

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

La giurisdizione del Giudice Ordinario in tema di violazione delle norme concorsuali¹

Il Tribunale di Milano con sentenza n. 753/2025 pubbl. il 15/02/2025 ha accolto il ricorso avverso il bando del Ministero dell'Interno in cui era disposta la riserva dei posti ai soli cittadini italiani, escludendo i cittadini europei e i cittadini di paesi extraeuropei aventi uno dei titoli di soggiorno indicati nell'art. 38 d.lgs 165/2001² (titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria) per i quali è garantito l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche purché non implicino *"l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengano alla tutela dell'interesse nazionale"*.

L'ambito normativo-giurisprudenziale

La prima parte della sentenza, che qui si commenta, concerne l'esame della questione della giurisdizione del tribunale adito, in considerazione che la carenza di giurisdizione precluderebbe al giudice adito qualsiasi deliberazione anche pregiudiziale. Secondo le amministrazioni resistenti (Ministero dell'Interno e Presidenza del Consiglio dei Ministri) la controversia, oggetto del giudizio, sarebbe senz'altro materia rientrante nell'alveo della giurisdizione del giudice amministrativo in base all'art. 63, co, 4 d.lgs. n. 165/2001, *"restano*

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Vito Quintalini già Università di Perugia.

² Art. 38 Accesso dei cittadini degli Stati membri della Unione europea ([Art.37 d.lgs n.29 del 1993](#), come modificato dall'[art.24 del d.lgs n.80 del 1998](#)).

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

2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'[articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n.400](#), e successive modificazioni ed integrazioni, sono individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini di cui al comma 1.

(3. Sino all'adozione di una regolamentazione della materia da parte dell'Unione europea, al riconoscimento dei titoli di studio esteri, aventi valore ufficiale nello Stato in cui sono stati conseguiti, ai fini della partecipazione ai concorsi pubblici destinati al reclutamento di personale dipendente, con esclusione dei concorsi per il personale docente delle scuole di ogni ordine e grado, provvede la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica, previo parere conforme del Ministero dell'istruzione ovvero del Ministero dell'università e della ricerca. I candidati che presentano domanda di riconoscimento del titolo di ammissione al concorso ai sensi del primo periodo sono ammessi a partecipare con riserva. La Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica conclude il procedimento di riconoscimento di cui al presente comma solo nei confronti dei vincitori del concorso, che hanno l'onere, a pena di decadenza, di dare comunicazione dell'avvenuta pubblicazione della graduatoria, entro quindici giorni, al Ministero dell'università e della ricerca ovvero al Ministero dell'istruzione.

3.1. Per i fini previsti dagli articoli 3 e 4 del regolamento di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 30 luglio 2009, n. 189](#), e per le selezioni pubbliche di personale non dipendente, al riconoscimento del titolo di studio provvede, con le medesime modalità di cui al comma 3 del presente articolo, il Ministero dell'università e della ricerca, indipendentemente dalla cittadinanza posseduta, anche per i titoli conseguiti in Paesi diversi da quelli firmatari della Convenzione sul riconoscimento dei titoli di studio relativi all'insegnamento superiore nella Regione europea, fatta a Lisbona l'11 aprile 1997, ratificata ai sensi della [legge 11 luglio 2002, n. 148](#).

3.2. Al riconoscimento accademico e al conferimento del valore legale ai titoli di formazione superiore esteri, ai dottorati di ricerca esteri e ai titoli accademici esteri conseguiti nel settore artistico, musicale e coreutico, indipendentemente dalla cittadinanza posseduta, provvedono le istituzioni di formazione superiore italiane ai sensi dell'[articolo 2 della legge 11 luglio 2002, n. 148](#), anche per i titoli conseguiti in Paesi diversi da quelli firmatari della Convenzione sul riconoscimento dei titoli di studio relativi all'insegnamento superiore nella Regione europea, fatta a Lisbona l'11 aprile 1997, ratificata ai sensi della citata [legge n. 148 del 2002](#). Il riconoscimento accademico produce gli effetti legali del corrispondente titolo italiano, anche ai fini dei concorsi pubblici per l'accesso al pubblico impiego).

3-bis. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 si applicano ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello status di rifugiato ovvero dello status di protezione sussidiaria.

3-ter. Sono fatte salve, in ogni caso, le disposizioni di cui all'[articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752](#), in materia di conoscenza della lingua italiana e di quella tedesca per le assunzioni al pubblico impiego nella provincia autonoma di Bolzano.

devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", il quale giudice ha, come sua prerogativa, il potere di annullamento dell'atto amministrativo che esula da quello del giudice ordinario, stante il disposto dell'art. 4, allegato E della legge di abolizione del contenzioso amministrativo l. 2248/1865. Per l'effetto in via pregiudiziale di rito chiedevano di: *"dichiarare la mancanza di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo"* e in subordine sempre in via pregiudiziale di rito: *dichiarare il ricorso avversario irricevibile/inammissibile per tardività* (il ricorso è stato incardinato il 28.08.2024 e il bando è del 27.05.2024).

Il Tribunale non accoglieva tali richieste in quanto il giudizio era stato incardinato ai sensi dell'articolo 28 del d.lgs. 150/2011³ da parte di soggetti che si ritengono lesi dal provvedimento amministrativo, deducendo di aver subito una discriminazione. Detto articolo ha introdotto un rito speciale con competenza giurisdizionale esclusiva del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro atteso che tutela la discriminazione quale vizio che reca un *vulnus* alla persona nella sua dignità intesa come diritto soggettivo costituzionalmente tutelato (art.3), tant'è che recentemente la Corte Cost. (sent. n.15/2024 (punto 6.1 e 6.2 della parte in diritto)) si è così espressa: *"L'azione civile contro la discriminazione è prevista sin dal decreto legislativo n. 286 del 1998, il cui art. 44, al comma 1, recita: «Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione». Il vigente comma 2, come sostituito dall'art. 34, comma 32, lettera b), del d.lgs. n. 150 del 2011, stabilisce che alle relative controversie si applica l'art. 28 del medesimo decreto [...]. Il legislatore, in tal modo, ha predisposto una normativa che, per garantire incisivamente la parità di trattamento e sanzionare discriminazioni ingiustificate e intollerabili alla luce del principio di eguaglianza scolpito nell'art. 3 Cost., affida al giudice ordinario «strumenti processuali speciali per la loro repressione» (Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 30 marzo 2011, n. 7186. L'azione civile può essere esercitata per ottenere dal giudice l'ordine di cessazione non solo di comportamenti o condotte, ma anche (la rimozione) di atti discriminatori pregiudizievoli; ordine che può essere accompagnato, anche nei confronti della pubblica amministrazione, da ogni altro provvedimento che il giudice, a sua discrezione, reputi idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione [...]"*. Questo rito speciale, nel tutelare pienamente la dignità della persona, nel caso di azioni discriminatorie, consente al giudice ordinario. *"[...] un eccezionale potere di annullamento degli atti amministrativi – di pronunciare sentenze di condanna nei confronti della pubblica amministrazione per avere adottato atti discriminatori, dei quali può ordinare la rimozione. La scelta legislativa è, dunque, quella di accordare una tutela particolarmente incisiva, che consenta un efficace e immediato controllo sull'esercizio del potere anche da parte del giudice ordinario, [...]"*. Ma tale potere non è assoluto poiché (come ha puntualizzato la stessa la Corte nel richiamare la sentenza del Consiglio di Stato n.2290/2023) non impedisce al giudice amministrativo: *"ove venga a conoscere dei medesimi atti, di procedere all'annullamento degli stessi, con l'efficacia erga omnes che gli è propria"*!

È necessario evidenziare, anche, la questione di merito che il Tribunale ha affrontato circa l'art. 38 per avere un quadro sinottico di riferimento in considerazione del fatto che proprio dalla violazione di questo articolo è stato incardinato il giudizio di cui alla sentenza in commento.

³ Art. 28 Delle controversie in materia di discriminazione 1. Le controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, quelle di cui all'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, e quelle di cui all'articolo 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, sono regolate dal rito semplificato di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.2. È competente il tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio. [...].

I combinati disposti dei commi 1 e 3 *bis* dell'art.38 del d.lgs. 165/2001 (già art. 37 del d.lgs. 29/1993) garantiscono ai cittadini europei e ai cittadini di paesi extraeuropei titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche purché non implicino *“l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengano alla tutela dell'interesse nazionale”*. Il comma 2 prevede l'emanazione di un DPCM che individui: *“posti e le funzioni per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini di cui al comma 1”*, ma questa norma non ha ricevuto attuazione, posto che il governo non ha emanato il relativo decreto di individuazione di posti e funzioni. È pure da evidenziare che il DPCM n. 174/1994 disciplinante, ai sensi ai sensi del previgente art.37 del d.lgs.29/1993, l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche (come ha precisato il Tribunale di Milano nella sentenza in commento) deve ritenersi implicitamente abrogato tanto per il principio della *lex posterior* di cui all'art.38 d.lgs.165/2001, tanto per il principio della gerarchia tra le fonti, posto che la norma primaria (quale il decreto legislativo del 2001) deve prevalere sulla norma di secondo grado (il DPCM del 1994). La disposizione di cui all'art.38 va considerata in combinato disposto con quella europea di cui all'art. 45 TFUE tenuta in considerazione l'interpretazione data dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze Sotgiu, EU:C:1974:13) alla deroga del principio fondamentale sancito dall'art.45 della libera circolazione dei lavoratori e l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri non applicabile (paragrafo 4) agli impieghi nella pubblica amministrazione. La Corte, a tale proposito, ha precisato che la *“nozione di «pubblica amministrazione» ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 4, TFUE deve ricevere un'interpretazione e un'applicazione uniformi nell'intera Unione e non può pertanto essere rimessa alla totale discrezionalità degli Stati membri”* e che: *“[...] la nozione di “pubblica amministrazione” ai sensi dell'art.45 paragrafo 4, TFUE riguarda i posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche e presuppongono pertanto, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità dei diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza. Per contro, la deroga di cui all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE non trova applicazione a impieghi che, pur dipendendo dallo Stato o da altri enti pubblici, non implicano tuttavia alcuna partecipazione a compiti spettanti alla pubblica amministrazione propriamente detta [...].”*

Dalla lettura del comma 1 dell'art.38 non può non passare inosservato che il suo contenuto non è altro che l'interpretazione della nozione di pubblica amministrazione data dalla Corte di giustizia e che al momento, in assenza del DPCM di cui al comma 2, vale come disposizione limitante l'accesso alla pubblica amministrazione nel senso che l'accesso non può essere consentito in forza di compiti e di funzioni che si andrebbero a svolgere, implicanti un *“esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri”*, ovvero che riguardino *“la tutela dell'interesse nazionale”*.

Conclusioni

La sentenza rappresenta una chiave di lettura positiva, essendo un punto di riferimento consolidato, quale diritto vivente, per quanto concerne la ripartizione della giurisdizione fra il giudice civile e quello amministrativo in materia di pubblici concorsi, stabilendo la giurisdizione speciale da parte del primo giudice non impedendo comunque al giudice amministrativo, *“ove venga a conoscere dei medesimi atti, di procedere all'annullamento degli stessi, con l'efficacia erga omnes che gli è propria”*.

La sentenza è, altresì, in mancanza del DPCM previsto dal comma 2 dell'art.38 e per l'abrogazione implicita del DPCM n.174/1994, un punto di riferimento interpretativo alla

limitazione dell'accesso alla pubblica amministrazione qualora i compiti e le funzioni concernano un *“esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri”*, ovvero che riguardino *“la tutela dell'interesse nazionale”*. Limitazione che si ritiene sottenda al bilanciamento fra il principio della dignità di cui all'art.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴ e all'art. 3 della Cost.⁵, e quello dell'interesse nazionale quale sintesi locutiva⁶ di un *“concetto giuridico”*⁷ di altri principi costituzionali sottesi agli artt.5⁸, 97⁹ e 118¹⁰ che sostanzialmente permea la vita democratica della Nazione ancorché non formalmente declinato.

⁴ La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata.

⁵ Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [...].

⁶ A seguito della Riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, operata con la L. cost. n. 3 del 2001, per mezzo della quale è stato espunto (formalmente) il riferimento esplicito all'interesse nazionale, occorre domandarsi se esso possa dirsi ancora presente nel Titolo V.

⁷ Sent. Corte Cost. n. 303/2003.

⁸ La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali [...].

⁹ [...] 2. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge [95 c.3], in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. 3. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari [...].

¹⁰ Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza [...].