CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE HENRI MAYRAS DEL 24 SETTEMBRE 1980 [1]

Signor Presidente,
signori Giudici,

I — Per circoscrivere esattamente l'oggetto del presente ricorso per trasgressione è opportuno ricordare le circostanze in cui la Commissione è stata indotta ad intervenire.

Nel 1973, la Société nationale des chemins de fer belges e la Société nationale des chemins de fer vicinaux affiggevano nelle stazioni delle offerte d'impiego:

— la prima per dei posti di operaio non qualificato (caricatori, posatori di binari, addetti allo smistamento) nonché di allievi conduttori di locomotive e segnalatori;

— la seconda per un posto di aiuto presso la tipografia dell'amministrazione centrale di Bruxelles.

Queste offerte esigevano, fra le condizioni di ammissione, il possesso della cittadinanza belga. L'assunzione doveva aver luogo previo esame o senza esame; in determinati casi, era detto che sarebbero stati presi in considerazione i «titoli di precedenza legali». Nel caso della Société nationale des chemins de fer belges, l'attenzione dei candidati era attirata sulla «stabilità dell'impiego in una delle maggiori imprese del paese».

Così pure, tra il 1974 e il 1977, la città di Bruxelles e il comune di Auderghem pubblicavano nella stampa delle offerte d'impiego:

— la prima per dei posti di infermiera e di puericultrice per il servizio dei nidi, di architetto, di controllore dei servizi generali e dei giardini, di guardiano notturno e — in pianta stabile — di aiuto giardiniere e di idraulico;

— la seconda per una riserva d'assunzione di «operai semiqualificati» e di «operai qualificati B» (idraulici, falegnami, elettricisti).

Dopo aver attirato, nel gennaio 1974, l'attenzione delle autorità belghe sul carattere a suo parere discriminatorio della condizione di cittadinanza posta da queste offerte d'impiego, la Commissione tornava sull'argomento nell'aprile 1977 sostenendo che *questi* posti non potevano essere eccettuati dal beneficio della libera circolazione dei lavoratori nell'ambito della Comunità, tenuto conto della portata restrittiva che, secondo la vostra giurisprudenza, si deve dare alle disposizioni di deroga di cui all'art. 48, n. 4, del Trattato ed al regolamento del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori nell'ambito della Comunità.

La Commissione si riferiva alla vostra sentenza pregiudiziale Sotgiu c/Deutsche Bundespost del 12 febbraio 1974 (Racc. pag. 153). Essa riteneva che la natura delle attribuzioni proprie dei posti di cui trattasi (mancanza di esercizio di un potere di decisione nei confronti dei sin-

1 — Traduzione dal francese.

goli, mancanza di nesso con l'esercizio dei pubblici poteri) non consentiva di considerarli compresi nel campo d'applicazione dell'art. 48, n. 4; in particolare, i posti presso imprese pubbliche che svolgevano attività industriale o commerciale non rispondevano a tali criteri.

La Commissione, attraverso il direttore generale degli affari sociali, dava un mese al Governo belga per adottare «i provvedimenti immediati e appropriati affinché le autorità e gli uffici competenti ... si astengano da qualsiasi discriminazione nei confronti "dei lavoratori comunitari", la quale è incompatibile col diritto comunitario» e per dargliene notizia.

Il 15 luglio 1977, il Governo belga rispondeva, fra l'altro, che l'art. 6, 2° comma, della Costituzione belga, secondo il quale «i belgi sono uguali dinanzi alla legge; solo essi possono essere ammessi ai posti civili e militari, salve restando le eccezioni che possono essere stabilite da una legge per dei casi particolari», vietava ai comuni di assumere del personale statutario che non avesse la cittadinanza belga.

Il 21 novembre 1978, in persona del vicepresidente Vredeling, la Commissione inviava un nuovo richiamo al ministro belga degli affari esteri, sig. Simonet: perché l'eccezione di cui all'art. 48, n. 4, possa agire, deve trattarsi di un «impiego nella pubblica amministrazione»; in proposito, è irrilevante la natura (di diritto pubblico o di diritto privato) del rapporto di lavoro; questa disposizione riguarda solo i posti che consentono al titolare di avere un potere di decisione nei confronti dei singoli ovvero se l'attività connessa a questi posti «metta in gioco degli interessi nazionali e in particolare quelli relativi alla sicurezza interna ed esterna dello Stato».

Di conseguenza, la Commissione *accertava* che il Belgio aveva disconosciuto le disposizioni comunitarie e non aveva adottato i provvedimenti necessari per conformare la propria legislazione all'art. 48 del Trattato ed al regolamento n. 1612/68.

Ciò era indizio di una certa precipitazione giacché l'art. 169 stabilisce che la Commissione, se *reputa* che uno Stato membro abbia mancato ad uno degli obblighi impostigli dal Trattato e se questo Stato non si conforma a tale parere, può adire la Corte ed è questa che *accerta* la trasgressione, mentre lo Stato membro è tenuto a prendere i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza della Corte.

Comunque stiano le cose, la Commissione impartiva al Belgio un nuovo termine di un mese per farle conoscere le proprie osservazioni, in mancanza di che essa si riservava di emettere un parere motivato.

Dopo aver ricevuto il 15 gennaio 1979 una risposta non soddisfacente del rappresentante permanente del Belgio, il 2 aprile 1979 la Commissione adottava un parere motivato ai sensi del quale, «imponendo o permettendo che fosse imposto il possesso della cittadinanza belga come condizione per l'assunzione a *dei* posti (di collettività o di enti pubblici) non contemplati dall'art. 48, n. 4, il

Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dall'art. 48 del Trattato CEE e dal regolamento n. 1612/68».

Il 27 settembre 1979, la Commissione si è rivolta a voi ripetendo nelle conclusioni dell'atto introduttivo il tenore di questo parere motivato.

II — Una volta tanto, quindi, non ci si è valsi dell'art. 177 e può destare meraviglia il fatto che, se l'art. 48, n. 4, ha — come sembra — efficacia «diretta», nessun giudice di uno Stato membro vi abbia sottoposto questioni pregiudiziali in merito, a parte la sopramenzionata causa Sotgiu.

È superfluo rilevare l'importanza della lite, sotto il profilo tanto dei principi del diritto comunitario quanto degli interessi concreti in gioco: l'intervento di tre Stati membri a fianco del Belgio ne costituisce la prova.

In questi Stati, determinati posti sono accessibili solo ai cittadini nazionali. Così in Francia l'art. 19 (1°) della legge 28 aprile 1952 esige dai candidati agli impieghi comunali il possesso della cittadinanza francese da almeno cinque anni, a meno che siano stati naturalizzati francesi a norma dell'art. 64 del Code de la nationalité française.

Secondo l'art. 16 dell'ordinanza 4 febbraio 1959 relativa allo stato giuridico generale dei pubblici dipendenti, «nessuno può essere nominato ad un posto pubblico: 1°) se non possiede la cittadinanza francese ...»; tuttavia, secondo l'art. 1 di questa ordinanza, tale disposizione riguarda solo le nomine ad un posto permanente di persone nominate in ruolo ad un grado della gerarchia dell'amministrazione centrale dello Stato, degli uffici esterni che vi dipendono o degli enti pubblici statali.

Determinati statuti di imprese pubbliche (SNCF, EDF, GDF, RATP), gli statuti dei comuni e degli ospedali pubblici prescrivono espressamente la cittadinanza francese per la nomina in ruolo ad un posto. Lo straniero naturalizzato, per un periodo di cinque anni a partire dal decreto di naturalizzazione, non può essere nominato a posti pubblici retribuiti dallo Stato» art. 81 del Code de la nationalité.

Nella Repubblica federale di Germania, il § 7, 1° comma, n. 1, della legge federale sui pubblici impiegati (Bundesbeamtengesetz) riserva il pubblico impiego ai cittadini.

Cionondimeno, nella sentenza Commissione c/Republicca francese del 4 aprile 1974 (Racc. pag. 360), avete affermato (punto n. 35 della motivazione, Racc. pag. 371) che «dato che l'art. 48 del Trattato e il regolamento n. 1612/68 sono direttamente efficaci nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro e che il diritto comunitario prevale sul diritto nazionale — queste disposizioni attribuiscono agli interessati dei diritti che le autorità nazionali devono rispettare e tutelare e ... quindi, ogni disposizione contraria di diritto interno è divenuta inapplicabile nei loro confronti». Di conseguenza, anche una norma di carattere costituzionale sarebbe inopponibile ad un cittadino comunitario, qualora fosse incompatibile col Trattato o col diritto comunitario derivato.

III — In questo campo è bene essere precisi: si deve evitare di confondere gli

«impieghi presso enti pubblici che svolgono un'attività industriale o commerciale» con, ad esempio, degli impieghi presso enti pubblici locali. Non si tratta di dichiarare indistintamente che, negando ai cittadini comunitari diversi da quelli nazionali l'acesso ai posti presso le amministrazioni dello Stato, delle province, dei comuni, come presso gli enti pubblici generali o presso le «régies directes» (aziende autonome), uno Stato membro viene meno ai suoi obblighi. In questo senso vi siete orientati voi stessi chiedendo alla Commissione di produrre le offerte d'impiego di cui è causa.

In questa occasione è emerso che il posto offerto dalla Société nationale des chemins de fer vicinaux non era di operaio non qualificato, bensì di «aiuto presso la tipografia dell'amministrazione centrale». Per fare buon peso, la Commissione ha prodotto del pari un'inserzione riguardante la costituzione di «riserve di assunzione» presso la Commissione di assistenza pubblica di Bruxelles, in particolare per «controllori di lavori di costruzioni civili presso l'ufficio dei lavori» e «assistenti o assistenti sociali», nonché un'offerta d'assunzione per un vicedirettore e dei professori presso l'Accademia di musica della città di Bruxelles. Queste ultime offerte non erano però contemplate nel parere motivato e vanno tenute fuori della discussione, giacché in questo campo non ci si può accontentare di espressioni «del genere di» o «ecc.».

Questi posti sono ancora diminuiti in corso di causa giacché, salvo errore da parte mia, la Commissione non critica più le offerte relative ai posti d'architetto, di controllore dei servizi generali, di infermiera e di puericultrice presso la città di Bruxelles. All'udienza la discussione ha riguardato in pratica solo le offerte della Société nationale des chemins de fer belges nonché determinati posti offerti dalla città di Bruxelles (guardiani notturni, aiuti giardinieri, idraulici), ed al comune di Auderghem (operai semiqualificati, operai qualificati B: idraulico, falegname, elettricista).

La trasgressione addebitata al Belgio va quindi esaminata con preciso riferimento a questi posti.

IV — La principale difficoltà della presente causa consiste nel fatto che le norme comunitarie «direttamente applicabili» sono estremamente concise.

Rifacendosi al principio di cui all'art. 7, 1° comma, l'art. 48, n. 2, del Trattato, stabilisce che la libera circolazione «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».

A norma del n. 3 (che corrisponde al n. 1 dell'art. 56 relativo alle attività indipendenti), quest'abolizione, «fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, ... importa il diritto: a) di rispondere a offerte di lavoro effettive ...

Il n. 4 precisa che «le disposizioni del presente articolo non sono applicabili *agli* impieghi nella pubblica amministrazione».

Non si è forse abbastanza insistito finora sul fatto che la versione tedesca di quest'ultima disposizione, la quale fa del pari fede, parla non già di impieghi nella pubblica amministrazione, ma del «fatto di essere occupato» nella pubblica amministrazione o di svolgervi un'attività (Beschäftigung: cfr. del pari il testo dell'allegato VII di cui all'art. 133 dell'Atto di adesione, 4°): Zulassung zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit). Molto più che di un termine tecnico, è questa una nazione di fatto, diversa dall'espressione «offerte di lavoro effettive» (tatsächlich angebotene *Stellen*), usata nell'art. 48, n. 3, b).

Comunque, questo n. 4 non costituisce un doppione del n. 3; esso implica un'ulteriore limitazione. Per questo mi sembra inesatto sostenere, come fa la Commissione, che «sono contemplati solo ... in particolare (gli impieghi) connessi alla sicurezza interna ed esterna dello Stato», giacché la tutela della «pubblica sicurezza» è già contemplata dall'art. 48, n. 3. Negli intenti degli autori del Trattato, l'esclusione degli «impieghi della pubblica amministrazione» rendeva superfluo, per questa categoria di posti il ricorso alle «limitazioni giustificate da motivi d'ordine pubblico e di pubblica sicurezza», benché vi sia indubbiamente una certa relazione tra queste due espressioni.

Benché l'art. 49 stabilisca che, «fin dall'entrata in vigore del presente Trattato, il Consiglio stabilisce, su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale, mediante direttive o regolamenti, le misure necessarie per attuare progressivamente la libera circolazione dei lavoratori, quale è definita dall'articolo precedente», nessun altro provvedimento è stato adottato dopo il regolamento del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612 e la direttiva del Consiglio dello stesso giorno n. 68/360, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità.

Così pure, mentre l'art. 56, n. 2, prescrive l'adozione di direttive per il coordinamento delle disposizioni nazionali che contemplino un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (in proposito sono state adottate la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1964, n. 64/221 e la sopramenzionata direttiva n. 68/360), nessuna direttiva è stata emanata specificamente in forza dell'art. 48, n. 4.

Come i governi intervenienti rilevano, è lecito desumerne che nessuna disposizione del Trattato contempla l'armonizzazione delle strutture amministrative nazionali, salva restando la possibilità che la Commissione si valga dei poteri attribuitile dal capo 3 del Titolo I della 3ª parte, relativo al ravvicinamento delle legislazioni (artt. 100-102); l'eccezione di cui all'art. 48, n. 4, si riferisce quindi alla pubblica amministrazione quale esiste nei vari Stati membri. In mancanza di uniformizzazione nel settore della cittadinanza sul piano comunitario, normative nazionali diverse sono e resteranno possibili e legittime e vi sarà sempre una diseguaglianza di trattamento derivante da differenze di fatto in un settore non integrato.

L'art. 1, n. 1, del regolamento n. 1612/68 dispone:

«1) Ogni cittadino di uno Stato membro, qualunque sia il suo luogo di residenza, ha il diritto di accedere ad un'attività subordinata e di esercitarla sul territorio di un altro Stato membro, conformemente alle dispo-

sizioni legislative, regolamentari ed amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali di detto Stato.

2) Egli gode in particolare, sul territorio di un altro Stato membro, della stessa precedenza riservata ai cittadini di detto Stato, per l'accesso agli impieghi disponibili» (in tedesco: Zugang zu den verfügbaren *Stellen).*

Questa disposizione d'attuazione non è di grande aiuto per l'esegesi dell'art. 48, n. 4 e l'importanza — per non dire la necessità — di provvedimenti comunitari d'attuazione per questo articolo ne risulta ancora maggiore. È però soprattuto evidente che non è il caso di procedere alla revisione dell'art. 48, n. 4, del Trattato — come suggeriva il 17 gennaio 1972 l'onorevole Broeksz di fronte al Parlamento Europeo — col pretesto che «quest'articolo è incompatibile con lo spirito del Trattato»! Gli Stati membri non sono affatto disposti ad una revisione del genere, a meno che non si accentui ulteriormente il carattere restrittivo di questa disposizione. Una cosa è però «rivedere» quest'articolo, un'altra elaborare le disposizioni d'attuazione.

Per ridurre il più possibile il numero di ricorsi per trasgressione e delle domande pregiudiziali necessariamente proposte in ordine sparso, sarebbe opportuno risolvere il problema, nei limiti del possibile, mediante provvedimenti comunitari d'ordine generale; ciascuno Stato membro dovrebbe poi fissare delle norme il più possibile precise per delimitare cosa si debba intendere per «impieghi nella pubblica amministrazione» ai sensi del Trattato.

Il compito delle proposte della Commissione non mi sembra esaurito in questo campo, col pretesto che la libera circolazione avrebbe dovuto essere interamente realizzata molto prima del 1980. Nulla vieterebbe poi al Consiglio, anche se non sembra molto incline a farlo per il momento, di chiedere alla Commissione di sottoporgli una proposta di regolamento o di direttiva per l'attuazione dell'art. 48, n. 4.

È tanto più increscioso che la Commissione dichiari di non aver nemmeno l'intenzione di formulare delle proposte in questa materia, con la scusa della sua estrema complessità data la gamma molto ampia di situazioni disparate che rientrano nella nozione di «impiego nella pubblica amministrazione»: la complessità è perlomeno altrettanto grande per i giudici nazionali e per la vostra Corte.

Per dirimere le innumerevoli liti singole che insorgono è quindi inevitabile limitarsi ad una tattica alla spicciolata, mentre occorrerebbe una soluzione complessiva.

V — Onde definire in modo positivo il campo d'applicazione dell'art. 48, n. 4, si potrebbe in primo luogo essere tentati di valersi di criteri attinenti alla natura pubblicistica o privatistica dei rapporti di lavoro.

Secondo la relazione della legge di ratifica del Trattato (documento n. III/3660 del Bundestag, 2a legislatura 1953, pag. 25) «la nozione di pubblica amministrazione va interpretata in senso restrittivo. Non si deve comunque includere in questa espressione l'impiego negli enti pub-

blici di carattere industriale e commerciale».

Il commento di E. Wohlfahrt, U. Everling, H. J. Glaesener, R. Sprung (1960, pag. 160) precisa, ad opera del sig. U. Everling, che l'eccezione di cui all'art. 48, n. 4, riguarda, nella Repubblica federale, gli impiegati di ruolo, gli impiegati e gli operai e che l'amministrazione pubblica comprende le persone giuridiche di diritto pubblico, in particolare i comuni.

Nell'opera sul diritto di stabilimento nel mercato comune (Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 1963, pag. 46), il sig. Everling scrive: «per i lavoratori, e quindi gli impiegati della pubblica amministrazione, il limite è chiaramente stabilito: tutte le persone occupate (alle Beschäftigten) nella pubblica amministrazione sono esclusi».

Secondo il commento di Quadri-Monaco-Trabucchi (vol. I, 1965, pag. 391), sotto la firma del professore Levi Sandri, l'art. 48, n. 4, comprende non solo posti nell'amministrazione diretta dello Stato, ma anche quelli creati dalle persone giuridiche di diritto pubblico, le quali costituiscono l'«amministrazione indiretta»: le imprese o enti pubblici nazionalizzati o «parastatali», enti locali territoriali o imprese connesse provincializzate o municipalizzate. A proposito di queste ultime, vi si dice che «esse vanno comprese in questa disposizione, malgrado la natura industriale dell'attività svolta, dato che esse sono prive di personalità giuridica e che il rapporto di lavoro si crea direttamente con l'ente pubblico».

Nel commento di J. Mégret, Le Droit de la CEE (vol. III, 1971, pag. 6), il sig. J. V. Louis scrive: «Secondo la risposta data da un'interrogazione parlamentare dal ministro belga degli affari esteri (Sessione straordinaria 1968, Senato, Bull. Quest. e Rép., 30 luglio 1968, n. 6, interrogazione dell'onorevole Bascour in data 27 giugno 1968), l'espressione "pubblica amministrazione" implica il potere direttamente esercitato dallo Stato. Ci si riferisce quindi ai Ministeri, agli enti parastatali ed alle amministrazioni comunali. L'eccezione di cui al n. 4 va quindi interpretata restrittivamente. È perciò generalmente ammesso che essa non comprende le imprese pubbliche di carattere commerciale, industriale o finanziario, nè le organizzazioni private incaricate della gestione di un servizio pubblico. L'accesso all'insegnamento ufficiale va disciplinato in base allo stesso principio. Va tuttavia rilevato — aggiunge il ministro — che varie considerazioni (conoscenza della lingua, equivalenza dei diplomi) fanno sì che in pratica l'accesso all'insegnamento ufficiale resti abitualmente riservato ai cittadini. Il Governo belga sembra quindi — aggiunge questo commentatore — non escludere, in linea di principio, l'applicazione della libera circolazione a determinati dipendenti dello Stato che non abbiano poteri d'imperio».

In Francia, il Consiglio di Stato si informa sovente alla nozione di partecipazione più o meno ampia ad un'attività munita di prerogative dei pubblici poteri, quantomeno quando si tratta di un rapporto contrattuale (de Robert Lafrégeyre, 26 gennaio 1923, Racc. pag. 67).

Cionondimeno, dopo le mie conclusioni del 5 dicembre 1973, avete nettamente escluso, nella sentenza pregiudiziale 12 febbraio 1974 (Racc. pag. 162), il criterio basato sul carattere del datore di lavoro o sulla natura del rapporto di lavoro.

È opportuno ricordare taluni punti della motivazione di questa sentenza (la versione tedesca fa fede):

«4. tenuto conto del carattere fondamentale che assumono nel sistema del Trattato i principi della libera circolazione e della parità di trattamento dei lavoratori all'interno della Comunità, alle *deroghe* (il testo tedesco reca "Ausnahmen", cioè eccezioni) ammesse dal n. 4, dell'art. 48, non può essere attribuita una portata più ampia di quella connessa al perseguimento del loro specifico scopo. (Une portée qui dépasserait le but en vue duquel cette *clause d'exception* (il testo tedesco reca "Bestimmung", cioè disposizione) a été insérée).

Gli interessi che la clausola di deroga permette agli Stati membri di tutelare, sono salvaguardati grazie alla libertà di assumere cittadini stranieri soltanto in certi settori e per *certe attività* della pubblica amministrazione; ... (sont satisfait par la possibilité de restreindre l'admission (il testo tedesco reca "Zugang", accesso) de ressortissants étrangers à *certaines activités* dans l'administration publique).

5. Occorre, in secondo luogo, stabilire se la portata della deroga di cui all'art. 48, n. 4, possa dipendere dalla natura giuridica del rapporto di lavoro.

In mancanza di qualsiasi distinzione nelle norme in esame è *irrilevante* accertare se un lavoratore abbia la qualifica (se trouve *engagé*) (il testo tedesco reca "beschäftigt", cioè occupato o impiegato) di operaio, di impiegato privato o di impiegato pubblico e *se il suo rapporto di lavoro sia disciplinato dal diritto pubblico oppure dal diritto privato.*

Le nozioni giuridiche utilizzate in questo campo variano infatti nei singoli Stati e non possono perciò fornire alcun criterio d'interpretazione valido a livello di diritto comunitario.

6. L'art. 48, n. 4, del Trattato va quindi interpretato nel senso che la deroga in esso prevista concerne esclusivamente l'accesso ad *impieghi presso la pubblica amministrazione* ("Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung") *senza alcun riguardo* alla natura giuridica del rapporto che si instaura fra il lavoratore e detta amministrazione . . .».

Infine, il dispositivo della sentenza reca (Racc. pag. 366), per quanto qui ci interessa:

«l'art. 48, n. 4, del Trattato CEE, va interpretato nel senso che la *deroga* prevista nel suddetto articolo riguarda esclusivamente l'accesso ad *impieghi presso la pubblica amministrazione* ("Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung"). La natura giuridica dei rapporti intercorrenti fra il lavoratore e detta amministrazione è, sotto questo aspetto, irrilevante . . .».

Se ci si deve attenere al significato delle parole se ne desume che:

1° L'art. 48, n. 4, costituisce una deroga o una clausola d'eccezione.

2° Gli interessi la cui tutela giustifica questa deroga sono salvaguardati dalla possibilità di limitare l'ammissione dei cittadini stranieri a «*determinate attività* nella pubblica amministrazione» o ad «*impieghi* presso la pubblica amministrazione», ma non possono più giustificare provvedimenti discriminatori in fatto di retribuzione o di altre condizioni di lavoro nei confronti di lavoratori, una volta ammessi al servizio dell'amministrazione; l'espressione «impieghi nella pubblica amministrazione», comprende la situazione in cui il lavoratore, dopo l'assunzione, è occupato dall'inizio sino alla fine della sua carriera di lavoratore dipendente.

3° In proposito, è irrilevante che il rapporto di lavoro sia di diritto pubblico o di diritto privato. Il fatto che, in determinati Stati membri, le liti vertenti sugli impieghi di cui trattasi possano essere di competenza del giudice amministrativo non modifica affatto l'inopponibilità dell'art. 48, n. 4, qualora non ricorrano i presupposti per la sua applicazione.

Il criterio non pare nemmeno possa consistere nella natura — economica o no — dello scopo perseguito. Indubbiamente, come il Governo tedesco rileva, il beneficio del diritto di stabilimento non è contemplato per le associazioni in quanto tali, o equiparate dall'art. 58 alle persone fisiche, e le società che non si prefiggono scopi di lucro ne sono chiaramente eccettuate. Queste società possono però essere a loro volta datori di lavoro ed aver bisogno di dipendenti. Era questo il caso della Chiesa di Scientologia nella causa Van Duyn.

Di conseguenza, contrariamente a quanto sostengono gli Stati membri che hanno partecipato al presente procedimento, non dev'essere necessariamente riconosciuto come facente parte della pubblica amministrazione qualsiasi posto riconosciuto come tale dallo Stato membro di cui trattasi, indipendentemente dal contenuto delle attività svolte nell'ambito del posto stesso. La determinazione di questo contenuto e la portata di questa limitazione non possono spettare esclusivamente agli Stati membri, senza controllo delle istituzioni comunitarie, e in particolare di questa Corte. Lasciare a questi il potere di delimitare *sovranamente* l'ambito dell'amministrazione pubblica, si risolverebbe nel dare agli obblighi loro imposti dal principio della libera circolazione, cioè di una delle libertà fondamentali contemplate dal Trattato, una portata molto diversa da uno Stato all'altro.

La nozione di «impieghi nella pubblica amministrazione» può, sotto questo profilo, essere paragonata a quella di «ordine pubblico» della quale avete affermato, con sentenza 28 ottobre 1975, Rutili (Racc. pag. 1231), che:

«27. tale nozione, tuttavia, nel contesto comunitario e, in ispecie, in quanto autorizza una deroga ai principi fondamentali della parità di trattamento e della libera circolazione dei lavoratori, va intesa in *senso restrittivo*, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie».

Inoltre, benché non sia prescritto che le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica (art. 48, n. 3) e che l'eccezione di cui all'art. 48, n. 4, non «devono costituire un mezzo di cui all'art. 48, n. 4, non «devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria», come stabilisce l'art. 36 in fatto di libera circolazione delle merci, «questa nozione non può venire distolta dalla propria funzione, cioè invocata per fini economici o per restringere l'esercizio dei diritti sindacali», il che è del resto confermato dall'art. 8, del regolamento n. 1612/68 (nella versione del regolamento del Consiglio 9 febbraio 1976, n. 312):

«1° Il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un

altro Stato membro gode della parità di trattamento per quanto riguarda l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei diritti sindacali, ivi compreso il diritto di voto e l'accesso ai posti amministrativi o direttivi di un'organizzazione sindacale; egli può essere escluso dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico e dall'esercizio di una funzione di diritto pubblico. Gode inoltre del diritto di eligibilità negli organi di rappresentanza dei lavoratori nell'impresa».

Infine, la restrizione arrecata dall'art. 48, n. 4, ai diritti garantiti dall'art. 48 non può andar oltre quanto è necessario per il buon funzionamento della publica amministrazione «in una società democratica» (punto n. 32 della motivazione della sentenza Rutili).

Non è il semplice fatto di essere occupato nella pubblica amministrazione quello che dà luogo all'applicazione dell'art. 48, n. 4: solo l'ammissione a *determinati* posti presso la pubblica amministrazione o l'accesso a *determinate* attività nella pubblica amministrazione sono contemplate da questa disposizione.

Mi sembra che, su questo punto, il tenore della sentenza Sotgiu riecheggi in un certo senso quanto stabilisce l'art. 55, 1° comma:

«Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le *attività* ("Tätigkeiten" in tedesco) che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri».

All'origine di quest'ultima disposizione si trova una proposta francese del 3 gennaio 1957 così concepita:

«Sono eccettuate dall'applicazione del presente articolo le attività che possono implicare l'esercizio, sia pure occasionale, di una funzione o di una carica pubblica, o quelle inerenti all'esecuzione di un pubblico servizio nonchè le associazioni senza scopo di lucro, di diritto pubblico o privato, le quali restano soggette alle leggi nazionali».

Il Comitato dei capi delegazione aveva poi concordato di eccettuare dall'applicazione del diritto di stabilimento «le attività svolte da dipendenti dello Stato e delle pubbliche autorità ad esso sottoposte, nonché quelle degli avvocati e delle persone che ricoprono cariche pubbliche».

È forse possibile, per precisare alquanto cosa si debba intendere per «impiego nella pubblica amministrazione» ai sensi dell'art. 48, n. 4, riferirsi puramente e semplicemente al sopracitato art. 55, 1° comma?

Anche se presentano una certa analogia, queste due disposizioni non hanno lo stesso campo d'applicazione. Il capo (i lavoratori) di cui fa parte l'art. 48, riguarda esclusivamente le attività *dipendenti,* mentre il capo (il diritto di stabilimento) in cui figura l'art. 55 riguarda solo le attività indipendenti.

La Commissione sostiene che il solo scopo che gli Stati possano legittimamente perseguire è il riservare ai loro cittadini le mansioni la cui natura implica che i loro titolari partecipino all'esercizio dei pubblici poteri. Ciononostante, nelle osservazioni per la causa Sotgiu, essa stessa rilevava che un'interpretazione del genere non terrebbe conto delle differenze, a quanto pare volute, che esistono fra queste due disposizioni; essa trascurerebbe poi il fatto che l'art. 55 riguarda le mansioni pubbliche accessorie svolte

da lavoratori autonomi o da liberi professionisti, cioè da persone che svolgono tali mansioni solo occasionalmente ed in un campo generalmente ben definito, mentre l'art. 48, n. 4, riguarda persone che occupano a giornata intera un posto dipendente nella pubblica amministrazione.

La Commissione ammette d'altro canto che l'art. 48, n. 4, è meno limitativo dell'art. 55, 1° comma. Un lavoratore indipendente può non occupare un posto nella pubblica amministrazione, pur partecipando all'esercizio dei pubblici poteri; un lavoratore dipendente può occupare un posto del genere senza che ciò implichi necessariamente l'esercizio dei poteri stessi. Per converso, anche il lavoratore dipendente assunto da una persona o da un ente privato, incaricati di un compito di pubblico servizio o associati al servizio stesso, potrà eventualmente, tenuto conto della natura di tale compito o di tale servizio, essere considerato «occupato nella pubblica amministrazione».

La natura pubblica della retribuzione non basta però perché si abbia un «impiego nella pubblica amministrazione».

Accade infine che, in determinate aziende industriali condotte in economia, lo Stato impieghi degli operai retribuiti in base ai salari corrisposti nello stesso ramo industriale del settore privato. È quello che viene chiamato, ad esempio in Francia, il «personale civile delle aziende militari» o il «personale operaio degli arsenali e delle aziende della marina». In questo settore, la mano pubblica si trova in situazione vuoi di concorrenza, vuoi di monopolio rispetto alle imprese private. Cionondimeno, in questo caso potrà trovare applicazione l'art. 48, n. 3.

Pur guardandomi dal fare della «legislazione giurisdizionale», per usare l'espressione dell'avvocato generale Warner nelle conclusioni 10 luglio 1980 per la causa Paschek, adotterò i seguenti criteri:

1° In senso positivo, per l'applicazione dell'art. 48, n. 4, ciò che conta è la *natura* amministrativa dell'attività effettivamente svolta; così, un'attività in un'azienda pubblica che gestisca un servizio amministrativo ricade sotto l'art. 48, n. 4.

2° L'eccezione di cui all'art. 48, n. 4, riguarda comunque gli impieghi che siano in rapporto diretto o indiretto con l'esercizio — anche solo occasionale — di prerogative d'imperio.

3° In senso negativo, la semplice partecipazione, anche diretta, alla gestione o all'esecuzione di un servizio pubblico non basta per escludere un impiego dal campo d'applicazione normale degli artt. 48-51. Ricadono sotto questi articoli gli impieghi nei servizi pubblici di carattere industriale e commerciale, anche affidati ad aziende pubbliche nazionalizzate.

Rimane l'obiezione sollevata dai governi intervenienti, e relativa alla difficoltà di conciliare, nella tesi della Commissione, l'ammissione di stranieri ad un impiego «nella pubblica amministrazione» con la loro esclusione — legittima — dai posti superiori della gerarchia: in primo luogo, la possibilità di promozione a tali posti

deriva dal «principio della carriera», sancito in vari Stati membri; in secondo luogo, l'esercizio della responsabilità che questi posti implicano giustifica chiaramente l'applicazione della restrizione di cui all'art. 48, n. 4.

Mi sembra possibile ribattere a questo grave argomento proponendo di distinguere a seconda che si tratti dell'entrata in una carriera che implichi *normalmente* l'accesso ad un posto di responsabilità: in questo caso, l'esclusione sarebbe giustificata *in partenza*. L'art. 48, n. 4, non significa infatti che l'accesso agli impieghi «nella pubblica amministrazione», indipendentemente dalla loro natura, è sottratto al divieto di qualsiasi discriminazione efettuata in base alla nazionalità, divieto sancito dall'art. 7. Il 2° comma di quest'ultimo articolo consente al Consiglio di adottare «tutte le regolamentazioni intese a vietare tale discriminazione». Proprio come l'art. 55, 2° comma, questa disposizione autorizza così quest'istituzione a «legiferare» in materia provvedendo a conciliare la parità d'accesso ai posti di cui trattasi con la salvaguardia dei diritti sovrani degli Stati membi. Le necessarie distinzioni potrebbero così essere effettuate valendosi dei criteri da me proposti e le persone che occupano, anche nella pubblica amministrazione, dei posti di «lavoratori dipendenti» sarebbero assoggettati all'art. 48, n. 4, da un semplice richiamo a tale disposizione contenuto nella normativa adottata in forza dell'art. 7.

Quanto al resto, nessuno dei posti contemplati nelle offerte in ultima analisi criticate dalla Commissione mi sembra offra siffatte prospettive di carriera. Un ferroviere, un posatore di binari, ad esempio, anche se di ruolo, non ha alcuna probabilità di divenire direttore generale.

VI — L'applicazione di questi criteri alle offerte di lavoro della Société nationale des chemins de fer belges mi fa ritenere che il requisito della cittadinanza prescritto da tali offerte sia in contrasto col Trattato.

Esso lo è per di più in vista della vostra sentenza Commissione c/ Repubblica francese del 4 aprile 1974. Al punto n. 33 della motivazione (Racc. 1971), infatti, avete affermato che «l'applicazione al settore dei trasporti (e quindi dei trasporti per ferrovia) degli artt. 48-51 costituisce per gli Stati membri ... un obbligo».

Questa constatazione non è inficiata dal fatto che una volta ammessi a questi posti, i cittadini degli Stati membri possono essere eletti ai posti d'amministrazione o di direzione di una organizzazione sindacale (art. 8, n. 1, del regolamento n. 1612/68) e che questa eligibilità implica la possibilità di partecipare alla direzione delle imprese, quanto meno secondo le leggi in vigore in determinati Stati membri.

Così pure, benché, in determinati Stati membri, i ferrovieri siano pubblici impiegati e possano essere sen'altro precettati in caso di guerra o minaccia di guerra, posti in questo tipo di trasporto, non ricadono sotto l'art. 48, n. 4.

Malgrado il carattere pubblico del servizio svolto da un'impresa incaricata — in forza di un contratto di diritto privato — da un municipio della raccolta delle immondizie mediante veicoli di sua proprietà, avete rifiutato (sentenza Behlsen del 6 dicembre 1979, Racc. pag. 3639) di considerare questi veicoli come usati da altre pubbliche autorità per servizi pubblici, non in concorrenza coi privati.

Tuttavia, onde evitare che l'ammissione dei cittadini degli altri Stati membri possa essere accompagnata da uno «stato giuridico al ribasso», o dal deterioramento della retribuzione degli indigeni, avete aggiunto (punto n. 45 della motivazione della sentenza Commissione c/ Repubblica francese, Racc. 1974, pag. 373) che «l'inderogabilità del divieto di cui all'art. 48, n. 2, ha del pari l'effetto ... in conformità all'obiettivo perseguito dall'art. 117 del Trattato, di garantire che i cittadini dello Stato considerato non subiscano le conseguenze sfavorevoli che potrebbero risultare dall'offerta o dall'accettazione, da parte dei cittadini di altri Stati membri, di condizioni di impiego o di retribuzione meno vantaggiose di quelle contemplate dal proprio diritto nazionale, *in quanto simili offerte o accettazioni sono vietate*».

Per quanto riguarda quelli fra i posti offerti dalla città di Bruxelles e dal comune di Auderghem che costituiscono oggetto del contendere, essi non si distinguono affatto da posti presso imprese o aziende che svolgano un'attività industriale o commerciale.

Trattandosi tuttavia di amministrazioni comunali si deve tener conto di una sentenza più recente pronunziata in via pregiudiziale dalla vostra Seconda Sezione l'8 marzo 1979, Lohmann (Racc. pag. 854) su conclusioni dell'avvocato generale Capotorti.

La causa principale riguardava un ex impiegato comunale o equiparato dei Paesi Bassi.

A proposito dell'art. 4, n. 4, del regolamento del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo alla previdenza sociale dei lavoratori migranti, secondo cui questo regolamento «non si applica né all'assistenza sociale e medica, né ai regimi di prestazioni a favore delle vittime di guerra o delle sue conseguenze, né *ai regimi speciali dei pubblici impiegati o del personale assimilato*», avete affermato (punto n. 3, Racc. pag. 860) che «questa eccettuazione non è d'altra parte se non la logica conseguenza dell'art. 48, n. 4, del Trattato che esclude "gli impieghi nella pubblica amministrazione" dall'applicazione delle disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori nell'ambito della Comunità».

Questa sentenza potrebbe rimettere in discussione la sentenza Sotgiu, nella parte in cui questa escludeva qualsiasi richiamo alla natura giuridica del rapporto di lavoro o alla natura del datore di lavoro. Qualora i posti di cui si tratta nelle offerte di cui è causa fossero compresi in un regime previdenziale speciale che non ricade nel campo d'applicazione del regolamento n. 1408/71, se ne dovrebbe logicamente desumere che si tratta di «impieghi nella pubblica amministrazione» ai sensi dell'art. 48, n. 4.

Cionondimeno, l'agente del Regno del Belgio non ha provato né offerto di provare che i posti di cui trattasi rientrino in un regime speciale ai sensi dell'art. 4, n. 4, del regolamento n. 1408/71. Di conseguenza esso non ha invertito — come gli sarebbe toccato — la presunzione che non si tratti di posti amministrativi.

In verità, dai candidati ai posti comunali si potrebbe esigere il godimento dei diritti *civili* (elettorato attivo e passivo), come fa l'art. 19, 2°, della legge francese 28 aprile 1952, tanto più che possono trovarsi, nell'ambito di tali posti, a partecipare alla gestione di enti di diritto pub-

blico ed all'esercizio di una funzione di diritto pubblico.

Orbene, i cittadini comunitari non indigeni non godono senz'altro di questi diritti, cosiché il requisito del godimento dei diritti civili limiterebbe la portata dell'accesso a tali posti. Le offerte di cui è causa, però, non prescrivono alcun requisito in proposito, nemmeno il possesso del «certificato di buona condotta».

Concludo proponendovi di dichiarare che, permettendo che la cittadinanza belga fosse imposta come requisito per l'assunzione ai posti seguenti:

— operai non qualificati, allievi conduttori di locomotive, segnalatori presso la SNCB, guardiani notturni, aiuti giardinieri, idraulici presso la città di Bruxelles,

— operaio semiqualificato e operaio qualificato B presso il comune di Auderghem,

il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dall'art. 48, n. 4, del Trattato CEE e dal regolamento del Consiglio n. 1612/68.

Vi propongo del pari di condannare il Regno del Belgio alle spese.