

## L'accesso del cittadino straniero al pubblico impiego\*.

La normativa italiana in merito all'accesso dei cittadini stranieri al pubblico impiego - ed, in particolare, ai posti per i quali è imprescindibile la partecipazione al pubblico concorso, come nel caso di assunzioni in ruolo a tempo indeterminato - è certamente disorganica, oltre che complessa, motivo per il quale occorre procedere ad una sua attenta ricostruzione.

Nell'ambito della presente disamina procederemo delineando presupposti e possibilità di accesso alla Pubblica Amministrazione italiana in relazione a tre categorie generali di persone, ovvero:

- a) cittadini comunitari;
- b) cittadini di paesi non comunitari, ma che godono di una particolare forma di tutela da parte della legislazione europea;
- c) cittadini di paesi non comunitari regolarmente presenti sul territorio nazionale italiano.

Innanzitutto, per inquadrare correttamente la questione, occorre partire dalle essenziali definizioni di alcune categorie giuridiche rilevanti in materia ed, *in primis*, dalla definizione di "cittadino straniero".

L'art. 1, D.Lgs. 286/98, ovvero il testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, individua l'ambito di coloro cui si applica la suddetta normativa, che definisce con il termine "stranieri", nei "cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi".

Conseguentemente, anche dal punto di vista definitorio, è corretto non considerare quali cittadini stranieri i cittadini di uno degli Stati dell'Unione europea.

I cittadini comunitari, d'altronde, hanno sicuramente accesso alla Pubblica Amministrazione italiana e, di tanto, oramai neanche si discute più se non in relazione a specifiche questioni che, di seguito, anche si analizzeranno.

Il principio della libera circolazione dei lavoratori cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea è uno dei principi cardini dell'UE, posto con

---

\* ~~.....~~ Pagina del 11 novembre 2019.

chiarezza all'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In base ad esso i cittadini dell'Unione possono liberamente cercare lavoro in un altro paese dell'UE, lavorarvi senza bisogno di richiedere un particolare permesso, vivere in questo paese per esigenze lavorative, restarvi anche a seguito della perdita del lavoro, nonché godere della parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali per quanto attiene l'accesso, le condizioni di lavoro e tutti gli altri benefici sociali e fiscali derivante in maniera diretta e/o indiretta dalla condizione lavorativa. A tale principio lo stesso TFUE pone dei limiti (art. 45, n. 4), da qualificarsi giuridicamente come deroghe alla regola generale su brevemente descritta, per quanto riguarda l'accesso alla Pubblica Amministrazione; limiti interpretati nel senso che uno Stato può riservare ai soli suoi "cittadini nazionali" quegli impieghi che comportano la partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dell'autorità pubblica e la responsabilità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato. Tali limiti e condizioni, come vedremo, vanno valutati singolarmente, in considerazione della natura dei compiti da espletare, dell'inserimento di essi all'interno del più ampio contesto istituzionale dello Stato membro e delle responsabilità dell'impiego in questione.

Proprio sulla base di tali principi la Corte di Giustizia ha delineato i confini della suddetta deroga già con l'importante sentenza del 17 dicembre 1980, resa nella causa 149/79, proprio in quanto alcuni posti di lavoro all'interno della P.A. presuppongono, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un "*rappporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato*", nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza.

In Italia tali limiti sono chiaramente definiti dalla normativa secondaria: l'art. 38, D.Lgs. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) prevede, infatti, che "*I cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale*" (comma 1) e che "*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 prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini di cui al comma 1" (comma 2).*

Tale D.P.C.M. è da rinvenirsi nel n. 174 del 7.2.1994 il quale, agli artt. 1 e 2, individua *"I posti delle amministrazioni pubbliche per l'accesso ai quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana"* in:

- a) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, individuati ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. 03.02.1993, n. 29, nonché i posti dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni (art. 1);
- b) i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni nonché, delle regioni e della Banca d'Italia (art. 1);
- c) i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché, i posti degli avvocati e procuratori dello Stato (art. 1);
- d) i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa, del Ministero delle finanze e del Corpo forestale dello Stato, eccettuati i posti a cui si accede in applicazione dell'art. 16, L. 28.02.1987, n. 56 (art. 1);
- e) infine, e.1) funzioni che comportino l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; e.2) funzioni di controllo di legittimità e di merito. (art. 2).

Tale contesto normativo, attinente come detto ai cittadini di Stati membri della Unione europea, deve estendersi ai cittadini stranieri (come su definiti) che godono di un particolare *status* (cd. rinforzato), in quanto la loro permanenza e le relative condizioni all'interno di uno Stato membro sono garantiti e disciplinati dalla normativa europea. Il fenomeno da cui tanto discende è noto in dottrina come "comunitarizzazione" della materia dell'immigrazione e dell'asilo, ovvero del progetto iniziato dall'Unione europea e rivolto alla programmazione e creazione di una politica comune in materia di immigrazione.

Tale percorso ha comportato, per le categorie di soggetti che elencheremo a breve, l'adozione del principio di parità di trattamento con i cittadini dell'Unione europea e, per l'effetto, la omogeneizzazione del trattamento di tali cittadini stranieri con i cittadini degli Stati dell'Unione anche con riferimento all'accesso al pubblico impiego.

Essi, in definitiva, possono essere individuati:

- a) nei cittadini extracomunitari familiari di cittadini dell'Unione;
- b) nei cittadini extracomunitari titolari di permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo (*ex* carta di soggiorno);
- c) nei cittadini extracomunitari titolari di protezione internazionale nella forma dello *status* di rifugiato, ovvero nella forma della protezione cd. sussidiaria.

Relativamente a tali soggetti, infatti, anche la normativa italiana ha recepito (anche di recente) le direttive comunitarie in materia o, comunque, ha provveduto alla omogeneizzazione della disciplina prima solo settorialmente prevista. Così, con l'art. 7, L. 97/2013, il Legislatore italiano ha: da un lato, modificato il comma 1, art. 38, D.Lgs. 165/2001 nel senso di garantire non solo ai cittadini dell'Unione ma anche ai loro familiari extracomunitari – dunque, che non siano cittadini di uno Stato dell'Unione e che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente - il diritto di accedere ai posti di ruolo della P.A. che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale (così adeguando il dettato normativo su riportato alla 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); dall'altro, inserito nel corpo dell'art. 38, D.Lgs. 165/2001, il comma 3 *bis*, in virtù del quale il medesimo diritto è garantito e riconosciuto anche ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria (in tale modo adeguando il citato decreto, rispettivamente, alla Direttiva 2003/109/CE – relativa allo *status* dei cittadini cd. lungo soggiornanti dei paesi terzi – ed alla direttiva 2004/83/CE).

Se possibile, la vicenda attinente propriamente i cittadini di Paesi terzi non protetti da normativa europea (dunque l'ultima categoria di persone individuate all'inizio del presente parere) è ancora più complessa ed ha dato luogo a differenti soluzioni, anche in giurisprudenza.

Evidentemente, in relazione a tali persone, si devono prendere in considerazione solo ed esclusivamente coloro che abbiano un regolare titolo di soggiorno nel nostro paese, di durata quantomeno annuale e comunque non transitorio (ad esempio, con esclusione dei titolari di permesso di soggiorno stagionale o presenti a titolo turistico), secondo le disposizioni innanzitutto dettate del D.Lgs. 286/98 e s.m.i. Per quanto riguarda i cittadini stranieri privi di un regolare titolo di soggiorno sul territorio nazionale, infatti, va affermata la loro generale incapacità a stipulare validi contratti di lavoro.

Tanto si specifica in quanto la precedente normativa in materia di immigrazione in Italia, ovvero la L. 39/90 (Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato) all'art. 9, co. 3, prevedeva la possibilità che il cittadino straniero stipulasse *“qualsiasi contratto di lavoro, ivi compreso quello di formazione e lavoro, secondo le norme in vigore per i lavoratori nazionali, escluso soltanto il pubblico impiego, salvo i casi di cui all'articolo 16 della l. 28 febbraio 1987, n. 56”*, nel caso in cui il soggiorno fosse richiesto per motivi di lavoro.

Venendo ad oggi, invece, va sottolineato che la produzione legislativa successiva e, in particolare, le norme comunitarie e nazionali in materia di discriminazione per motivi nazionali, etnici e razziali, nonché lo stesso Testo Unico Immigrazione (D.Lgs. 286/98), hanno modificato il contesto normativo di riferimento portando, secondo una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza, alla abrogazione (sia pure tacita) delle precedenti discipline in materia o, comunque, alla rivisitazione delle tesi precedentemente dominanti ed indirizzate a ritenere la assoluta e categorica esclusione dei cittadini stranieri dall'accesso al pubblico concorso.

E' bene, innanzitutto, delineare il contesto normativo principale di riferimento, ulteriore rispetto a quello su già indicato.

I principi fondamentali della normativa antidiscriminatoria (tanto italiana quanto europea) e la complessiva *ratio legis* considerano illegittima ogni prassi e/o comportamento che, indipendentemente dalla volontà del soggetto agente, abbia lo scopo diretto e/o indiretto di produrre un effetto discriminatorio in capo a determinati soggetti. Come rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quindi, l'atto discriminatorio non necessita di alcun elemento volitivo per configurarsi, né dolo né colpa. Il che equivale a dire che, in ipotesi rientranti in tale fattispecie astratta (e potenzialmente sanzionabile con gli strumenti, tra l'altro, di cui all'art. 44 T.U. Immigrazione) è indifferente che l'agire della P.A. sia stato eventualmente improntato a motivi di razzismo o nazionalismo. Tanto è vero che l'azione civile, precisata dall'art. 44 cit., è utilizzabile dalla parte che si intenda discriminata indipendentemente dal fatto che si avesse o meno l'intento discriminarla. E, infatti, lo stesso articolo 44 parla della produzione di una discriminazione (diretta o indiretta) posta in essere dall'atto o dal comportamento della P.A. o del privato; produzione che si pone quale dato di fatto oggettivo e non in quanto tale atto o comportamento sia intenzionalmente rivolto alla discriminazione. Assume dunque significativa importanza, nella definizione legislativa del divieto di discriminazione, la oggettivazione del comportamento fonte della discriminazione per motivi nazionali, razziali, etnici, ecc. Tanto sta a significare che la discriminazione è rinvenuta non solo nello scopo perseguito (che può mancare), ma anche per il mero effetto di compromettere il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali nei campi indicati dal Legislatore.

La dottrina e la giurisprudenza che maggiormente propendono per la parità di trattamento dei cittadini stranieri con i cittadini comunitari - e, dunque, per la possibilità di accesso dei cittadini stranieri regolarmente soggiornanti al pubblico concorso per un posto di ruolo nella P.A. - argomentano principalmente sulla base del principio di cui sopra, nonché delle norme che di seguito si andranno ad indicare e commentare. Tali tesi fanno perno innanzitutto sugli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione italiana e sui principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, tutti strettamente connessi, in

particolare, con l'art. 10 Cost, in virtù del quale *“L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”*.

Dunque, a tale riguardo, si richiama la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143, adottata dalla conferenza generale del 24 giugno 1975, entrata in vigore il 9 dicembre 1978, resa esecutiva in Italia con L. 10.04.1981, n. 158 ed entrata in vigore per l'Italia il 23.06.1982. Essa, nel suo contesto complessivo, vieta forme di discriminazione istituzionale nei confronti dei lavoratori migranti ed, all'art. 10, prevede in particolare che *“Ogni Stato membro per il quale la convenzione sia in vigore s'impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio”*. La medesima Convenzione, d'altronde, allorché (art. 11, co. 2) stabilisce l'esclusione dell'applicazione delle norme dalla stessa dettata in capo ad alcuni cittadini stranieri non parla certamente dei cittadini che vogliano accedere ai pubblici impieghi.

Essa, ancora, ricorda a sua volta la Convenzione sui lavoratori migranti (riveduta) del 1949, la quale chiede ad ogni Stato membro che l'abbia ratificata di applicare ai cittadini immigrati (anche qualora non abbiano ancora acquisito lo status di lavoratori) che si trovino legalmente nei confini del proprio territorio un trattamento non meno favorevole di quello applicato ai propri nazionali.

A tale contesto normativo internazionale si richiama, anche, l'art. 2, co. 3, D.Lgs. 286/98, secondo il quale *“La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani”* mentre, solo un attimo prima, il comma 2 del medesimo articolo afferma che *“Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei*

*diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione”.*

➤ Continuando con l'esegesi del T.U. Immigrazione, possiamo verificare come lo stesso fornisce ulteriori utili spunti di riflessione.

■ Il Capo IV del D.Lgs. 286/98, infatti, è specificamente dedicato all'integrazione sociale ed alle discriminazioni. Gli artt. 43 e 44 sono - nella ratio legislativa - le norme prodromiche che hanno prodotto la successiva legislazione in materia di diritto alla parità di trattamento.

Anzi, va dato atto al legislatore nazionale, inoltre, di avere in certa misura anticipato la direttiva 2000/43/CE del Consiglio - quantomeno sul piano dell'ampiezza del divieto di discriminazione - grazie alle disposizioni contenute nel T.U. in materia di immigrazione di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 che si è appena citato.

Il primo comma dell'art. 43, riprendendo di fatto l'art. 1 della Convenzione di New York del 1966 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (resa esecutiva in Italia con L. 654/75), istituisce una sorta di clausola generale di non discriminazione (intesa come distinzione, esclusione, restrizione, preferenza) basata sulla razza†, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, sulle convinzioni o le pratiche religiose. L'art. 43 è intitolato “*Discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*” ed è rivolto alla definizione del principio di non discriminazione, costituendo una sorta di clausola generale ed aperta di parità di trattamento - rivolgendosi in particolare al pubblico ufficiale, l'incaricato di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità il quale con comportamento commissivo o omissivo metta in atto un comportamento che direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le pratiche religiose.

---

† Per amore di verità e di completezza, va rimarcato che le Direttive europee in materia (cfr. Dir. 2004/83/CE), a differenza della normativa italiana, specificano che “*L'Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine "razza" nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie*” (così il sesto considerando), in tale modo volendo esplicitare la propria scelta culturalmente alternativa rispetto alle teorie razziste.



Alla definizione di discriminazione data dalla norma segue una elencazione di comportamenti ed atti da ritenersi discriminatori *ex lege* e tra essi è compresa la condotta di “chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione (...) allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero (...) o nazionalità”.

La normativa ora citata va letta, peraltro, in considerazione di quanto argomentato in relazione ai cittadini comunitari ed a quelli loro parificati di cui si è detto precedentemente. Quando l'art. 38, co. 2, D.Lgs. 165/2001 detta la regola secondo cui è con D.P.C.M. che vengono indicati “posti” e “funzioni” per i quali non si può prescindere dal requisito della cittadinanza, presuppone la legittima scelta dello Stato italiano nel disciplinare - in funzione di un interesse specifico e preponderante e così giustificando la sua scelta in termini di razionalità - l'accesso in ruolo solo a cittadini italiani indicando quali posti e quali funzioni ritiene di riservare ad essi.

Tale scelta dello Stato, si sostiene, dovrebbe valere sia per il cittadino comunitario sia per il cittadino extracomunitario e, per essere legittimo, dovrebbe attenersi ai soli posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che implicano l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero che attengano alla tutela dell'interesse nazionale (come descritti nel su citato D.P.C.M.).

Conseguentemente sembrerebbe logico argomentare che, ove questa limitazione non è prevista, l'accesso all'impiego dovrebbe essere consentito tanto a cittadini italiani ed europei quanto a cittadini non comunitari, a pena di violare la normativa antidiscriminatoria vigente.

D'altronde è proprio la differenziazione tra cittadini europei e cittadini non europei che ha portato la questione nelle aule dei Tribunali per poi allargarsi con il passare del tempo e sino a fare immaginare (e statuire giudizialmente) che si dovesse arrivare alla parificazione tra italiani e non in tema di accesso al pubblico impiego, salvo i limiti che il Legislatore intenda specificamente introdurre.

Inoltre è lo stesso T.U. Immigrazione (art. 27) che fa salve le disposizioni che richiedono il requisito della cittadinanza italiana per lo svolgimento di “determinate attività” (dunque, non di tutte).

A fronte di tali argomentazioni, tuttavia, è giusto osservare che proprio la esplicita dicitura legislativa in merito alla possibilità di accesso dei cittadini di uno stato dell’Unione alla pubblica amministrazione (salvo i limiti descritti) potrebbe fare immaginare una tacita preclusione legislativa all’accesso alla P.A. con contratto di lavoro a tempo indeterminato da parte dei cittadini extracomunitari.

Secondo alcuni un limite invalicabile potrebbe derivare dall’art. 51 Cost., in virtù del quale solamente *“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”*. Sarebbe semplice rispondere, tuttavia, che il comma 2 del medesimo articolo specifica che *“La legge può, per l’ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica”* e che la normativa su richiamata va interpretata proprio nel senso che la Legge ha voluto tale parificazione a partire, quantomeno, dalla normativa antidiscriminatoria del 2003 e del 2006, se non anche dal testo unico immigrazione del 1998. In ogni caso, come visto, parificazione vi è stata in relazione ai cittadini comunitari ed a quelli extracomunitari ad essi assimilati (vedi *supra*).

Si sostiene, nel volere rafforzare la tesi circa l’illegittimità dell’accesso al pubblico concorso del cittadino straniero ed alla nullità degli atti successivi, che assume fondamentale importanza, in materia, l’art. 2 D.P.R. 487/94 e s.m.i. (*“Regolamento recante norme sull’accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi”*). Tale articolo, al comma 1, n. 1, stabilisce che possono accedere agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni i soggetti che posseggano, fra gli altri, il requisito della cittadinanza italiana, salvo specificare che il medesimo requisito non è richiesto per i soggetti appartenenti alla Unione europea (sempre fatti salvi i limiti di cui sopra, ovvero quelli di cui al D.P.C.M. 174/1994).

Ovviamente, a riguardo di tale norma, si è osservata e sottolineata la sua natura regolamentare, dunque la impossibilità di incidere su norme di rango superiore ed anche ad esso successive, come quelle precedentemente indicate in materia antidiscriminatoria, ovvero contenute nel T.U. Immigrazione.

¶ Norme che, a tutto volere concedere, avrebbero comunque abrogato implicitamente la normativa precedente per intervenuta incompatibilità.

¶ Altra tesi, invece, ritiene che la norma ora citata sia stata addirittura oggetto di un processo di “legificazione”, ex art. 70, D.Lgs. 165/2001 che, al comma 13, recita: *“In materia di reclutamento, le pubbliche amministrazioni applicano la disciplina prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, e successive modificazioni ed integrazioni, per le parti non incompatibili con quanto previsto dagli articoli 35 e 36, salvo che la materia venga regolata, in coerenza con i principi ivi previsti, nell’ambito dei rispettivi ordinamenti?”.*

Tale è la tesi sostenuta (e, con tale argomento, cominciamo ad approfondire anche la posizione della giurisprudenza in materia), in particolare, dalla Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con la sentenza 13 novembre 2006, n. 24170<sup>‡</sup>.

La questione del rapporto tra fonti primarie e secondarie e la prevalenza delle prime sulle seconde viene, infatti, superata dalla Corte sulla base del fatto che il regolamento su citato sarebbe stato assunto a fonte di legge. Ci si troverebbe innanzi ad un vero e proprio processo di “legificazione” della norma secondaria.

Al riguardo vanno, però, fatte delle precisazioni.

L’argomentazione a sostegno della reviviscenza di un decreto per il solo fatto che la legge lo menzioni, non essendo altrimenti argomentata, appare poco persuasiva.

Il Legislatore del 2001, infatti, nulla statuisce sulla validità del decreto (il quale, infatti e come detto, potrebbe ritenersi addirittura implicitamente abrogato da norme successive di rango primario) limitandosi a dire che le Amministrazioni lo “applicano”.

---

<sup>‡</sup> Deve specificarsi sin d’ora che questa è l’unica sentenza della Suprema Corte in materia, almeno tra quelle pubblicate ed a conoscenza di chi scrive. Vedremo, tuttavia, che la stessa non ha avuto una particolare funzione monofilattica.

Se, quindi, si dovesse accogliere la tesi della “legificazione” del provvedimento amministrativo citato solo perché “richiamato” dalle legge, si correrebbe il fondato rischio di andare incontro ad una serie di ulteriori insanabili contraddizioni.

In primo luogo, si assisterebbe ad un processo di ri-legificazione delle norme. E, questo, quando – a partire almeno dalla L. 59/97 – l'intento legislativo va certamente in senso opposto, ovvero nel senso di “delegificare” l'ordinamento, trasferendo le disposizioni normative dal rango primario a quello regolamentare e secondario.

In secondo luogo, poi, la necessità di rendere coerente l'Ordinamento giuridico, oltre che la sua interpretazione ed applicazione, dovrebbe fare ritenere che ogni regolamento anche solo citato da disposizioni di legge debba essere assunto a Legge dello Stato.

La vastità delle ipotesi non permette ovviamente esemplificazioni sia pure minimamente esaustive.

Come anche è stato notato, d'altronde, il processo di legificazione dei regolamenti è istituto di pura creazione interpretativa.

Il richiamo di una norma per relazione non può avere altro scopo se non il rinvio al contenuto di detta norma, ai fini della verifica del suo contenuto. Non può certo assolvere alla funzione di attribuire alla norma richiamata un rango pari a quella che la richiama. Anzi, in base a tale tesi si correrebbe il rischio di fare assumere alla norma richiamata un rango per così dire rafforzato, dato che anche le normative successive sarebbero inidonee alla tacita abrogazione (tale, ci pare, sia il rischio che si corre con l'interpretazione che ora si passa in rassegna).

L'unico scopo del richiamo per relazione, invece, consiste nel fornire al destinatario gli elementi normativi da valutare o da considerare come presupposto delle proprie attività di indagine.

Per contro la “legificazione” di una normativa secondaria può verificarsi esclusivamente quando la disciplina concreta sia disposta espressamente dal legislatore che, dunque, per disciplinare in via legislativa una materia deve

trattarla fino ad esaurirla, prevedendo direttamente la fattispecie astratta, la procedure, fissando il precetto ed eventualmente la sanzione.

In mancanza di ciò, il puro e semplice richiamo di norme regolamentari non può certo comportare una modifica della loro collocazione nella gerarchia delle fonti.

La sentenza della Suprema Corte citata, peraltro, arricchisce il suo ragionamento attraverso la distinzione che la Corte stessa fa tra una fase procedurale prodromica all'assunzione (il concorso pubblico) ed una fase successiva.

Sempre a dire della Cassazione solo tale ultima fase non legittimerebbe alcun tipo di limitazione in base alla cittadinanza mentre la limitazione alla partecipazione al concorso pubblico sarebbe necessariamente inibita al lavoratore straniero.

Dunque, anche in presenza della ampia giurisprudenza di merito, anche amministrativa, precedente<sup>§</sup> che aveva dato preminenza al principio di parità di trattamento previsto anche dal citato art. 2 del testo unico sull'immigrazione e dalla normativa su richiamata, la Corte di Cassazione del 2006 afferma il seguente principio: *“il requisito del possesso della cittadinanza, richiesto per accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'art. 2 dpr 487/1994- norma legificata dall'art. 70 comma 13 d. lgs 165/2001- e dal quale si prescinde in parte solo per gli stranieri comunitari, nonché per casi particolari, si inserisce nel complesso delle disposizioni che regolano la materia particolare dell'impiego pubblico, fatta salva dal d.lgs 286/1998 che, in attuazione della Convenzione OIL nr. 175/1995, resa esecutiva con la l. 158/1981, sancisce parità di trattamento e piena eguaglianza di diritti per i lavoratori extracomunitari rispetto ai lavoratori italiani; né l'esclusione dello straniero non comunitario dall'accesso al lavoro pubblico (al di fuori delle eccezioni espressamente previste dalla legge) è sospettabile di illegittimità costituzionale, atteso che esula dall'area dei diritti fondamentali e che la scelta del legislatore è giustificata dalle stesse norme costituzionali (art. 51, 97 e 98 Cost)”*.

---

§ Cfr. tra le tante: Tar Liguria, Sez. II, sent. n. 399 del 13.04.2001, Corte di Appello di Firenze, ord. del 02.07.2002, Tribunale di Genova 19.4.2004, Tribunale di Genova 21.4.2004, Tribunale di Perugia 29.09.2006 e Tribunale Perugia 06.12.2006.

La giurisprudenza di merito successiva alla sentenza della Corte di legittimità ha assunto orientamenti non sempre conformi a tale Giudice.

In particolare, numerose pronunce di merito che hanno confermato l'esistenza, in materia, dell'invincibile principio di parità di trattamento hanno sostenuto che il requisito della cittadinanza, richiamato attraverso la cd. tecnica della legificazione operata dall'art. 70, comma 13, D.Lgs 165/2001, vada riferito solo allo svolgimento di alcune e ben specifiche attività, ovvero quelle che comportino il su specificato esercizio di pubblici poteri o di funzioni di interesse nazionale; differentemente vi sarebbe produzione di un chiaro comportamento discriminatorio, ossia una *“ingiustificata differenziazione tra cittadino e straniero nell'accesso al lavoro”*\*\*.

Ulteriori casi specifici affrontati dalla giurisprudenza di merito si riportano di seguito:

- a) il Tribunale di Genova, con ord. del 21.01.2010, in merito alla revoca di un contratto di lavoro a tempo determinato nella scuola per mancanza del requisito di cittadinanza, ha ritenuto tale comportamento discriminatorio ed ha decretato l'annullamento del provvedimento dell'Amministrazione scolastica;
- b) il Tribunale di Milano, con ord. 11.01.2010, in merito al mancato inserimento nella graduatoria del per il personale educativo di conversazione in lingua estera, ha dichiarato tale comportamento dell'Amministrazione discriminatorio;
- c) il Tribunale di Rimini, con ord. n. cron. 3626 del 27.10.2009 ha dichiarato l'illegittimità del comportamento della ASL nel non ammettere al pubblico concorso per un posto di lavoro a tempo indeterminato una cittadina straniera che aveva tutti gli altri requisiti previsti dal bando.

Tali pronunce, nel discostarsi esplicitamente dalla richiamata pronuncia della Suprema Corte, hanno chiaramente affermato la supremazia del principio di parità di trattamento nell'accesso a qualsivoglia tipologia di lavoro (fermi i limiti di “sicurezza” più volte richiamati) sostenendo che la sentenza della Cassazione non avesse affatto considerato la produzione normativa successiva al D.P.R. 487/94.

---

\*\* Così Trib. Genova, ord. 3749/2008. Ma si vedano anche Trib. Bologna, ord. 07.09.2007; Trib. Milano, Sez. Lavoro, 30.5.2008, Corte di Appello di Firenze, 28.11.2008.

A parere degli scriventi, a differenza di quanto sostenuto dalla Cassazione, nella legge non si riscontra alcuna differenza tra la fase procedurale prodromica all'assunzione e la fase successiva. Per lo meno con riguardo al requisito della cittadinanza.

Tanto, anzi, è indubbiamente smentito dai Decreti Legislativi 215 e 216 del 2003 (che infatti non sono stati considerati dalla sentenza citata) e dalle relative direttive europee da cui tali atti discendono.

Anzi, tali norme pongono un principio di parità e non discriminazione che è generale relativamente al diritto del lavoro e che rende illegittima, perchè discriminatoria, qualsiasi differenziazione che non trovi la sua base nell'interpretazione della legge in senso conforme alla Carta Fondamentale.

Abbiamo detto che diverse pronunce di merito hanno ritenuto implicitamente abrogata la norma sul requisito della cittadinanza.

Tanto hanno fatto, evidentemente, anche sulla base dell'art. 15 disp.prel.cod.civ. secondo cui la legge precedente è abrogata esplicitamente dalla legge successiva o per incompatibilità della seconda (che prevale) con la prima.

Se pure si volesse ritenere che alcun difetto di coordinamento vi è stato da parte del Legislatore quando ha emanato gli artt. 2, 43 e 44 del T.U. Immigrazione in quanto, successivamente, il requisito della cittadinanza sarebbe stato richiesto esplicitamente dal rimando di cui all'art. 70 D.Lgs. 165/2001 al D.P.R. 487/94 (come fa la Cassazione), occorrerebbe spiegare perché con i Decreti Legislativi del 2003 già citati si fa esplicitamente riferimento al divieto di discriminazione proveniente dal privato o dal soggetto pubblico, anche prima dell'instaurazione del rapporto di lavoro.

Tali Decreti esplicitamente richiamano l'art. 43 T.U. Immigrazione e l'art. 44 in ordine all'azione civile da instaurare.

Ed entrambi, senza dubbio, esprimono precetti nei confronti della P.A. e ad essa si applicano, oltre che al privato.

Inoltre, il D.Lgs. 216/2003 (parità di trattamento in ambito lavorativo) esplicitamente dispone al comma 1 dell'art. 3 che *“Il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica si applica a tutte le persone sia nel*

*settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale, secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento alle seguenti aree:*

*a. accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione;*

*b. occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; ...*"

Del resto, come già rilevato, il Legislatore è intervenuto, anche recentemente, statuendo che il cittadino straniero in possesso di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo ben può accedere al pubblico impiego e partecipare al concorso pubblico.

Considerando tutto quanto sopra, nonché la rilevante circostanza in base alla quale l'ora citato titolo di soggiorno può essere discrezionalmente richiesto dal cittadino straniero che abbia i requisiti previsti dall'art. 9 T.U. Immigrazione e non è imposto dalla legge, appare fondato ritenere che il Legislatore italiano non ritiene il requisito della cittadinanza italiana o di uno degli Stati dell'Unione europea quale un requisito determinante al fine dell'accesso alla pubblica amministrazione in condizioni di stabilità.

Il tutto, ovviamente, in condizioni di parificazione (anche quanto ai limiti) rispetto ai cittadini della Unione europea.

Concludendo siamo del parere che è ammesso al pubblico concorso:

- a) il cittadino comunitario, entro i limiti definiti dal D.P.C.M. n. 174 del 7.2.1994;
- b) entro i limiti di cui al D.P.C.M. n. 174 del 7.2.1994, anche il cittadino di paese non comunitario per il quale la legislazione italiana e/o europea preveda esplicitamente tale possibilità (ovvero i cittadini extracomunitari familiari di cittadini dell'Unione, i cittadini extracomunitari titolari di permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo ed i cittadini extracomunitari titolari di protezione internazionale nella forma dello *status* di rifugiato, ovvero nella forma della protezione cd. sussidiaria);
- c) in applicazione dell'art. 3 Cost. e del generale principio di parità di trattamento e non discriminazione, pur sempre nei limiti invalicabili di cui al citato D.P.C.M. n. 174 del 7.2.1994, il cittadino non comunitario



regolarmente presente sul territorio nazionale italiano sulla base di un titolo di soggiorno quantomeno annuale e, comunque, non transitorio.

Bari, li 17.12.2013

~~Avv.~~ Dario Belluccio

Prof. Avv. Luciano Garofalo ~~Avv.~~