilito che le restrizioni all'occupazione riservata ai cittadini possono essere in contrasto con il diritto europeo, a meno che non siano giustificate da motivi di interesse generale e proporzionate.

Di conseguenza, molti Paesi dell'Unione europea hanno dovuto rivedere le loro politiche di occupazione nella pubblica amministrazione per allinearle al principio di libera circolazione dei lavoratori. Ciò ha comportato l'apertura degli impieghi pubblici a cittadini di altri Stati membri, nel rispetto dei criteri di merito e competenza.

Infatti la revisione delle politiche di occupazione nella pubblica amministrazione deve tener conto di tali considerazioni, garantendo al contempo l'efficienza, la meritocrazia e la diversità nella selezione dei candidati.

Dall'analisi effettuata possiamo vedere come la Corte di giustizia si sia sforzata nel dare indicazioni precise, non solo per poter decidere nei casi concreti quando la riserva possa essere attuata o meno, ma anche nell'indicare parametri generali, per poter effettuare una valutazione, circa la natura pubblica di un impiego, anche nel caso in cui i dubbi sorgano relativamente ad un impiego diverso rispetto a quelli già analizzati dai giudici europei.

Dunque, attraverso le indicazioni giurisprudenziali e le comunicazioni della Commissione, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di applicare correttamente l'art 45, par. 4, TFUE senza necessariamente ricorrere in giudizio.

Tuttavia, nonostante il grande impegno dei giudici europei, è palese che ulteriori precisazioni saranno necessarie qualora sorgano nuovi impieghi con caratteristiche *borderline* tra attività pubblica e privata.

Di elevata importanza è il principio di non discriminazione, anche detto di parità di trattamento, esso garantisce innanzitutto, che il cittadino che si trasferisce in un altro

Stato membro diverso dal suo, si trovi ad essere trattato nella medesima maniera in cui viene trattato un cittadino di quello Stato. E questo profilo lo possiamo intendere sotto diversi aspetti che dovrebbero essere alla base della libera circolazione delle persone: primo, deve poter godere degli stessi diritti ed essere sottoposto agli stessi doveri, secondo, deve poter trovare condizioni di lavoro e salariali compatibili con i lavoratori della stessa categoria, terzo deve essere sottoposto alla legge come qualsiasi altro cittadino di quello Stato; il tutto senza distinzioni di sesso, razza, religione, opinioni politiche.

L'importanza del principio di non discriminazione all'interno della libera circolazione non può quindi essere sottovalutata.

L'Unione europea ha adottato misure per promuovere l'uguaglianza e contrastare la discriminazione e la Corte di giustizia ha contribuito al rispetto e alla delimitazione del contenuto di tale principio attraverso i suoi orientamenti giurisprudenziali.

Un importante contributo da parte della Corte di giustizia è stato dato in materia di discriminazioni indirette dove la eliminazione di esse, per la loro caratteristica di essere occulte e dunque non palesi, è certamente una sfida ma è anche un obiettivo cruciale dal quale non si può prescindere per promuovere una inclusione equa.

Le indicazioni giurisprudenziali sulla parità di valutazione dei titoli, dell'anzianità e esperienza professionale precedentemente svolta in altri Stati dell'Unione sono un passo importante verso questo obiettivo.

Tuttavia, nonostante i progressi compiuti, ci sono ancora sfide da affrontare. La discriminazione persiste in alcune aree e i cittadini europei possono ancora incontrare ostacoli nella ricerca di lavoro o nell'accesso a determinati servizi.

È fondamentale che gli Stati membri continuino a impegnarsi per promuovere l'uguaglianza e contrastare la discriminazione, al fine di garantire che tutti i cittadini europei possano godere appieno dei diritti garantiti dalla libera circolazione.

Per concludere possiamo affermare che l'evoluzione della libera circolazione nell'Unione europea ha portato a importanti risultati, consentendo ai cittadini europei di godere di libertà di movimento e di una serie di diritti in tutta l'Unione.

Compito delle istituzioni sarà quello di legiferare a favore di una cooperazione sempre più stretta tra gli Stati membri, che renda partecipi anche i cittadini i quali si devono sentire i primi protagonisti di quella che è senz'altro la più grande organizzazione a livello mondiale.

BIBLIOGRAFIA

Riferimenti bibliografici:

R. ADAM e A. TIZZANO, “*Manuale di diritto della unione europea*”, 2. ed. Torino, 2017.

S.GIUBBONI e G. ORLANDINI, “*La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea. Principi e tendenze*”, Bologna, Il Mulino, 2007.

B.NASCIMBENE e M.CONDINANZI, “*Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*” 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

G.STROZZI, and A. ADINOLFI. “*Diritto dell’Unione europea : parte speciale. 3.*” ed. Torino: Giappichelli, 2010.

T.BALLARINO e L. BELLODI, “*Manuale di diritto dell’Unione Europea*” 6. ed. Padova, Cedam, 2001.

G.GIORGIO e A.ADINOLFI “*Introduzione al diritto dell’Unione europea*” ed. Roma, GLF editori Laterza, 2012.

Giurisprudenza:

Sentenza della Corte del 19 marzo 1964, C-75/63, *M.K.H. Unger in Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*.

Sentenza della Corte del 15 ottobre 1969, C-15/69, *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG c. Salvatore Ugliola*.

Sentenza della Corte del 12 febbraio 1974, C-152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*.

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 31 maggio 1979, C-207/78, *Pubblico ministero c. Gilbert Even e Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS)*.

Sentenza della Corte del 17 dicembre 1980, C- 149/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*.

Sentenza della Corte del 23 marzo 1982, C-53/81, *D.M. Levin c. Segretario di Stato per la giustizia*.

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 20 giugno 1985, C 94/84, *Office national de l'emploi c. Jozsef Deak*.

Sentenza della Corte del 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*.

Sentenza della Corte del 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

Sentenza della Corte del 18 giugno 1987, C 316/85, *Centre public d'aide sociale di Courcelles c. Marie-Christine Lebon*.

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 30 maggio 1989, C-33/88, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*.

Sentenza della Corte del 31 maggio 1989, C-344/87, *I. Bettray c. Staatssecretaris van Justitie*.

Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 27 novembre 1991, C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale*.

Sentenza della Corte del 23 febbraio 1994, C-419/92, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari e Cinzia Porcedda*.

Sentenza della Corte del 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*.

Sentenza della Corte del 15 gennaio 1998, C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg*.

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 12 marzo 1998, C-187/96, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*.

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 30 novembre 2000, C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. Republik Österreich*.

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 31 maggio 2001, C-283/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*.

Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 settembre 2004, C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*.

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 12 maggio 2005, C- 278/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 26 ottobre 2006, C-371/04, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*.

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 10 settembre 2014, C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*.

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 14 giugno 2016, C-308/14, *Commissione europea c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*.

Blog:

<http://www.marinacastellaneta.it/> di *Martina Castellaneta*

Sitografia e documenti:

EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it>

CURIA(Corte di Giustizia dell'Unione europea)
https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it

Parlamento europeo: <https://www.europarl.europa.eu/portal/it>

Carta dei diritti fondamentali della Unione europea (2000/c 364/01)

Dichiarazione Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948

Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966

Trattato sull'Unione europea (TUE)(versione consolidata)

Trattato sul funzionamento della Unione Europea (TFUE) (versione consolidata)

Bruxelles, 11.12.2002 COM(2002) 694 definitivo (comunicazione della Commissione, Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità)

Bruxelles, 13.7.2010 COM(2010)373 definitivo (comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo , al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni)

Comunicazione del 13 luglio 2010, *Reaffirming the free movement of workers: rights and major developments*.

D. P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174.

Regolamento n. 1612/68/CEE del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità

Regolamento (UE) N. 492/2011 del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

Decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Direttiva 77/486/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1977, relativa alla formazione scolastica dei figli dei lavoratori migranti.

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.

Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Direttiva 2011/24/UEE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera

Direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

Direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014 relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori a libera circolazione dei lavoratori.

RINGRAZIAMENTI

Un sentito grazie a tutte le persone che mi hanno permesso di arrivare fin qui e di portare a termine gli studi.

In *primis*, un ringraziamento speciale al mio relatore Francesco Munari, per l'infinita disponibilità e tempestività ad ogni mia richiesta e soprattutto per la passione e le conoscenze trasmesse durante le lezioni.

Grazie al Dottor Mario Barbano per i suoi preziosi consigli e per avermi fornito i suggerimenti utili ai fini della stesura dell'elaborato.

Ringrazio di cuore i miei genitori per avermi sempre sostenuto e per avermi permesso di intraprendere gli studi universitari.

Grazie a mia sorella per aver sempre creduto in me.

Ed infine grazie a tutti i miei amici e compagni di corso.

Grazie infinite a tutti voi.