Stati membri hanno la possibilità di accedere a tutti i posti d'infermiere di detti ospedali e fruiscono, una volta assunti, di un regime implicante vantaggi e garanzie del tutto equivalenti a quelle proprie dello Stato giuridico del dipendente di ruolo, ad eccezione della possibilità di accedere ai posti i quali, ai sensi dell'art. 48, n. 4, rientrano nella pubblica amministrazione.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE G. FEDERICO MANCINI del 15 aprile 1986

Signor Presidente,
signori Giudici,

1. Siete chiamati a pronunciarvi su un ricorso *ex* articolo 169 trattato CEE proposto dalla Commissione delle Comunità europee contro la Repubblica francese. L'addebito che a questa si muove è di imporre il possesso della cittadinanza francese come requisito per l'assunzione e la nomina in ruolo negli impieghi permanenti di infermiere presso gli ospedali pubblici e pertanto di violare l'articolo 48 del trattato.

Riassumo i fatti. Secondo l'articolo L 809 del code de la santé publique, che figura nel libro IX intitolato « Statut général du personnel des établissements d'hospitalisation publics et de certains établissements à caractère social », « nul ne peut être nommé à un emploi (...): 1) s'il ne possède la nationalité française (...) ». La norma non fa che applicare al nostro settore una condizione già sancita dall'articolo 16 dello statuto generale del pubblico impiego (ordinanza n. 59-244 del 4 febbraio 1959) e oggi contenuta nell'articolo 5 della legge 13 luglio 1983, 83-634, relativa ai diritti e ai doveri dei dipendenti pubblici.

Persuasa che tale condizione contrasti col paragrafo 1 dell'articolo 48 e non si giustifichi a stregua della deroga prevista nel paragrafo 4, la Commissione avviò la procedura di constatazione d'inadempimento con lettera 1° dicembre 1982 e, non avendo ricevuto risposta dal governo di Parigi, emise il 23 marzo 1984 il prescritto parere motivato. In esso, l'istituzione rilevò che, esigendo la cittadinanza francese per l'assunzione e la nomina in ruolo negli impieghi permanenti d'infermiere presso gli ospedali pubblici e

alcuni istituti di natura sociale, la Francia era venuta meno agli obblighi postile dal trattato CEE in tema di circolazione dei lavoratori.

È opportuno aggiungere che, secondo il parere, un analogo inadempimento configuravano le norme riguardanti i requisiti per l'assunzione e la nomina in ruolo negli impieghi di dentista presso ospedali pubblici. Ma poiché la Francia ha modificato tale disciplina con decreto 24 febbraio 1984, n. 84-131, che la Commissione ammette di aver conosciuto in ritardo, il relativo addebito è caduto.

Il governo francese non reagì neppure al parere motivato. In data 18 dicembre 1984, pertanto, la Commissione ruppe gli indugi e adì la nostra Corte conformemente all'articolo 169, secondo comma, del trattato.

2. Il vostro compito, come ho detto, è stabilire se gli impieghi d'infermiere presso gli ospedali pubblici entrino nella previsione dell'articolo 48, paragrafo 4, secondo cui il principio della libera circolazione dei lavoratori non si applica agli « impieghi nella pubblica amministrazione ». Osservo subito che il problema non è nuovo. A specie di analoga natura avete infatti dedicato le sentenze 12 febbraio 1974, causa 152/73, Sotgiu/Deutsche Bundespost (Racc. 1974, pag. 153), 17 dicembre 1980 (interlocutoria) e 26 maggio 1982 (definitiva), causa 149/79, Commissione/Regno del Belgio (Racc. 1980, pag. 3881 e Racc. 1982, pag. 1845). Protagonista della prima controversia era un operaio italiano, già assunto dall'amministrazione postale tedesca, a cui veniva negata in quanto straniero un'indennità concessa ai cittadini; la seconda lite verteva invece su alcune offerte d'impiego, condizionate alla cittadinanza, presso collettività o enti pubblici belgi (la città di Bruxelles, il comune di Auderghem, la Société nationale des chemins de fer vicinaux e la Société nationale des chemins de fer belges).

Ma v'è di più. Una delle offerte belghe aveva per oggetto un posto — infermiere negli asili nido — praticamente eguale a quello di cui oggi si discute. La Corte lo giudicò estraneo al campo d'applicazione della norma suddetta, dopo aver respinto gli argomenti svolti dal governo di Bruxelles e dei tre Stati — Germania, Regno Unito e Francia — intervenuti a sostegno del Belgio. Ebbene, nel nostro procedimento il governo francese è tornato su quegli argomenti e li ha riproposti in modo pedissequo. Esso ci ha persino taciuto — ed io lo ho appreso solo tre giorni fa — che la norma controversa è stata abrogata con l'articolo 133 della legge 9 gennaio 1986, n. 86-33 (JO 11.1.1986, pag. 547): dunque, venti giorni prima che avesse luogo l'udienza. In queste condizioni, potrei terminare subito il mio lavoro invitandovi *tout court* a ribadire quanto già statuiste nel 1982.

Preferisco tuttavia procedere diversamente e non solo perché la Francia vi chiede di modificare la vostra giurisprudenza. Il fatto è che le pronunce a cui ho alluso hanno susci-

tato dure critiche in dottrina e, quel che più conta, non sono state « assorbite » da numerosi governi. Tali resistenze non stupiscono, se si considera quanto radicata è l'opinione che nel pubblico impiego vede esercitarsi con pienezza la sovranità dello Stato e quanto diffusa, in epoche di ampia disoccupazione, la tendenza a ravvisarvi un comodo serbatoio di posti. Esse restano peraltro inquietanti e vanno prese per le corna prima che i procedimenti simili a questo (pendono dinanzi a voi le cause 66/85, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, e 75/86, Commissione/Belgio) si moltiplichino. Profitterò dunque dell'occasione per rivisitare il nostro tema dandogli, come direbbe Montaigne, « une poincte non pas le plus largement, mais le plus profondement que je sçay ».

3. Come già nella causa 149/79, il governo francese muove da una lettura « organica » o « istituzionale » dei termini « pubblica amministrazione » (articolo 48, paragrafo 4), che esclude ogni genere di impiego, quale che sia la natura dell'attività in cui si estrinseca, dall'ambito del principio di libera circolazione. A confortarla sono sei argomenti:

1) la lettera della norma che parla solo di « pubblica amministrazione »; cioè non distingue nella sfera di questa fra settori e settori o funzioni e funzioni;

2) una serie di dati sistematici. Precisamente:

   a) vari disposti, e in ispecie gli articoli 36, 37, 48, n. 3, 55, 122, 223, provano che gli autori del trattato CEE riconobbero il peculiare ruolo degli Stati riservando ad essi la tutela e la promozione dell'interesse generale;

   b) la nostra norma non fa riferimento al concetto di « partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri » che figura nell'articolo 55; essa ha dunque una portata più ampia;

   c) mentre nel paragrafo 3 dell'articolo 48 il principio della libera circolazione è fatto oggetto di deroghe " parziali " (motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica), il paragrafo 4 sancisce un'esclusione " globale ";

3) le vostre pronunce in tema di eguaglianza che vogliono le situazioni diverse trattate in modo diverso. Ora, la situazione del cittadino francese è per definizione dissimile da quella degli altri cittadini comunitari per quanto riguarda la sua pretesa di servire come funzionario la collettività alla quale appartiene;

4) le esigenze di funzionamento dell'amministrazione, il cui scopo è curare l'interesse generale. I suoi dipendenti sono dunque investiti di una missione che, comportando l'esercizio dell'autorità pubblica e per ciò stesso pretendendo da chi vi partecipa una lealtà particolare, è *toto coelo* remota da quella dei lavoratori privati;

5) il principio della carriera in quanto postula che a tutti i funzionari sia data la possibilità di essere promossi ai gradi più elevati. Poiché dai posti corrispondenti i cittadini degli altri Stati membri sarebbero comunque esclusi, equipararli ai cit-

tadini francesi finisce per violare a loro danno il principio di eguaglianza;

6) il diritto al lavoro sancito dall'articolo 48. Impedendo ai cittadini comunitari di accedere a impieghi permanenti, la Francia non viola tale principio; il suo ordinamento, infatti, permette loro di occupare i relativi posti sulla base di un rapporto contrattuale.

Per concludere, il governo francese si dichiara disponibile a valutare nel quadro del Consiglio un'eventuale proposta tendente a definire sul piano comunitario il concetto di « impieghi nella pubblica amministrazione ». Allo stato del nostro diritto, tuttavia, esso è persuaso — o così afferma di essere — che tale definizione spetti agli Stati membri.

4. Ho già detto che le difese appena esposte coincidono punto per punto con quelle già addotte in causa 149/79 e da voi rigettate nelle relative sentenze. Fedeltà a un plurisecolare patrimonio di idee o, più semplicemente, difficoltà di proporre alla Corte una nuova e più robusta linea argomentativa? Lascio a voi la risposta per volgermi all'esame dell'« acquis » giurisprudenziale in fatto di esclusione degli impieghi pubblici. I suoi capisaldi possono così compendiarsi: 1) il paragrafo 4 dell'articolo 48 è di stretta interpretazione; 2) il concetto di « impieghi nella pubblica amministrazione » ha carattere comunitario e 3) va letto in chiave funzionale; 4) determinante, in ogni caso, è accertare se l'attività controversa implichi « esercizio di poteri pubblici e tutela degli interessi generali dello Stato e delle collettività pubbliche ».

La prima affermazione risponde a un canone accolto da tutti gli ordinamenti, per cui non vale la pena approfondirla. Constato, comunque, che nella vostra giurisprudenza essa è venuta affinandosi e si è fatta via via più rigorosa. Così, in Sotgiu osservaste che per il « carattere fondamentale » assunto dai princìpi della libera circolazione e della parità di trattamento, « alle deroghe (...) [del] n. 4 (...) non può essere attribuita una portata più ampia di quella connessa al perseguimento del loro specifico scopo » (punto 4; analogamente, rispetto all'articolo 55, primo comma, la sentenza 21 giugno 1974, causa 2/74, Reyners (Racc. 1974, pag. 631, punto 43); ma questa formula non vi portò che a garantire agli stranieri un generico diritto di essere assunti « in certi settori e per certe attività della pubblica amministrazione » (ivi). Nelle sentenze del 1980 e del 1982, invece, emerge chiaro l'intento di ridurre la portata della deroga ai soli casi in cui applicare il principio della libera circolazione imporrebbe allo Stato situazioni intollerabili. Oggi, insomma, non è più lecito dubitare — e non trarne le debite conseguenze sul piano ermeneutico — che la libertà sia la regola e la norma sui pubblici impieghi l'eccezione.

Poco da dire anche sul secondo rilievo. Accogliendo la tesi prospettata dall'avvocato generale Mayras nelle brillanti conclusioni Sotgiu (il concetto di cui al paragrafo 4 — egli disse — « deve trovare una definizione comunitaria, autonoma, non influenzabile da criteri interni mutevoli, [cioè] legati al modo in cui [ogni] Stato configura i propri compiti e alla struttura degli organi incaricati di espletarli » (Racc. 1974, pag. 169, la

Corte affermò che: a) « (...) la nozione di pubblica amministrazione (...) va interpretata ed applicata in modo uniforme nell'intera Comunità »; b) la sua « delimitazione (...) non può essere lasciata alla completa discrezione degli Stati (...) »; c) « si deve (...) evitare che l'efficacia pratica e la portata delle disposizioni del trattato relative alla libera circolazione (...) e alla parità di trattamento dei cittadini di tutti gli Stati membri siano limitate da interpretazioni della nozione di pubblica amministrazione tratte dal solo diritto nazionale e che ostino all'applicazione delle norme comunitarie » (sentenza 17 dicembre 1980, punti 12, 18 e 19).

Sono, mi sembra, statuizioni limpide. Formulandole, la Corte non mise certo in dubbio che l'impiego nella pubblica amministrazione resti governato dai diritti dei singoli Stati; essa volle solo dire che, nell'identificare il contenuto della relativa nozione, è necessario aver riguardo alle esigenze proprie del diritto comunitario. Com'è ovvio, infatti, permettere che gli Stati definiscano da soli quel contenuto significherebbe attribuire agli obblighi che li astringono in forza del principio di libera circolazione una rilevanza diversa da Stato a Stato e così togliere al trattato buona parte del suo effetto utile (nello stesso senso si veda, per l'articolo 55, primo comma, la citata sentenza Reyners, punto 50).

5. E veniamo ai problemi posti dagli ultimi due punti: cioè al contrasto, davvero fondamentale, fra « organicismo » e « funzionalismo » nella determinazione del nostro concetto. In causa 149/79, come sappiamo, la Francia e, con essa, il Belgio, la Repubblica federale di Germania e il Regno Unito fecero propria la prima concezione. Seguendo ancora una volta le proposte dell'avvocato generale Mayras, la Corte scelse invece la linea opposta. L'articolo 48, paragrafo 4 — essa affermò — sottrae al campo della libera circolazione « un complesso di posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei poteri pubblici e alle mansioni che hanno per oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche. Posti del genere, infatti, presuppongono da parte dei loro titolari l'esistenza di un rapporto (...) di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza » (sentenza 17 dicembre 1980, punto 10).

Il criterio a cui stregua valutare l'impiego controverso è insomma di tipo *materiale*: si fonda cioè sulle « funzioni » di cui consta il posto per respingere oltre la frontiera della libertà di circolazione solo quelle che importano l'esercizio di pubblici poteri *e* (non « o »: i due requisiti devono essere compresenti) che mirano a tutelare gli interessi generali dello Stato e degli enti territoriali minori. A me sembra che questo criterio trovi una solida base nel sistema del trattato e specialmente nell'articolo 55, in cui si parla di « attività che (...) partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri ». La Francia, si è visto, dissente: ritiene anzi che proprio l'assenza di tali parole nel paragrafo 4 dell'articolo 48 dimostri la maggiore ampiezza della deroga da esso sancita. Ma l'argomento è debole. Come rilevò la

Commissione in causa 149/79, il diverso tenore delle due norme si spiega alla luce della differenza che passa tra le situazioni contemplatevi: da una parte, i lavoratori subordinati che possono muoversi per occupare posti nella pubblica amministrazione a cui l'esercizio di quei poteri è intrinseco; dall'altra, i lavoratori autonomi che si stabiliscono all'estero per esercitare una professione necessariamente privata, benché suscettibile di comportare un analogo esercizio.

Che il criterio funzionale sia valido è dunque certo. Ma come servirsene in concreto? Il problema non è di poco momento e le difficoltà in cui s'imbattono i tentativi intesi a risolverlo danno colore di ragionevolezza alla proposta francese di un intervento legislativo che « attui » il paragrafo 4 dell'articolo 48. Su questa proposta, tuttavia, ho molte perplessità anche a prescindere dal rischio che di essa si profitti per comprimere il diritto di circolazione e porre nel nulla l'« acquis » giurisprudenziale. Il maggiore pericolo dell'intervento auspicato è un altro: quello di congelare un processo che, essendo legato al fine dell'unità politica verso cui tende l'integrazione degli Stati e dei popoli europei, deve potersi svolgere con un minimo di vincoli. È ovvio infatti che la garanzia di una piena libertà di movimento implicherebbe la rimozione degli ostacoli derivanti dalle varie nazionalità e porterebbe all'istituzione di una cittadinanza comunitaria non più metaforica, com'è oggi nelle vostre sentenze, ma reale.

Nell'opera della Corte, d'altra parte, le difficoltà a cui ho accennato trovano più di un'utile risposta. Così è, in primo luogo, per quanto concerne l'oggetto e i limiti dell'indagine vòlta a stabilire se l'impiego controverso sia interno od esterno alla deroga. In Sotgiu, ad esempio, si escluse che essa possa fondarsi su elementi quali la natura giuridica del rapporto fra amministrazione e dipendente o la categoria di cui quest'ultimo fa parte: l'inesistenza di distinzioni nelle norme — statuisce in particolare al punto 5 — rende « (...) irrilevante accertare se un lavoratore abbia la qualifica di operaio, impiegato privato o impiegato pubblico e se il suo rapporto di dipendenza sia disciplinato dal diritto pubblico [o] dal diritto privato » (in senso contrario — ma si tratta di un *obiter dictum* che ha tutta l'aria di un *lapsus calami* — si veda la sentenza 8 maggio 1979, causa 129/78, Bestuur Sociale Verzekeringsbank di Amsterdam/Lohmann (Racc. 1979, pag. 853), ove la norma del regolamento 1408/71 sulla previdenza sociale dei migranti che esclude i regimi speciali dei pubblici impiegati e del personale assimilato è spiegata come « logica conseguenza dell'articolo 48, n. 1 »).

Ma lo stesso si dica del concetto di « esercizio dei pubblici poteri ». La Corte — ed è forse una scelta dettata dalle preoccupazioni a cui or ora alludevo — ha preferito non determinarlo in astratto. Una serie di accenni e naturalmente i dispositivi delle sentenze 17 dicembre 1980 e 26 maggio 1982 provano, tuttavia, che essa fa propria la definizione datane dall'avvocato generale Mayras, per cui quei poteri sono « l'incarnazione della sovranità dello Stato e come [tali consentono] ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi a cui i privati debbono sottomettersi »

(conclusioni nella causa Reyners, Racc. 1974, pag. 662). Per essere inaccessibili al cittadino di un altro Stato, insomma, non basta che le mansioni in cui si estrinseca l'impiego controverso perseguano direttamente fini pubblici influendo sulla condotta e sull'azione dei privati. Esse devono indossare la corazza: fuor di metafora, devono tradursi in atti di volontà che s'impongano ai privati nel senso di pretenderne l'obbedienza o, se non obbediscono, di costringerli a conformarvisi. Farne un elenco — che tra l'altro tenga conto della seconda condizione posta dalla Corte (la tutela degli interessi generali) — è praticamente impossibile; ma certo i primi esempi che vengono alla mente sono gli impieghi a cui ineriscono le potestà di polizia, di difesa dello Stato, di giurisdizione e di accertamento tributario.

6. Molte altre cose potrebbero dirsi su questo tema cruciale: nelle osservazioni che ho fatto, tuttavia, v'è già quanto basta a rimuovere la pietra angolare del castello difensivo francese. Restano, è vero, gli argomenti che la Francia trae sia dalla possibilità offerta agli stranieri di entrare nella pubblica amministrazione mediante contratti di lavoro, sia dal principio della carriera; e se sul primo non mette conto soffermarsi, tanto è ovvio il suo contrasto con la regola dell'eguale trattamento, il secondo merita qualche altro cenno alla vostra giurisprudenza.

In che cosa esso consista si è veduto. Fate — dice il governo di Parigi — che uno straniero sia assunto a un impiego permanente il cui titolare abbia « vocazione alla carriera » e poi rifiutate di promuoverlo a un posto superiore perché importa esercizio di pubblici poteri: in nome della libertà di circolare e del principio d'eguaglianza avrete finito per provocare una disparità di trattamento. L'operazione è dunque in perdita e tanto vale rinunciarvi.

La tesi è innegabilmente suggestiva: l'avvocato generale Mayras, infatti, cercò di adattarla alla sua costruzione proponendo di considerare « giustificata in partenza » l'esclusione dell'« entrata in una carriera che implichi (...) l'accesso ad un posto di responsabilità » (conclusioni in causa 149/79, Racc. 1980, pag. 3917). Ma la Corte respinse questo suggerimento dopo un'equilibrata analisi dei costi e dei benefici a cui danno luogo le opposte linee interpretative. Non v'è dubbio, infatti, che una lettura liberale dell'articolo 48, paragrafo 4, getti le basi di trattamenti discriminatori in fatto di promozioni a certi impieghi. Essi sono tuttavia meno intollerabili del risultato a cui metterebbero capo l'opinione dell'avvocato generale e tanto più quella del governo francese: ossia una riduzione dei diritti riconosciuti ai cittadini comunitari « che va oltre quanto è necessario [a] garantire l'osservanza degli scopi perseguiti » dalla nostra norma (sentenza 17 dicembre 1980, punto 22). V'è poi da dire che nel por mano a quelle pur inevitabili discriminazioni si dovranno tener in conto i princìpi fondamentali del diritto comunitario. In particolare, il principio di proporzionalità pretenderà che esse siano mantenute entro i limiti imposti

dall'esigenza di salvaguardare gli interessi generali dello Stato.

Si aggiunga che le discriminazioni in esame sono le uniche di cui si possa ammettere l'esistenza. Nella pronuncia Sotgiu, infatti, la Corte affermò che l'esclusione del paragrafo 4 opera solo nel momento dell'accesso (e per accesso, dopo la sentenza 17 dicembre 1980, dovremo intendere anche la promozione o il trasferimento) all'impiego. Essa non può dunque venir invocata per giustificare trattamenti diseguali in materia di retribuzione o di altre condizioni di lavoro nei confronti dei dipendenti già entrati in servizio.

7. Due parole, per concludere, sugli impieghi che sono all'origine della nostra causa. Anche ad ammettere che la deroga sia interpretabile restrittivamente — argomentò nel 1980 il Belgio e ribadisce oggi la Francia — gli infermieri ne sono investiti perché possono autorizzare prestazioni il cui onere ricade sullo Stato o sugli enti locali. Ora, io non dubito che ai dipendenti in questione tale potere competa e neppure discuto (sebbene la cosa mi paia un po' strana) che esso sia « pubblico » nel senso forte di cui sopra s'è detto. Per quanto ne so, tuttavia, le attività in cui si esprime il suo esercizio sono occasionali o accessorie e dunque separabili dai compiti precipui che svolgono i suoi titolari; non fosse che per questa ragione, mi sembra, escludere dai relativi posti i cittadini degli altri Stati contrasterebbe col principio di proporzionalità. Si tenga conto poi che le mansioni degli infermieri negli ospedali pubblici sono identiche a quelle dei loro colleghi nelle case di salute private e che rispetto a costoro la deroga del paragrafo 4 non opera. Ne dedurremo che la direzione della clinica passata da mani private a mani pubbliche è tenuta a licenziare tutto il personale non francese?

In definitiva, solo un seguace estremista di Hegel potrebbe davvero credere che impieghi come il nostro vadano interdetti agli stranieri. Ma chi non pensa che lo Stato sia « l'ingresso di Dio nel mondo » dovrà per forza concludere in senso contrario.

8. Per tutte le considerazioni fin qui svolte, vi invito ad accogliere il ricorso introdotto dalla Commissione delle Comunità europee con atto depositato il 21 dicembre 1984. Vi suggerisco pertanto di dichiarare che, avendo imposto il possesso della cittadinanza come requisito per l'assunzione e la nomina in ruolo negli impieghi permanenti di infermiere presso gli ospedali pubblici, la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi impostile dal trattato CEE.

In base al criterio della soccombenza, le spese vanno poste a carico del governo convenuto.