

Cassazione 2 settembre 2014 n. 18523 – Pres. Macioce, Est. Ghinoy, P.M. Servello (conf.) – A.T. (avv. Contaldi) c. **MINISTERO dell’Economia e delle Finanze (Avv. Stato)**. Conf. Corte d’Appello Firenze, 11 gennaio 2013.

Stranieri (lavoratori) – Lavoro pubblico – Esclusione – Legittimità.

Diversamente da quanto avviene in tema di provvidenze assistenziali, in caso di accesso al lavoro è lasciata al legislatore una più ampia possibilità di contemperare opposte esigenze tutte costituzionalmente rilevanti. Se, quindi, nel lavoro privato opera pienamente la parità di trattamento tra cittadini italiani, comunitari ed extracomunitari, con riguardo agli impieghi pubblici trova spazio la valutazione della particolarità e delicatezza della funzione svolta alle dipendenze dello Stato (e, in particolare, nel caso in esame, del ministero dell’Economia e delle Finanze, che gestisce uno degli aspetti peculiari e individualizzanti della politica nazionale): differenze che tuttora giustificano la preferenza per i cittadini italiani e, in virtù del particolare legame internazionale che lega l’Italia agli altri paesi dell’Unione, per quelli comunitari e a essi equiparati.

Cassazione 1° ottobre 2014 n. 20661, Ss.Uu., ord. – Pres. Rovelli, Est. Giusti. P.M. Ciccolo (conf.) – Presidenza del Consiglio dei ministri (Avv. Stato) c. **Associazione studi giuridici sull’immigrazione, Apn, T.S.S. (avv. Guariso)**. Conf. Corte d’Appello Milano, 22 marzo 2013.

Stranieri (lavoratori) – Servizio civile – Esclusione – Discriminazione.

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del-

l'art. 3, co. 1, d.lgs. n.77/2002 nella parte in cui, prevedendo il requisito della cittadinanza italiana, esclude i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato italiano della possibilità di essere ammessi al servizio civile nazionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 78 Cost.

Corte Costituzionale 25 giugno 2015 n. 119 – Pres. Criscuolo, Est. Amato – Atti decisi: Cass. S.U., ordinanza n. 222 del 2014.

Cittadini stranieri – Servizio civile – Cittadinanza italiana – Illegittimità.

L'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 5 aprile 2002, n. 77 (Disciplina del Servizio civile nazionale a norma dell'articolo 2 della L. 6 marzo 2001, n. 64) è illegittimo nella parte in cui prevede il requisito della cittadinanza italiana ai fini dell'ammissione allo svolgimento del servizio civile.

★ ★ ★

Monica McBritton**L'accesso di extracomunitari
al lavoro pubblico e al servizio civile**

Sommario: **1.** Il problema: l'accesso al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dei lavoratori extracomunitari. **2.** La controversia nella giurisprudenza: i precedenti. **3.** La sentenza Cass. n. 18523/2014. **4.** Un'altra dimensione del problema: l'accesso al servizio civile nazionale. **5.** Il parere del Consiglio di Stato. **6.** L'ordinanza della Cassazione a Sezioni Unite e la sentenza della Corte Costituzionale n. 119/2015. **7.** Una questione spinosa: il servizio civile nazionale come lavoro. **8.** Solidarietà e *cittadinanza di residenza*.

1. Il problema: l'accesso al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dei lavoratori extracomunitari

L'accesso dei cittadini extracomunitari al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è questione controversa e la sentenza della Cassazione, sez. lav. 2 settembre 2014 n. 18523 non pare aver contribuito a renderla più chiara.

Il problema, dal punto di vista delle fonti normative, nasce dall'apparente conflitto fra l'art. 38, co 1 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 che consente l'accesso dei cittadini comunitari a questi impieghi, con eccezione di quelli che "implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero ... attengono alla tutela dell'interesse nazionale" con l'art. 2 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, d'ora in poi t.u.).

La disposizione contenuta nell'art. 38 d.lgs. n. 165/2001 è la recezione nell'ordinamento interno dell'art. 8 del Regolamento 15 ottobre 1968 n. 1612 in merito alla libera circolazione dei lavoratori dell'UE, così come interpretato dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza 17 dicembre 1980, causa n. 149/1979 che, a proposito dell'esclusione del lavoro pubblico, ha affermato "...l'esclusione non è assoluta, ma vi rientrano i posti che implicano in maniera diretta o indiretta la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche, poiché tali posti presuppongono da parte dei loro titolari l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità di diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza".

In effetti, nell'ambito della dottrina giuridica italiana, tale interpretazione è facilmente comprensibile poiché richiama la nota distinzione di M. S. Giannini¹ fra rapporto organico e rapporto di servizio nella pubblica amministrazione. Senonché la distinzione fra posizioni lavorative che implicano l'immedesimazione organica e rapporti di lavoro fondati sui contratti di lavoro sinallagmatici² viene spesso ignorato dalle pubbliche autorità che, sistematicamente, escludono cittadini stranieri extracomunitari dai bandi di concorso per l'accesso al pubblico impiego contrattualizzato.

A dir vero, a rendere ancora più paradossale tale esclusione è che essa non interessa tutti i lavoratori extracomunitari. In effetti, ancora in attuazione degli obblighi comunitari, alcune categorie di extracomunitari possono accedere a tali concorsi: familiari dei cittadini di uno Stato membro dell'UE "non aventi la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione", che siano titolari del diritto di soggiorno permanente³; cittadini extracomunitari titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria.

Il fondamento giuridico dell'esclusione è duplice. Il già citato art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 viene interpretato come disposizione speciale e quindi autorizza la partecipazione ad un concorso per l'accesso all'impiego presso la p.a. soltanto ai soggetti espressamente richiamati. Di contro, gli stranieri la cui posizione giuridica non è riconducibile alle ipotesi menzionate non possono essere ammessi. Inoltre, si ritiene di dover ancora applicare una fonte di carattere secondario, il d.p.r. 9 maggio 1994 n. 497, poiché l'art. 70, co. 13 d.lgs. n. 165/2001 ne fa rinvio, per il reclutamento nelle amministrazioni pubbliche. Dal canto suo, l'art. 2, co. 1, lett. a) del d.p.r. in parola, dispone che possono accedere agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni i soggetti che posseggono la "cittadinanza italiana. Tale requisito non è richiesto per i soggetti appartenenti alla Unione europea, fatte salve le eccezioni di cui al d.p.c.m. 7 febbraio 1994". Tuttavia, come è noto, l'Italia ha ratificato la Convenzione OIL 24 giugno 1975 n. 143⁴ che sancisce la parità di tratta-

¹ GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1970, v. I, p. 248 ss.

² V. oggi gli artt. 2 e 5 d.lgs. 165/2001.

³ L. 6 agosto 2013, n. 97 che ha novellato l'art. 38, co. 1, d.lgs. 165/2001.

⁴ Ratificata e resa esecutiva con la l. 10 aprile 1981 n. 158, ma anche la Convenzione 1 luglio 1949 n. 97/1949, ratificata e resa esecutiva con la l. 02 agosto 1952 n. 1305. Su queste Convenzioni, v., da ultimo, CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Giappichelli, 2013, p. 17 ss., anche per l'ulteriore bibliografia.

mento dei lavoratori stranieri con i cittadini italiani, ponendo, all'art. 10, a carico dello Stato l'obbligo di garantirla. Tale principio di parità di trattamento è stato ribadito dall'art. 2 t.u.

Come si evince già da queste poche parole, il filo rosso sottostante alle decisioni commentate è la rilevanza della cittadinanza come condizione giuridica per accedere al lavoro, inteso qui sia nel senso più comune e cioè 'lavoro per il mercato' sia alla luce dell'art. 4, co. 2 Cost. (v. *infra* § 7). Tale prospettiva fa sì che vi sia un intreccio rilevante fra il diritto pubblico e il diritto del lavoro⁵. A ben guardare, agli studiosi che si occupano del lavoro immigrato una tale impostazione risulta familiare poiché, come si vedrà, anche in queste pagine, è la condizione di straniero extracomunitario che molto spesso tende a far aggio su quella di lavoratore.

2. La controversia nella giurisprudenza: i precedenti

Da anni, in effetti, la controversia è alla base di una serie di ricorsi ai giudici⁶. Gli stranieri spesso si avvalgono della tutela prevista contro la discriminazione *ex artt.* 43 e 44 t.u. Successivamente, è intervenuto anche il d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215 (in attuazione della direttiva n. 2000/43/CE)⁷. È

⁵ Specificamente, in ambito lavoristico, sulla questione oggetto di queste note si v. LUDOVICO, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *DLRI*, 2009, II, p. 401; LOY G., *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, in *RGL*, 2009, I, p. 517, spec. p. 544.

⁶ È davvero consistente il numero di sentenze e ordinanze della magistratura sia ordinaria che amministrativa a favore della parità di trattamento nell'accesso al p.i., si v. ad es.: Trib. Genova 21 aprile 2004, in *DIC*, 2004, II, p. 172; Trib. Perugia 29 settembre 2006 in *DIC*, 2006, II, p. 166; Trib. Perugia 6 dicembre 2006 in *DIC*, 2007, II, p. 159; Trib. Bologna, 25 ottobre 2007 *D&L*, 2007, p. 175; TAR Liguria, 13 aprile 2001, n. 399, in *DIC*, 2001, II, p. 161 e in *D&L*, 2001, 643, con nota di GUARISO; Corte d'Appello Firenze, ord. 2 luglio 2002, in *RIDL*, 2003, II, 272, con nota di MAMMONE; Corte d'appello di Firenze, decr. 21 dicembre 2005 in *DIC*, 2006, n. 2, p. 110; Trib. Firenze 14 gennaio 2006 in *www.meltingpot.org* e Tar Liguria n. 129/2000, in *www.meltingpot.org*, in BUFFA F., *Il rapporto di lavoro degli extracomunitari*, Cedam, Padova, 2009, vol. I, p. 632 ss.; nonché, da ultimo, Trib. Firenze 23 gennaio 2014, in *RGL*, 2015, II, p. 60 ss., con nota di SPINELLI, CARMEN, *L'accesso degli stranieri al pubblico impiego e al servizio civile nazionale, tra norme e giurisprudenza*.

⁷ La bibliografia in materia di diritto antidiscriminatorio è ampia; per i profili concernenti la discriminazione razziale, per origine etnica e nazionalità si v. BALLESTRERO *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in Atti dell'XI Congresso Aidlass, Giuffrè, 1996; GOT-

lo stesso art. 44 che dispone che è possibile ricorrere al giudice ordinario⁸ “quando il comportamento (...) della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi” per richiedere “la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti”.

All’abbondanza di decisioni di merito non corrisponde un considerevole numero di ricorsi alla giurisprudenza di legittimità. In effetti, la sentenza della Suprema Corte che qui si commenta ha come precedente soltanto un’altra decisione risalente al 2006⁹. In quella occasione, con un argomento formale, per non dire, formalistico, la Cassazione ha sostenuto l’applicazione del già citato l’art. 70, co. 13 d.lgs. n. 165/2001 che fa rinvio al d.p.r. 497/1994 che, a sua volta, richiede, come si è visto, il requisito della cittadinanza. Questo rinvio sarebbe particolarmente forte perché avrebbe mutato natura al decreto del 1994, trasformandolo da norma regolamentare in norma di legge. In quanto norma di legge entrata in vigore nel 2001 derogherebbe al principio di parità di trattamento disposto con il t.u.

In realtà, non si vede da dove il rinvio al regolamento del 1994 ricavi una simile forza: l’art. 70, co. 13 vuol dire solo che il d.lgs. n. 165/2001 non ha intenzione di regolare per via legislativa la materia del reclutamento, ma la affida – come prima – alla fonte subprimaria regolamentare¹⁰. Di conseguenza, il d.P.R. del 1994 era e resta un regolamento e, come tale, non può derogare alla legge e, per quel che ci interessa, deve cedere all’art. 2 t.u.

Fra la prima decisione e quella in commento è rilevante tener presente un’ordinanza di rigetto per manifesta inammissibilità della Corte costituzionale¹¹ a causa della “mancata sperimentazione da parte del rimettente di una (pur doverosa) interpretazione della norma impugnata che la ponga al riparo dai prospettati dubbi di legittimità costituzionale”. Ancora, per completezza va ricordato che il Consiglio di Stato, in sede consultiva, aveva espresso il pa-

TARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull’origine etnica*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 1. CASTELVETRI, *Articolo 43- La discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi* in DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsos, 2003, p. 269; LOY G., *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, cit.

⁸ L’azione è quella prevista dall’art. 28, d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150.

⁹ Cass. 13 novembre 2006 n. 24170, in *DIC*, 2006, II, p. 156.

¹⁰ Così anche Trib. Bologna ord. 7 settembre 2007, cit., che parla di interpretazione “sistemica costituzionalmente orientata”.

¹¹ Ord. 6 aprile 2011 n. 139 in *www.consultaonline.it*.

rere 31 marzo 2004 – n. sez. 2592/03 nel quale affermava la necessità della cittadinanza italiana per accedere al pubblico impiego, nonostante la sua privatizzazione.

3. *La sentenza Cass. n. 18523/2014*

La recente sentenza della Cassazione è ancora più criticabile della precedente, non fosse altro, per la confusione argomentativa. Il caso è quello di una cittadina disabile albanese che impugna, perché discriminatorio, un bando del Ministero dell'Economia e delle Finanze riservato a cittadini italiani e dell'UE, nonché – si presume – anche a quelli extracomunitari che la legge ordinaria ha già espressamente consentito l'accesso al p.i. L'argomentazione oscilla fra il precedente costituito dalla sentenza n. 24170/2006 e l'ordinanza della Corte costituzionale, passando anche dalla questione del *munus* pubblico, nonché della stessa nozione di "lavoratore". In effetti, secondo il Giudice la parità di trattamento e la garanzia dell'eguaglianza sono prerogative del lavoratore in quanto "persona regolarmente occupata", ma non concerne le "condizioni di accesso al lavoro". Ammesso ma non concesso che tale distinzione abbia un qualsiasi fondamento, e che non possa essere considerato, in generale, lavoratore o lavoratrice colui o colei che cerca lavoro, nello specifico degli stranieri extracomunitari, è la stessa legislazione che risolve la questione dal momento che, per poter accedere ad un'occupazione lo straniero deve essere in già in possesso di un permesso di soggiorno per lavoro o comunque un permesso che consenta di lavorare¹². Inoltre, quest'ultima tipologia di permessi è composta nella sua quasi totalità¹³ da permessi di derivazione comunitaria e quindi sono quelli che oggi consentono al suo titolare l'accesso al lavoro pubblico.

¹² Si v. in tal senso, Corte costituzionale 16 dicembre 1998 n. 454, in *FL*, 1999, I, c. 751, aggiungendo che la loro condizione di lavoratori non muta anche se rimangono disoccupati in forza dell'art. 22, co. 9, t.u. che stabilisce espressamente che la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo per privare il lavoratore extracomunitario ed i suoi familiari legalmente residenti del permesso di soggiorno, "onde continua a valere nei loro confronti la garanzia di godimento dei 'diritti in materia civile' e della 'piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani', di cui all'art. 2, cc. 2 e 3, dello stesso t.u."

¹³ Familiari di cittadini UE titolari di diritto di soggiorno, cittadini di paesi terzi titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o titolari dello *status* di rifugiato o dello *status* di protezione sussidiaria.

Tautologica è l'affermazione che richiama l'art. 27 del t.u. nella parte in cui dispone che "rimangono ferme le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività". Infatti, è proprio di questo che si sta discutendo: fra queste attività riservate, vi è il pubblico impiego in generale? E allora, come giustificare l'accesso ad altri soggetti non italiani?

Ancora, la sentenza fa riferimento all'art. 43 t.u. affermando che tale disposizione vieta la discriminazione *illegittima*: quindi quella praticata in applicazione di una disposizione legale, per definizione, non è vietata. L'argomento pone due ordini di problemi. Il primo concerne l'individuazione di tale disposizione, la quale viene ricavata da un'interpretazione implicita del dato letterale della normativa vigente: visto che il legislatore, sollecitato dall'esigenza di rispettare gli obblighi comunitari, al modificarla, non ha esteso ad altri l'accesso, ciò significa che intendeva vietarlo. Tale linea argomentativa è stata giustamente criticata perché "ha intrinsecamente un apprezzabile grado di arbitrarietà" giacché desume "da un non detto una regola che non solo non è espressa ma non è neppure necessariamente implicita"¹⁴. Il secondo ordine riguarda la stessa nozione di discriminazione illegittima. Quest'argomento, fondato su un'espressione di derivazione comunitaria, sembra avere qui un carattere circolare. In effetti, la formula europea è funzionale all'adeguamento del diritto comunitario ai singoli ordinamenti nazionali, ma di per sé non vuol dire che sia sufficiente che una disposizione legale di carattere discriminatorio sia presente nell'ordinamento positivo per renderla immune ad una valutazione di legittimità costituzionale. Come già è stato rilevato dagli studiosi, negli stati a costituzione rigida, vige un doppio circuito di legalità¹⁵, quello appunto costituzionale e quello della legislazione ordinaria. In altre parole, la legalità costituzionale si fonda sul rispetto dei principi e dei contenuti nella carta fondamentale al quale è tenuto il legislatore. Quella legale corrisponde al rispetto delle procedure per la formazione della legge o degli atti aventi forza di legge secondo le regole democratiche¹⁶.

Anche sul punto la Cassazione è lapidaria: si rifà al precedente del 2006

¹⁴ TERZI A., *Cittadini stranieri ed accesso ai pubblici impieghi: una questione ormai risolta?*, 11 febbraio 2015, in www.questionegiustizia.it.

¹⁵ BALDASSARE, *Diritti sociali*, in *EGT*, 1989, v. XI, p. 8.

¹⁶ BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, 2009, p. 14.

rilevando che “in quella sede la Corte ha affermato che il diritto positivo esprime la regola dell’esclusione dello straniero extracomunitario dal lavoro pubblico, con salvezza delle eccezioni previste dalla legge, regola non sospettabile di illegittimità costituzionale”. La risposta implica un’ulteriore torsione: il pubblico impiego rimarrebbe comunque connotato da un pervasivo carattere pubblicistico. Tale impostazione è risalente e superata non solo in dottrina, ma anche nella giurisprudenza costituzionale. Del resto, la questione è intrinsecamente contraddittoria: perché allo straniero extracomunitario a cui è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato o al familiare di un cittadino UE tale divieto non opera se non nei casi in cui opera per i cittadini UE, e cioè quando l’attività svolta implica l’esercizio di *munus* pubblico in senso stretto, vale a dire, quando ha una natura prettamente pubblicistica? Di conseguenza, se la legge va interpretata nel senso di consentire una discriminazione, allora non può non essere sospettata di illegittimità costituzionale, *ex* art. 3, co. 1 Cost., ove il divieto di discriminazione per motivi “di razza” è espresso, per irragionevolezza del diverso trattamento fra cittadini/lavoratori non italiani e infine per violazione dell’art. 10, co. 2 Cost., in quanto violazione del principio di parità di trattamento fra lavoratori regolari e nativi *ex* Convenzione OIL n. 143/1975 e dell’art. 117, co. 1 Cost.

Per completezza, è ancora da rilevare che l’affermazione per cui l’art. 10 della citata Convenzione OIL (secondo cui “ogni 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”) costituisca “norma programmatica che deve, per trovare attuazione, essere trasfusa nella legislazione nazionale” è altrettanto erronea. In primo luogo, la norma è già recepita nell’ordinamento italiano (l. n. 158/1981); in secondo luogo, anche a considerarla norma programmatica, questo non implica che possa essere ignorata o contraddetta senza validi motivi giustificativi. Lo stesso ragionamento vale rispetto all’art. 14 lett. c) che, ricorda ancora la Corte, consente agli Stati aderenti alla convenzione di respingere l’accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni qualora tale restrizione sia necessaria nell’interesse dello Stato.

Come non manca mai di ricordare la dottrina, l’art. 10, co. 2 Cost con-

tiene una riserva di legge rinforzata¹⁷: la posizione giuridica dello straniero deve essere regolata dalla legge in conformità al diritto internazionale pattizio. La tesi sostenuta dalla Cassazione, in definitiva, comporterebbe l'incostituzionalità dell'art. 38 per violazione di tale riserva in quanto la Convenzione OIL più volte citata è stata ratificata e resa esecutiva in Italia. Infine, in molti casi affrontati dalla giurisprudenza, la partecipazione al concorso e il suo eventuale superamento avrebbe comportato per l'extracomunitario il passaggio da un'occupazione a tempo determinato ad una a tempo indeterminato, senza sostanziali modifiche nelle concrete prestazioni da svolgere¹⁸. L'apposizione di un termine ad un contratto, come fanno anche gli studenti di giurisprudenza alle prime armi, non incide né sulla causa, né sull'oggetto dello stesso, trattandosi di una clausola accessoria. Finora, a quanto ci consta, nessuna Autorità amministrativa si è fatto carico di spiegare come mai non rilevi il supposto interesse pubblico in quest'ultima ipotesi.

La *ratio* dell'interpretazione restrittiva sembra ridursi ad una mera riserva di mercato, ma ciò, come già detto, rende palese il contrasto con il principio di parità di trattamento imposto dalla Convenzione OIL n. 143/1975.

4. *Un'altra dimensione del problema: l'accesso al servizio civile nazionale*

Il dibattito sulla legittimità della riserva ai cittadini italiani di accesso a bandi di concorsi è stato intensificato da una altra serie di decisioni giurisprudenziali in tema di servizio civile nazionale: da un parere del Consiglio di Stato, da un'ordinanza della Cassazione sezioni unite di rinvio alla Corte costituzionale per fondato sospetto di incostituzionalità, che si è pronunciata il 25 giugno 2015, con la sentenza n. 119. Sebbene la comunanza fra due filoni presi in considerazione in queste note possa sembrare azzardato, l'approfondimento degli *iter* argomentativi dimostra il contrario, evidenziando alcuni fondamentali principi costituzionali con una portata sistematica tale da poter essere richiamati in ambedue i casi.

Con un'ordinanza del Tribunale di Milano 12 gennaio 2012, successiva-

¹⁷ V. per tutti, CASSESE A., *Art. 10*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 510.

¹⁸ È quanto emerge chiaramente della narrativa degli elementi di fatto di Trib. Rimini 26 ottobre 2009, in www.meltingpot.org.

mente confermata dalla Corte d'Appello di Milano¹⁹ si è aperto una discussione in merito alla sussistenza o meno di una violazione del principio di non discriminazione *ex artt. 43 e 44 t.u. e ex artt. 4 e 4-bis d.lgs. n. 215/2003* per esclusione dei cittadini stranieri da un bando di selezione per il servizio civile in Italia e all'estero emanato dalla competente Autorità italiana.

In effetti, argomentano i giudici di Milano, il servizio civile non è sostitutivo del servizio di leva dal momento che quest'ultimo non è più obbligatorio. Esso è esclusivamente a base volontaria ed è teso ormai al perseguimento di scopi riconducibili non alla difesa nazionale, ma al principio di solidarietà di cui l'art. 2 Cost.: esso mira, infatti, al raggiungimento di "specifiche finalità che non si esauriscono nella difesa della patria con mezzi ed attività non militari, in alternativa al servizio militare obbligatorio". I suoi scopi, così come disposti dall'art. 1 l. 6 marzo 2001 n. 64, sono quelli di "promuovere la solidarietà e la cooperazione, a livello nazionale ed internazionale, con particolare riguardo alla tutela dei diritti sociali, ai servizi alla persona", "partecipare alla salvaguardia e tutela del patrimonio della Nazione, con particolare riguardo al settore ambientale, anche sotto l'aspetto dell'agricoltura in zona di montagna, forestale, storico-artistico, culturale e della protezione civile", "contribuire alla formazione civica, sociale, culturale e professionale dei giovani".

Nella stessa sentenza si ricorda come la Corte costituzionale 16 luglio 2004, n. 228²⁰, interpretando in modo estensivo il concetto di difesa della patria, abbia testualmente affermato che "il dovere di difendere la Patria deve essere letto alla luce del principio di solidarietà espresso nell'art. 2 Cost., le cui virtualità trascendono l'area degli 'obblighi normativamente imposti', chiamando la persona ad agire non solo per imposizione di una autorità, ma anche per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa", interpretando così, in modo estensivo, "il concetto di difesa della patria".

Se così stanno le cose, conclude la Corte d'Appello, non è ragionevole – ed è quindi, discriminatorio – escludere gli stranieri regolarmente presenti sul territorio dal servizio sociale; aggiungendo altresì "che l'adempimento dei doveri di solidarietà cui fa riferimento l'art. 2 Cost. – e dei corrispettivi

¹⁹ Sent. 20 dicembre 2012 n. 2183, depositata il 22 marzo 2013 n. 1639/2013 in www.volontariato.com. *Contra* Tribunale e Corte d'appello di Brescia, rispettivamente del 9 maggio 2012 e del 21 ottobre 2013; quest'ultima sentenza è consultabile in www.serviziocivile.gov.it/media/224646/corte-di-appello-di-brescia.pdf.

²⁰ In *FA*, 2004, p. 1933.

diritti sociali che in questi ultimi anni la Corte costituzionale ha riconosciuto ai non cittadini – rende tutti coloro che partecipano alla comunità dei diritti e dei doveri in base ad una scelta non giuridicamente imposta del luogo dove stabilire la propria residenza, parti di una comunità di diritti e doveri, più ampia e complessiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto che accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri”.

Come era da aspettarsi, la decisione ha dato luogo ad altri interventi: in particolare il Ministro del lavoro e delle politiche sociali ha richiesto un parere al Consiglio di Stato in merito alla legittimità dell'art. 3, co. 1 d.lgs. 5 aprile 2002 n. 77, che limita l'accesso al servizio civile ai cittadini italiani e sulla possibilità di disapplicare tale disposizione, nella parte in cui limita l'accesso al servizio civile ai cittadini italiani, per il contrasto con la normativa comunitaria in materia di parità di trattamento tra cittadini nazionali e comunitari, presentando nel contempo ricorso alla Corte di Cassazione, la quale, a Sezioni Unite, ha a sua volta sollevato questione di legittimità costituzionale della norma che dispone l'accesso al servizio civile nazionale riservato ai soli cittadini italiani.

5. *Il parere del Consiglio di Stato*

Il Consiglio di Stato, nel fornire il parere 9 luglio 2014, n. 1091²¹, in prima battuta dà conto dell'apertura nei confronti dell'Italia da parte della Commissione europea di due casi di procedure di “pre-infrazione”, sostenendo il carattere discriminatorio dell'art. 3, co. 1 d.lgs. n. 77/2002.

In seguito, ha colto l'occasione per svolgere una riflessione sistematica, partendo dall'evoluzione storica dell'istituto del servizio civile. Tale prestazione nasce come obbligatoria, in quanto derivata dall'obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio; oggi, invece, essa deve essere diversamente concepita, dal momento che lo stesso servizio militare ha assunto carattere volontario. Questo cambiamento si riverbera, in definitiva, sulla stessa nozione di difesa della Patria come già evidenziato dalla citata Corte costituzionale n. 228/2004: il principio di cui all'art. 52, co. 1 Cost. – il quale

²¹ Pubblicata in *FI*, 2014, III, c. 701 ss., con nota di DAL CANTO, *Il servizio civile nazionale e gli stranieri, tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione*.

stabilisce che la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino – ha un'estensione più ampia dell'obbligo di prestare servizio militare²² e la normativa²³ “configura il servizio civile come l'oggetto di una scelta volontaria, che costituisce adempimento del dovere di solidarietà (art. 2 Cost.), nonché di quello di concorrere al progresso materiale e spirituale della società (art. 4, co. 2 Cost.)”²⁴.

La conclusione a cui perviene il Consiglio di Stato è che in attesa di un auspicabile intervento del legislatore, la normativa in parole “vada disapplicata poiché incompatibile con il divieto, sancito dalla normativa di matrice europea, per gli Stati membri, di prevedere per i cittadini stranieri (siano essi comunitari, extracomunitari lungosoggiornanti o beneficiari di protezione internazionale), anche in ordine alla formazione professionale, un trattamento diverso rispetto a quello stabilito per i cittadini nazionali”.

6. *L'ordinanza della Cassazione a Sezioni Unite e la sentenza della Corte costituzionale n. 119/2015*

La Cassazione a sezioni unite²⁵, investita dal ricorso da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha eccepito il contrasto dell'art. 3, co. 1 d.lgs. n. 77/2002 con gli artt. 2, 3 e 76 Cost., nella parte in cui, in ragione del riferimento letterale ai “cittadini italiani”, impedisce l'accesso ai cittadini stranieri regolarmente soggiornanti al servizio civile nazionale. Essa fa leva sulla sua funzione nomofilattica e sulla impossibilità per il giudice ordinario di superare la lettera della legge²⁶. In effetti, rispetto al caso concreto che aveva dato origine al ricorso in Cassazione era cessata la materia del contendere; ciò nonostante ritiene la Corte di dover prospettare il dubbio di costituzionalità per la rilevanza della questione anche in vista di eventuali altre

²² Per un approfondimento si v. VERONESI P., *Le riforme avanzano, le “etichette” restano. La materia “difesa” dopo la legge cost. n. 1/2003*, in *Le Regioni*, 2004, p. 1385 ss.

²³ Il riferimento è al d.lgs. 8 maggio 2001, n. 215, istitutivo del servizio civile nazionale.

²⁴ Parole che, come rileva lo stesso Consiglio di Stato, sono confermate dalla successiva sentenza della Consulta n. 431/ 2005, in *FI*, 2006, 2, 1, c. 330 ss.

²⁵ Ord. 16 settembre 2014, n. 20661, in *FI*, 2014, I, c. 3435 ss.

²⁶ Anche il Consiglio di Stato afferma che il letterale richiamo ai cittadini italiani rende la disposizione “non suscettibile di un'interpretazione costituzionalmente orientata nel senso del riferimento del termine “cittadini” anche ai soggetti stranieri”.

future controversie. Del resto, come già evidenziato, nei paragrafi precedenti è consapevole delle controversie in materia di accesso degli extracomunitari al lavoro alle dipendenze della p.a.

Vale la pena di segnalare che nell'impianto argomentativo utilizzato dalla Cassazione nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, è rilevante il richiamo al principio di solidarietà, già enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza 10 dicembre 2013, n. 309 dove si afferma l'illegittimità dell'esclusione degli stranieri extracomunitari regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato all'accesso al "servizio sociale volontario" istituito nella Provincia di Bolzano. In particolare, la Consulta lo configura fra le prestazioni personali "effettuate spontaneamente a favore di altri individui o della collettività", che "rappresentano la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, e la partecipazione a tale forme di solidarietà deve essere ricompresa tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente".

Tale ricostruzione del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* viene fatto proprio dalla Cassazione che, di conseguenza, valuta irragionevole la limitazione dell'accesso ai cittadini italiani, fondando l'eccezione di incostituzionalità²⁷.

La Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza 25 giugno 2015, n. 119, dichiarando incostituzionale l'art. 3, co. 1 d.lgs. 77/2002, nella parte in cui prevede il requisito della cittadinanza italiana ai fini dell'ammissione allo svolgimento del servizio civile.

La sentenza, nella parte motiva, si sviluppa su due assi: il primo, che non può essere qui trattato *ex professo*, concerne l'ammissibilità del rinvio alla Consulta della questione di sospettata incostituzionalità – anche quando, come, nel caso in parola, è cessata la materia del contendere –, *ex art. 363, co. 3 cod. proc. civ.* che dispone che la Cassazione può enunciare un principio di diritto "anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza"²⁸.

²⁷ Invero, come segnalato nel testo, la Cass. ss.uu. individua anche un profilo di incostituzionalità nel mancato rispetto dell'art. 76 poiché il legislatore delegato non avrebbe rispettato il criterio direttivo che li imponeva di individuare i soggetti ammessi sulla base di "requisiti obiettivi e non discriminatori". Tale profilo è stato ritenuto non fondato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 119/2015.

²⁸ Sui presupposti concernenti l'accesso al giudizio di costituzionalità, si può utilmente

Il secondo è quello oggetto di queste note. Il giudice delle leggi non si discosta dall'*iter* argomentativo fondante sia il dubbio di incostituzionalità sia le decisioni dei giudici di Milano. Anzi, la sentenza ripercorre sinteticamente il solco tracciato dai suoi precedenti nn. 228/2004 e 309/2013²⁹, ribadendo “la necessità di una lettura dell’art. 52 Cost. alla luce dei doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost.”. Inoltre, sottolinea che l’inserimento dello straniero nell’ambito di un’attività che implica cooperazione nazionale ed internazionale è anche “un’opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza”.

7. Una questione spinosa: il servizio civile nazionale come lavoro

Presente in alcune decisioni commentate, ma non nella sentenza n. 119/2015, il richiamo all’art. 4, co. 2 Cost. non deve trarre in inganno: le istituzioni le cui orme si sta seguendo in questa ricostruzione sono ben consapevoli che il servizio civile non configura un rapporto di lavoro, come del resto, dispone espressamente il legislatore, ma “va considerato quale esperienza formativa volta a favorire l’ingresso nel mondo del lavoro, al pari dell’istituto del tirocinio, dovendosi, pertanto, ritenere riconducibile alla categoria della formazione professionale” (parere Consiglio di Stato n. 1091/2014).

L’affermazione appena riportata è stato oggetto di critica da chi³⁰ ha ricordato che la citata sentenza dei giudici costituzionali n. 228/2004 aveva espressamente escluso che il servizio civile potesse essere ascritto alla formazione professionale. La questione è indubbiamente complessa: se si assume la tradizionale e ricorrente nozione di formazione professionale, cioè come attività diretta al conseguimento di specifiche capacità professionali, è arduo includere le prestazioni svolte in quest’ambito. Se invece, si considera la tendenza a richiedere ai giovani di dichiarare nei loro *curricula* le loro esperienze e le attività svolte a vario titolo, allora in questo senso, a buona ragione, si

consultare DE SANTIS, *Sul rilievo Di una questione di costituzionalità da parte della Cassazione che voglia promuovere ‘ex officio’ il principio di diritto nell’interesse della legge*, in *FI*, 2014, I, c. 3444 ss. e DAL CANTO, *La Corte di cassazione, il principio di diritto nell’interesse della legge e le condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale*, in *FI*, 2014, I, c. 3447 ss.

²⁹ In www.consultaonline.it.

³⁰ DAL CANTO, *Il servizio civile nazionale*, cit., c. 709.

può considerare formazione ‘professionale’ lo svolgimento del servizio civile.

Invero, pare preferibile parlare di *lavoro* nell’ampio senso utilizzato dai padri costituenti nel co. 2 dell’art. 4 Cost.: “un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”, nozione richiamata anche dall’ordinanza della Cassazione. Si deve tener presente che tale ampio concetto di lavoro è stato anche fatto proprio della Corte costituzionale, sentenza 19 gennaio 1995, n. 28³¹ – in combinato disposto con l’art. 35, co. 1 Cost. – ritenendo limitativa l’interpretazione della pubblica autorità che aveva considerato come lavoratore soltanto colui che presta un’attività per il mercato, escludendo il c.d. lavoro casalingo. Invece, “anche il lavoro effettuato all’interno della famiglia, per il suo valore sociale ed anche economico, può essere ricompreso, sia pure con le peculiari caratteristiche che lo contraddistinguono, nella tutela che l’art. 35 della Costituzione assicura al lavoro ‘in tutte le sue forme’”; concludendo che “il rilievo assunto dall’attività lavorativa all’interno della famiglia, non può non comportare la conseguenza che tale attività debba essere assimilata alle forme di ‘occupazione’”.

Insomma, quanto qui ricostruito è soltanto una parte di una tendenza giurisprudenziale attenta ad affrontare le questioni giuridiche sulla posizione degli stranieri extracomunitari come questioni che hanno come condizione fattuale sottostante un fenomeno strutturale. Tale ricca produzione si caratterizza per la valorizzazione dello stretto legame fra principio lavoristico – consacrato, come è noto, nella Costituzione all’art. 1, nonché, appunto, all’art. 4 – con il principio personalistico di cui all’art. 2³². Tali principi raffigurano un ordine sociale inclusivo nei confronti di tutte le persone che contribuiscono alla crescita materiale o spirituale della comunità di cui fanno effettivamente parte a prescindere del loro *status* di cittadini o meno³³. Dunque, se si vuole essere fedele al disegno costituzionale, è necessario porre correttamente la domanda: la limitazione all’accesso – ovviamente secondo le regole che valgono per tutti – per certe categorie di attività lavorative, in senso proprio (come nel caso del pubblico impiego) o in senso lato (come nel caso del servizio civile) sulla base della cittadinanza è giustificata o giustificabile?

³¹ In *DL*, 1995, II, p. 3, con nota di ASSANTI.

³² Su questo stretto, CHIAPPETTI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, p. 253 ss.

³³ L’affermazione che la cittadinanza sia l’ultimo privilegio di *status* è ricorrente nell’opera di FERRAJOLI L., si v. ad es., *La differenza sessuale e le garanzie dell’eguaglianza*, in *DD*, n. 2, 1993, p. 60.

Come si è visto, in merito alla seconda ipotesi, la Consulta ha già risposto espressamente. In rapporto alla prima, basterebbe l'interpretazione costituzionalmente orientata.

Quello che è certo è che la giustificazione non la si può trovare in una sorta di riserva di mercato a favore dei nativi, o tutt'al più, a favore dei cittadini dell'Unione europea. Non si deve mai trascurare che gli extracomunitari di cui si discute sono quelli regolarmente presente nel territorio italiano e quindi hanno già superato le barriere normative complesse e articolate previste dalla legislazione ordinaria.

8. *Solidarietà e cittadinanza di residenza*

A conclusione di queste note è opportuno sottolineare come anche la giurisprudenza dimostri che i tempi sono ormai maturi per affrontare anche nel dibattito giuridico la questione della c.d. cittadinanza di residenza. Tale espressione è tratta da un saggio di Davies³⁴.

In altre parole, l'osservazione di chi³⁵ ricorda che la cittadinanza non è una questione di fatto, ma una nozione giuridica, merita di essere approfondita. In effetti, la cittadinanza può essere intesa, da un punto di vista giuridico, come riassuntiva di uno *status* le cui caratteristiche si sono configurate nel tempo in una certa maniera: la concreta disciplina all'interno di un dato ordinamento è fortemente debitrice della tradizione, ma dipende anche da condizionamenti storici. Nella vecchia Europa si può discutere se in un dato Paese debba prevalere il criterio dello *ius sanguinis* o dello *ius loci*; nella giovane America, invece, una discussione di questo genere sarebbe stata considerata bizzarra per la semplice e ovvia ragione che la prevalenza dello *ius sanguinis* non avrebbe consentito la formazione dei popoli americani. Il legame permanente e duraturo è un portato della nozione di cittadinanza – come spesso ricordato anche nelle decisioni della Corte costituzionale – e ciò, come si è visto, evoca un vincolo di solidarietà fra i consociati.

³⁴ DAVIES G., *Any Place I Hang My Hat? Or Residence is the New Nationality*, in *ELJ*, 2005, I, p. 43 ss.; sebbene qui l'espressione sia utilizzata nell'ambito dell'accesso alle prestazioni sociali erogate a carico dell'erario pubblico, essa è perfettamente compatibile con quanto detto dalle istituzioni di cui in testo.

³⁵ CUNIBERTI, *La cittadinanza - Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, 1997, p. 179 ss.

Tuttavia, come rileva la giurisprudenza costituzionale richiamata nei precedenti paragrafi, nell'art. 2 Cost. la solidarietà è configurata come un precetto non limitato alla collettività dei cittadini. In effetti, nell'ordinanza della Cassazione si legge: “per l'altro verso, poiché il servizio civile nazionale si propone come una realtà, caratterizzata da libertà e spontaneità, in cui si esprime la vocazione sociale e solidaristica di chi vi accede, sembra escluso in radice il rischio del sorgere di situazioni di conflitto potenziale tra opposte lealtà: la partecipazione dello straniero regolarmente soggiornante in Italia ad una comunità di diritti, più ampia e comprensiva di quella fondata sulla cittadinanza in senso stretto, postula che anch'egli, senza discriminazioni in ragione del criterio della nazionalità, sia legittimato, su base volontaria, a restituire un impegno di servizio a favore di quella stessa comunità, sperimentando le potenzialità inclusive che nascono dalla dimensione solidale e responsabile dell'azione a favore degli altri e a difesa dei valori iscritti nella Carta Repubblicana”. E ancora, nella sentenza n. 119/2015: “l'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta dunque un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza”.

Tali affermazioni possono essere ricondotte ad una proposta di politica del diritto che non ignori, da un lato, alcune aporie poste dallo stretto vincolo cittadinanza/accesso allo Stato sociale, in un mondo che è sempre più globalizzato e con una consistente parte della popolazione che si muove al di là delle frontiere dei propri Stati; dall'altro, che il superamento dell'organizzazione statale nazionale, sebbene in crisi, non è alle porte. In verità, si tratta anche qui di accettare un bilanciamento di interessi ove la residenza stabile diventa un discrimine fondamentale in quanto appartenente alla comunità, non in senso mittico o ideale, ma in senso concreto³⁶. Nuovamente qui si è avvantaggiati dalla cornice istituzionale fondamentale: in effetti, l'art. 2 Cost. fa riferimento alle formazioni sociali dove le persone, quelle in carne e ossa, sviluppano la propria personalità concorrendo, a loro volta, allo sviluppo degli altri e delle altre, nonché delle stesse formazioni sociali.

³⁶ Parla di una “nuova concezione di cittadinanza” in merito all'ordinanza della Cassazione, SPINELLI, CARMEN, *L'accesso degli stranieri al pubblico impiego*, cit., p. 70.