

La progressiva apertura dell'ordinamento giuridico italiano al riconoscimento del diritto di accesso al pubblico impiego dei cittadini extraeuropei con legami familiari con cittadini UE: il caso *Balayan*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione normativa dell'accesso al pubblico impiego italiano. – 3. Il caso *Balayan* tra arresti giurisprudenziali e tardiva applicazione del diritto dell'Unione europea. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La tematica inerente il riconoscimento del diritto di accesso al pubblico impiego e la sua progressiva evoluzione, analizzata alla luce di un caso per certi aspetti emblematico, offre interessanti spunti di riflessione, non solo per gli aspetti che riguardano l'esplicazione del diritto alla libera circolazione dei lavoratori¹ con riferimento all'accesso al pubblico impiego, ma, più in generale, per quanto concerne l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte della giustizia amministrativa italiana sia di primo che di secondo grado.

In particolare nel presente lavoro, si esamina l'evoluzione della legislazione italiana in materia di accesso al pubblico impiego, e, partendo dal dettato costituzionale di cui all'art. 51, si giunge a delineare l'attuale normativa nazionale così come progressivamente adeguata alle regole europee e agli indirizzi dettati dalla Corte di giustizia dell'Unione.

Conseguentemente, si esaminerà il caso *Balayan*, nel contesto giuridico nazionale ed europeo, con riferimento sia alle pronunce di primo grado del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, che a quelle di secondo grado, di rito e di merito, del Consiglio di Stato.

Va pertanto rilevato come il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, nel risolvere la controversia, abbia ritenuto legittima l'esclusione di un candidato da una procedura selettiva, per mancanza in capo all'aspirante stesso del requisito della "*cittadinanza italiana*", pretermettendo le norme nazionali applicative del diritto dell'Unione europea, regolanti la fattispecie dell'accesso al pubblico impiego italiano, rilevando, altresì, la violazione delle

¹ In materia A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017, parte speciale, 114 ss.

stesse da parte dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Campania nella procedura selettiva.

E' singolare notare come la legislazione sull'accesso al pubblico impiego non sia stata ignorata solo dai giudici del T.A.R. Campania, ma anche da tutti gli altri attori coinvolti in questa vicenda, dai dirigenti della Area Legale dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Campania fino alla stessa Avvocatura, sia nella sede Distrettuale territoriale in primo grado, che in quella Generale dello Stato innanzi al giudice d'appello.

Diversamente, il Consiglio di Stato si è mostrato puntuale nel ricostruire i consolidati orientamenti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia UE, ed ha ricondotto correttamente la fattispecie alle norme regolanti la stessa, ancorché dopo un tortuoso *iter* processuale lungo un considerevole lasso di tempo durato dieci anni.

La riflessione, partendo dall'analisi del caso specifico e dalla sua emblematica vicenda giudiziale, tende a delineare l'attuale stato di applicazione del diritto nazionale in materia di accesso al pubblico impiego nell'ordinamento giuridico italiano.

2. L'evoluzione normativa dell'accesso al pubblico impiego italiano.

Com'è noto l'art. 51 Cost. prevede che *“tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”*.

Il dettato costituzionale di cui al citato art. 51 con l'uso del termine *“cittadini”* intendeva escludere chiaramente la partecipazione ai pubblici concorsi di soggetti che non fossero *“cittadini italiani”*².

2 Sul punto occorre considerare che dai lavori dell'Assemblea Costituente del 22.9.1946, inerenti la discussione del testo dell'art. 51 Cost., risulta che già dal 1946 era stata proposta, da uno dei Padri Costituenti, Michele Giua, la possibilità di concedere l'accesso agli uffici pubblici italiani *«ai cittadini di altri paesi che stabiliscano il trattamento di reciprocità»*. In particolare il Relatore si era soffermato sulla situazione dell'Università italiana osservando che: *«data la carenza dell'insegnamento universitario, dipendente dal fatto che durante il periodo fascista la quasi totalità delle cattedre universitarie è stata coperta da giovani insegnanti venuti su in clima fascista, occorre provvedere urgentemente. Già in altra epoca il De Sanctis e il Sella avevano aperto le nostre Università ad insegnanti stranieri; anche ora è necessario ricorrere a questa possibilità, se si vuol rinnovare lo spirito dell'insegnamento universitario. È evidente che per le scienze giuridiche difficilmente verranno insegnanti stranieri, ma per le altre scienze di carattere internazionale, e specialmente per quelle sperimentali, è ovvia la necessità che all'insegnamento siano ammesse anche persone che non abbiano la nazionalità italiana»*. Tuttavia il relatore Enrico Molè si opponeva osservando

Successivamente l'accesso al pubblico impiego in Italia è stato previsto e regolato dal D.P.R. 10.1.1957, n. 3³, recante il “*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*”, che prevede, tra i requisiti generali di partecipazione ai concorsi pubblici per l'accesso agli impieghi civili dello Stato, il possesso della “*cittadinanza italiana*”⁴.

Inoltre, il D.P.R. 3.5.1957, n. 686⁵, nel prevedere le norme di esecuzione del citato T.U. delle disposizioni sullo statuto degli impiegati civili dello Stato, prevede che nella domanda di ammissione ai concorsi alle qualifiche iniziali delle carriere degli impiegati civili, precisa che gli aspiranti devono dichiarare nella domanda il possesso della cittadinanza italiana, equiparando, tuttavia, ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica⁶.

Le norme sull'accesso alle carriere degli impiegati civili dello Stato sono rimaste immutate anche successivamente alla firma del Trattato di istituzione della Comunità economica europea⁷, che, all'art. 48, pur prevedendo il principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, precisava che il principio non era applicabile all'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione⁸.

«che se non si può evitare, per ragioni contingenti, che si debba ricorrere alla partecipazione di stranieri ad un alto ufficio quale è quello dell'insegnamento superiore, non si dovrebbe stabilire come norma statutaria tale partecipazione. Potrebbe avvenire che in un futuro più o meno prossimo la direzione spirituale della Nazione italiana venisse affidata ad uomini che non sono italiani e che non hanno alcun attaccamento alla storia e alle esigenze della Nazione. Ciò sarebbe molto pericoloso, specialmente dal punto di vista politico», in www.nascitacostituzione.it. Pertanto, nell'Assemblea le pur proposte aperture all'accesso agli uffici pubblici ai cittadini di altri paesi, sebbene in condizioni di reciprocità, vennero abbandonate prevalendo tra i padri costituenti un forte spirito nazionalista che portò a limitare l'accesso agli uffici pubblici ai soli cittadini italiani.

3 In G.U., Serie Generale, n. 22 del 25.1.1957 - Supplemento Ordinario n. 220.

4 Cfr. art. 2 del D.P.R. 10.1.1957 n. 3, *cit.*

5 In G.U., Serie Generale, n. 200 del 12.8.1957, Supplemento Ordinario n. 2.

6 Cfr. art. 2 del D.P.R. 3.5.1957, n. 686, *cit.* Sul punto B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini e il pubblico concorso*, Napoli, Jovene, 2012, in cui l'A. chiarisce che il diritto di accedere agli uffici pubblici riservato ai cittadini può essere esteso dalla legge agli «italiani non appartenenti alla Repubblica» - un tempo detti “italiani non regnicoli”, cioè coloro che di nazionalità italiana abitano in territori soggetti alla sovranità d'altri Stati (art. 51, co. 2°, Cost.). In tal modo sono parificati ai cittadini italiani coloro che, pur se titolari di altre cittadinanze nazionali, appartengono alla comunità italiana per condivisione di lingua, cultura, tradizioni e così via.

7 Trattato istitutivo della Comunità economica europea, firmato a Roma il 25.3.1957 e ratificato e reso esecutivo con legge 14.10.1957, n. 1203.

8 In particolare l'art. 48 del Trattato prevedeva espressamente “1. La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata al più tardi al termine del periodo transitorio. 2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione

In relazione all'attuazione del diritto previsto dall'art. 48 del Trattato, il Consiglio delle Comunità europee adottava il Regolamento n. 1612/68 del 15.10.1968 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità⁹.

Il Regolamento, in particolare, prevedeva il principio di non discriminazione precisando il diritto di ogni cittadino di uno stato membro di accedere al lavoro sul territorio di un altro Stato membro precisando che il lavoratore non doveva ricevere un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali in relazione alla sua cittadinanza¹⁰.

Il diritto alla libera circolazione dei lavoratori previsto dall'art. 48 del Trattato, come meglio specificato dal Regolamento n. 1612/68 del 15.10.1968, anche con riferimento al principio di non discriminazione, non era tuttavia applicabile all'accesso alla pubblica amministrazione nazionale degli Stati membri, stante la deroga prevista espressamente dal comma 4 del medesimo art. 48.

La Corte di giustizia, tuttavia, nel rilevare il carattere fondamentale dell'articolo 48 nel contesto del Trattato CEE, e riconoscendone l'applicabilità diretta, sottolineava la necessità di una sua applicazione anche all'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione, e precisava, in varie sentenze, che gli impieghi pubblici ricadenti nella deroga al principio del libero accesso al lavoro erano

e le altre condizioni di lavoro. 3. Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa importa il diritto: a) di rispondere a offerte di lavoro effettive, b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri, e) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali; d) di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti; di applicazione stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego. 4. Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione”.

⁹ In G.U. n. 257 del 19.10.1968.

¹⁰ Il Regolamento n. 1612/68, *cit.*, al Titolo I, recante “accesso all'impiego”, all'art. 1, prevede che: “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 disposizioni 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”. Il medesimo regolamento al successivo Titolo II avente ad oggetto “esercizio dell'impiego e parità di trattamento” all'art. 7 prevede che: “1. Il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato. 2. Egli gode degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali”.

“quelli in rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione, cioè quando questa sia investita dell'esercizio dei pubblici poteri e della responsabilità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato, ai quali vanno assimilati quelli delle pubbliche collettività, quali le amministrazioni comunali”¹¹.

La Corte di giustizia, proprio partendo dai principi individuati a partire dalla sentenza sulla causa 149/79, ha sviluppato una giurisprudenza volta ad ampliare progressivamente il diritto alla libera circolazione dei lavoratori con riferimento all'accesso al pubblico impiego.

Nello specifico la Corte di giustizia ha stabilito che non potesse essere precluso l'accesso ai cittadini europei in tutta una serie di posizioni, quali quelle di falegname, elettricista o giardiniere¹², di infermiere¹³, insegnante¹⁴, ricercatore presso il C.N.R.¹⁵, lettore di lingua straniera nelle Università¹⁶.

Successivamente, nel contesto delle azioni intese a promuovere la libera circolazione dei lavoratori, la Commissione delle Comunità Europee adottava la Comunicazione 88/C72/02 del 18.3.1988, recante la “*Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia d'applicazione dell'articolo 48, paragrafo 4 del trattato CEE*”¹⁷. La Commissione, nell'intento di eliminare le restrizioni fondate sulla cittadinanza¹⁸, che in ogni Stato membro vietavano ai lavoratori degli altri Stati membri l'accesso agli impieghi di alcuni settori

11 Commission of the European Communities c. Kingdom of Belgium, C-149/79, 17.12.1980, ECLI:EU:C:1980:297, par. 10.

12 Corte di giustizia, *Commissione c. Belgio*, C-149/79, 26 maggio 1982, ECLI:EU:C:1982:195

13 Corte di giustizia, *Commissione c. Francia*, C-307/84, 3 giugno 1986, ECLI:EU:C:1986:222.

14 Corte di giustizia, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, C-66/85, 3 luglio 1986, ECLI:EU:C:1986:284.

15 Corte di giustizia, *Commissione c. Italia*, C-225/85, 16 giugno 1987, ECLI:EU:C:1987:284.

16 Corte di giustizia, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*, C-33/88, 30 maggio 1989, ECLI:EU:C:1989:222.

17 In GUCE, n. C/72/2 del 18.3.1988.

18 E' interessante notare un evidente parallelismo storico giuridico laddove, l'esigenza di eliminare la cittadinanza tra le condizioni di accesso ad alcuni impieghi pubblici, era stata avvertita dalla Commissione delle Comunità Europee al fine di stimolare la cooperazione fra gli Stati membri per la mobilità dei ricercatori europei (programma Science) e la promozione della mobilità degli studenti all'interno della Comunità (programma Erasmus) come la proposta in sede di Assemblea Costituente di concedere l'accesso agli uffici pubblici italiani «ai cittadini di altri paesi» era stata avvertita al fine di riformare l'insegnamento universitario nel dopoguerra.

pubblici ben determinati, operava una precisa indicazione sia delle attività della funzione pubblica nazionale, formanti oggetto di deroga, sia delle attività non rientranti nella deroga¹⁹.

Secondo la Commissione, in particolare, la deroga di cui all'articolo 48, paragrafo 4, andava circoscritta all'accesso a funzioni specifiche dello Stato quali le forze armate, la polizia e le altre forze dell'ordine pubblico, la magistratura, l'amministrazione fiscale e la diplomazia, nonché gli impieghi dipendenti dai ministeri statali, dai governi regionali, dalle collettività territoriali e da altri enti assimilati.

La Comunicazione, oltre ad operare una identificazione precisa delle funzioni, il cui accesso era ricompreso nella deroga di cui al comma 4 dell'art. 48 del Trattato, conteneva una clausola aperta che prevedeva l'estensione della deroga a tutto il personale esercitante le attività coordinate intorno ad un potere pubblico giuridico dello Stato o di un'altra persona morale di diritto pubblico, ovvero attività comportanti l'elaborazione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione e la tutela degli organi dipendenti.

Successivamente con la costituzione dell'Unione europea²⁰, l'art. 48 del Trattato istitutivo veniva ripreso testualmente dall'art. 45 TUE, in cui si chiariva che il principio di natura generale stabilito dalla norma doveva essere integrato, alla luce dei principi espressi dalla Corte di giustizia, attraverso norme di diritto

19 In particolare la Commissione delle Comunità Europee, con la Comunicazione 88/C72/02 del 18.3.1988, precisava che: *“In base allo stato attuale della giurisprudenza della Corte e tenuto conto delle attuali condizioni della costruzione del mercato unico, la Commissione ritiene che la deroga di cui all'articolo 48, paragrafo 4 riguardi le funzioni specifiche dello Stato e delle collettività ad esso assimilabili, quali le forze armate, la polizia e le altre forze dell'ordine pubblico, la magistratura, l'amministrazione fiscale e la diplomazia. Inoltre, si considerano compresi in tale eccezione gli impieghi dipendenti dai ministeri statali, dai governi regionali, dalle collettività territoriali e da altri enti assimilati e infine dalle banche centrali, quando si tratti del personale (funzionari e altri) che eserciti le attività coordinate intorno ad un potere pubblico giuridico dello Stato o di un'altra persona morale di diritto pubblico, come l'elaborazione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione e la tutela degli organi dipendenti. Di conseguenza, tali impieghi non formano oggetto dell'azione che la Commissione intende condurre”*. Con la medesima comunicazione la Commissione individuava le attività non rientranti nella deroga tra cui *“gli enti incaricati di gestire un servizio commerciale (per esempio: trasporti pubblici, distribuzione dell'elettricità o del gas, compagnie di navigazione aerea o marittima, poste e telecomunicazioni, enti di radiotelediffusione); i servizi operativi nel settore della pubblica sanità; l'istruzione nelle scuole pubbliche; la ricerca a fini civili condotta presso istituti pubblici. Infatti, per ciascuna di tali attività si constata che essa esiste pure nel settore privato, al quale l'articolo 48, paragrafo 4 non si applica, oppure che può essere esercitata nel settore pubblico senza che intervengano condizioni di cittadinanza”*.

20 Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 17.2.1992, ratificato e reso esecutivo con legge 3.11.1992, n. 454.

derivato volte a dare attuazione al principio di la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione anche con riferimento all'accesso all'impiego pubblico di tutti gli Stati membri dell'Unione nell'ottica della attualizzazione della cittadinanza europea²¹.

Il D.Lgs. 3.2.1993 n. 29²², all'art. 37, prevedeva, per i cittadini degli Stati membri della Comunità Europea, il diritto di accesso al pubblico impiego presso posti delle amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale.

Inoltre, con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 7.2.1994 n. 174²³, venivano successivamente individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana.

In particolare, con il citato D.P.C.M., è stato previsto che i posti delle amministrazioni pubbliche per l'accesso ai quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana sono i seguenti: a) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, individuati ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. 3.2.1993, n. 29, nonché i posti dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni; b) i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni nonché delle regioni e della Banca d'Italia; c) i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché i posti degli avvocati e procuratori dello Stato; d) i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli Affari Esteri, del Ministero dell'Interno, del Ministero di Grazia e Giustizia, del Ministero della Difesa e del Ministero delle Finanze,

21Il Trattato sull'Unione europea all'art. 17 stabilisce l'istituzione della cittadinanza europea, e come successivamente integrato prevede, altresì, che *“La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento e non sostituisce la cittadinanza nazionale”*. In argomento, si vedano, tra gli altri, F. SUCAMELI, *L'Europa e il suo dilemma*, Milano, Giuffrè, 2007, 101; F. ASTONE – F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAIITA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, 2009; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 425 ss.

22D.Lgs. 3.2.1993, n. 29, *“Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421”*, in G.U., Serie Generale, n. 30 del 6.2.1993 - Supplemento Ordinario.

23 Cfr. D.P.C.M. 7.2.1994 n.174, *Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche*, in G.U., Serie Generale, n. 61 del 15.3.1994.

eccezzuati i posti a cui si accede in applicazione dell'art. 16 della legge 28.2.1987, n. 56.

Ancora il D.P.R. 9.5.1994 n. 487²⁴, avente ad oggetto il Regolamento sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, successivamente modificato dal D.P.R. 30.10.1996, n. 693²⁵, ha previsto espressamente tra i requisiti di accesso agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni, la cittadinanza italiana precisando, tuttavia che *“Tale requisito non è richiesto per i soggetti appartenenti alla Unione europea, fatte salve le eccezioni di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174”*.

Successivamente con l'introduzione del D.Lgs. 30.3.2001 n. 165²⁶, la previsione dell'art. 37 del D.Lgs. 3.2.1993 n. 29, veniva trasfusa nell'art. 38, che confermava, pertanto, il diritto dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ad accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche italiane non implicanti l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non afferenti alla tutela dell'interesse nazionale.

Il diritto alla libera circolazione è stato, altresì, rafforzato e meglio specificato nelle successive direttive europee ovvero nella direttiva 2003/109²⁷ del 25.11.2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, nella direttiva 2004/38²⁸, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, nonché nella direttiva 2004/83/CE²⁹, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

In particolare, la direttiva 2004/38/CE prevede, espressamente, all'art. 23, che *“I familiari del cittadino dell'Unione, qualunque sia la loro cittadinanza, titolari*

²⁴ In G.U., Serie Generale, n. 185 del 9.8.1994, Supplemento Ordinario.

²⁵ In G.U., Serie Generale, n. 28 del 4.2.1997.

²⁶ Cfr. D.Lgs. 30.3.2001, n.165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in G.U., Serie Generale, n. 106 del 9.5.2001, Supplemento Ordinario n. 112.

²⁷ In GUUE, L. 16/44 del 23.1.2004.

²⁸ La direttiva 2004/38/CE concerne il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GUUE, L. 229/35 del 29.6.2004.

²⁹ In GUUE, L. 304/12 del 30.9.2004.

del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente in uno Stato membro hanno diritto di esercitare un'attività economica come lavoratori subordinati o autonomi”.

L'art. 24 della direttiva stessa sancisce, altresì, il principio di parità di trattamento a favore dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente.

Tali principi di diritto comunitario di parità di trattamento nell'accesso all'esercizio di attività lavorativa a favore dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari sono stati pienamente recepiti nel D.Lgs. n. 6.2.2007, n. 30³⁰, recante la *“Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”*, che all'art. 19 afferma: *“1. I cittadini dell'Unione e i loro familiari hanno diritto di esercitare qualsiasi attività economica autonoma o subordinata, escluse le attività che la legge, conformemente ai Trattati dell'Unione europea ed alla normativa comunitaria in vigore, riserva ai cittadini italiani”.*

Il medesimo art. 19 prevede che ogni cittadino dell'Unione che risiede nel territorio nazionale, fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal Trattato CE e dal diritto derivato, gode di pari trattamento rispetto ai cittadini nazionali nel campo di applicazione del trattato, statuendo espressamente che: *“Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente”.*

Inoltre il successivo art. 23 prevede l'estensione delle norme, stabilite dal decreto attuativo della direttiva europea in materia di libera circolazione dei cittadini comunitari e loro familiari, anche ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana: *“Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana”.*

Dal significato letterale della norma ne deriva un'interpretazione della equiparazione della condizione dei familiari dei cittadini italiani a quella dei familiari di cittadini comunitari estensibile a tutte le disposizioni contenute nel decreto e non solo a quelle in materia di soggiorno³¹.

30 In G.U., n. 72 del 27.3.2007.

Pertanto, anche i familiari dei cittadini italiani godono del principio di parità di trattamento nell'accesso alle attività lavorative, salvo quelle attività escluse ai cittadini dell'Unione europea conformemente alla normativa comunitaria; ne consegue l'estensione anche ai familiari extracomunitari di cittadini italiani del diritto di accesso al pubblico impiego fatte salve le limitazioni di cui all'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 e al D.P.C.M. n. 174/1994.

In sostanza, la *ratio* dell'art. 23 del D.Lgs. n. 30/2007 sembra essere quella di evitare che il familiare del cittadino comunitario goda di un trattamento più favorevole rispetto al familiare del cittadino italiano, con evidente pregiudizio anche per quest'ultimo.

Orbene il diritto di accesso al pubblico impiego per i cittadini comunitari, sia pure con le stabilite limitazione, riconosciuto a seguito della progressiva europeizzazione del diritto nazionale, è stato poi esteso, a seguito dei profondi mutamenti sociali e culturali caratterizzanti gli ultimi anni, ai familiari extracomunitari dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea³².

L'estensione del diritto all'accesso al pubblico impiego ai familiari di cittadini UE non aventi la cittadinanza di uno Stato membro è avvenuta giudizialmente con i casi EU Pilot 1769/11/JUST e 2368/11/HOME.

Pertanto lo Stato italiano provvedeva ad adempiere agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea ed in relazione ai su menzionati casi, modificava, con la legge 6.8.2013 n. 97³³, la disciplina in materia di accesso ai posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, apportando un

31 Sul punto S. VENTURA, A. SURACE, *Il principio di non discriminazione in base al fattore della nazionalità nell'accesso al pubblico impiego: la vicenda giudiziaria del concorso pubblico per l'assunzione di 800 assistenti giudiziari nei ruoli dell'amministrazione della giustizia*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018/I.

32 C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018; B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini e il pubblico concorso*, Napoli, Jovene, 2012; F. PARUZZO, «Non c'è lavoro per tutti». *Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego*, in *Diritti uguali per tutti?*, 211 ss.; M. GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, 2, 7 ss. Cfr., altresì, M. CENTINI, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego: un problema costituzionale*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, 198 ss.; E. SIGNORINI, *L'accesso al pubblico impiego dei cittadini extracomunitari*, in *Lav. giur.*, 2007, 656 ss.; A. MONTANARI, *La parità di trattamento tra lavoratori italiani ed extracomunitari nell'accesso al pubblico impiego*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, 208 ss.

33Cfr. Legge 6.8.2013, n. 97, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013*, in G.U., Serie Generale, n. 194 del 20.8.2013.

adeguamento interpretativo all'articolo 38, comma 1, del D.Lgs. 30.3.2001, n. 165.

Nello specifico l'art. 38 "adeguato" prevede espressamente che: *"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"*³⁴.

Orbene, sulla base del primato del diritto UE su quello interno, e dell'immediata applicabilità delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, nonché dei principi generali dell'interpretazione e della successione delle leggi nel tempo di cui all'art. 15 delle disposizioni preliminari al c.c., è evidente che le disposizioni di cui all'art. 19 del D.Lgs. 6.2.2007, n. 30, integrano e modificano, a tutti gli effetti, quanto previsto dalle norme sul pubblico impiego e dall'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001 e dall'art. 2 del D.P.R. n. 174/94, già prima della effettiva modifica dell'art. 38 D.Lgs. n. 165/2001 ad opera della citata legge 6.8.2013 n. 97, con la conseguenza che gli atti posti in essere in violazione del D.Lgs. n. 30/2007, anche nell'arco temporale antecedente alla modifica dell'art. 38 citato, devono essere disapplicati per contrasto con tutto l'impianto normativo che, ex

34 In particolare nei lavori preparatori alla legge si legge che: *"La lettera a) novella l'articolo 38 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (vedi oltre il testo a fronte tra l'articolo vigente e le novelle proposte). In quell'articolo si prevede che i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possano 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. Non sono considerati dalla disposizione richiamata i familiari del cittadino dell'Unione i quali siano cittadini di uno Stato terzo. Di contro – rileva la Commissione europea - la direttiva 2004/38/CE (art. 24) prevede che la parità di trattamento, della quale gode ogni cittadino dell'Unione in ogni Stato membro, si estenda ai familiari privi di cittadinanza di uno Stato membro, i quali siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente (quest'ultimo si ha per il cittadino dell'Unione - e i suoi familiari - che abbiano soggiornato legalmente e in via continuativa nello Stato membro ospitante per cinque anni, o per un periodo minore in alcune fattispecie previste per i lavoratori subordinati o autonomi dall'articolo 17 della citata direttiva). La parità di trattamento per i familiari è dunque da estendere - rileva la Commissione - all'accesso a posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche. Si segnala che un orientamento della giurisprudenza di merito ha riconosciuto il diritto degli stranieri all'accesso ai concorsi pubblici. Da ultimo il Tribunale di Roma, con l'ordinanza del 20 dicembre 2012, in particolare ha affermato che i familiari del cittadino dell'U.E. e i soggiornanti di lungo periodo godono degli stessi diritti dei cittadini italiani riguardo all'accesso al pubblico impiego"*.

converso, non impedisce ai cittadini extracomunitari l'accesso ai rapporti di pubblico impiego negli Stati membri.

Dall'esame delle normative specifiche riferite alle categorie "*particolari*" di cittadini extracomunitari, e dal conseguente susseguirsi di normative nazionali e comunitarie nel tempo, si può, dunque, concludere che un generale principio di divieto di accesso degli extracomunitari al pubblico impiego non era più rintracciabile a far data dall'entrata in vigore dell'art. 19 del D. Lgs. 6.2.2007, n. 30.

Ne consegue che ai familiari di cittadini degli Stati membri dell'Unione europea regolarmente residenti in Italia, qualunque sia la loro cittadinanza, già a partire dall'introduzione delle norme previste dal D.Lgs. n. 30/2007, doveva essere certamente consentito l'accesso agli impieghi pubblici alle stesse condizioni e con gli stessi limiti previsti per i cittadini dell'Unione³⁵.

3. Il caso *Balayan* tra arresti giurisprudenziali e tardiva applicazione del diritto dell'Unione europea.

Ripercorsa l'evoluzione normativa dell'accesso al pubblico impiego italiano fino all'attuale quadro normativo di riferimento occorre ora valutare se e come le norme nazionali ed europee abbiano trovato applicazione nell'ordinamento giuridico nazionale sia in sede procedimentale, ovvero all'interno di una procedura selettiva per l'accesso al pubblico impiego, che in sede processuale, nel giudizio di primo e secondo grado volto all'impugnativa dell'esclusione della procedura, nell'emblematico caso *Balayan*.

La sig.ra Alina Balayan cittadina russa residente nel Comune di Avellino, con l'istanza, presentata in data 18.6.2008, chiedeva al Ministero dell'Istruzione il riconoscimento della qualifica professionale acquisita nella Federazione Russa ai fini della abilitazione in Italia della Professione di insegnante di pianoforte.

³⁵ Sul punto occorre altresì evidenziare che, la Circolare della Funzione Pubblica n. 5 del 21.11.2013, nel pronunciarsi in merito alla portata delle modifiche dell'art. 38 del D.L.gs. 165/2001 ed in merito alla possibilità di considerare le norme della legge n. 97/2013, interpretativa ad efficacia retroattiva nei confronti dei beneficiari, ha precisato che: "*la legge n. 97/2013, al fine del corretto recepimento della Direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di Paesi Terzi non è costitutiva di un nuovo diritto, ma si limita a recepire la normativa già applicabile alle categorie di beneficiari ivi contemplate, la stessa legge del resto, precisa la circolare, si è resa necessaria al fine del corretto recepimento della Direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di Paesi Terzi*".

Il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, con apposito decreto, considerato che l'interessata aveva conseguito il diploma di pianoforte e di didattica della Musica in Italia presso il Conservatorio "*Domenico Cimarosa*" di Avellino ed accertato che sussistevano i presupposti per il riconoscimento, atteso che il titolo posseduto dall'interessata comprovava una formazione professionale adeguata per natura composizione e durata, dichiarava che il diploma di laurea, di cui era in possesso l'istante, conseguito il 28.6.1994 presso l'Istituto Pedagogico di San Pietroburgo (Federazione Russa), era titolo di abilitazione all'esercizio della professione di docente di strumento musicale – pianoforte – nella scuola media.

La sig.ra Balayan, inoltre, in data 24.11.2007, contraeva matrimonio con un cittadino italiano e pertanto proponeva domanda, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 della Legge 5.2.1992 n. 91, per l'acquisto della cittadinanza italiana.

Nelle more del riconoscimento della cittadinanza italiana, la sig.ra Balayan, in virtù dei titoli posseduti, proponeva domanda di iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento per le classi di concorso per l'insegnamento dell'educazione musicale nella scuola secondaria di primo grado, negli Istituti di Istruzione secondaria di secondo grado, nonché per l'insegnamento del pianoforte nella scuola secondaria di primo grado nelle province di Avellino, Benevento, Napoli e Salerno.

Nello specifico, la sig.ra Balayan dichiarava di essere cittadina russa in attesa di acquisto della cittadinanza italiana per matrimonio e di soggiornare regolarmente ed ininterrottamente in Italia dal 19.11.1995 nonché di essere madre di cittadino italiano.

Del tutto inopinatamente l'Ufficio Scolastico Provinciale di Napoli escludeva la sig.ra Balayan dalle graduatorie ad esaurimento definitive provinciali di strumento musicale per l'insegnamento del pianoforte per la riscontrata mancanza del requisito di cui all'art. 10, del D.M. 42 dell'8.4.2009, ovvero del requisito della cittadinanza italiana.

Con il ricorso la sig.ra Balayan adiva il T.A.R. Campania Napoli chiedendo, l'annullamento, previa sospensiva, dell'esclusione dalle dette graduatorie.

Le amministrazioni scolastiche evocate in giudizio, si costituivano per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, che chiedeva di dichiarare l'inammissibilità ed infondatezza delle pretese attoree, attesa la mancanza del requisito della cittadinanza italiana in capo alla ricorrente ai fini della inclusione nelle graduatorie.

Successivamente il Ministero dell'Interno con Decreto Ministeriale conferiva alla sig.ra Balayan la cittadinanza italiana, e pertanto, la stessa, dopo aver giurato di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato, come previsto dall'art. 10 della legge. 5.2.1991 n. 92, diventava a tutti gli effetti cittadina italiana.

Il T.A.R. Campania – Napoli con l'ordinanza cautelare n. 99 del 13.1.2010 rilevato che alla ricorrente era stata conferita, nelle more del giudizio, la cittadinanza italiana sospendeva gli effetti esecutivi del decreto di esclusione delle graduatorie.

La citata ordinanza veniva ritualmente notificata alle amministrazioni scolastiche convenute sia in sede centrale che periferica, che, tuttavia, confermavano l'esclusione della candidata dalle graduatorie ad esaurimento per la mancanza del requisito della cittadinanza italiana.

La detta esclusione veniva impugnata innanzi al T.A.R. Campania con un ulteriore ricorso per motivi aggiunti ritualmente notificato all'autorità emanante nonché ai controinteressati già individuati in ricorso, ma il Collegio campano, con ordinanza n. 738 dell'1.4.2010, rigettava l'istanza cautelare.

Il medesimo T.A.R. Campania Napoli, obliterando completamente l'evoluzione normativa in materia di accesso al pubblico impiego italiano, ed in particolare le norme cui al D.Lgs. 6.2.2007, n. 30, con la sentenza n. 2285 del 24.4.2011, respingeva il ricorso.

Nello specifico il T.A.R. poneva a fondamento del rigetto del ricorso la seguente motivazione: *“Nel caso in esame, dunque, in cui la cittadinanza italiana è stata conferita alla ricorrente solo in data 6 ottobre 2009, risulta confermata la affermazione contenuta nel primo capo della motivazione dell'atto impugnato, per cui, alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento dell'anno scolastico 2009-2010 (11 maggio 2009), la professoressa Balayan non era in possesso del requisito della cittadinanza italiana, richiesta dall'art. 10 del DM di indizione della procedura n. 42/2009, e dunque neppure dei diritti civili e politici richiesti dalla medesima lex specialis della procedura”*.

Con ricorso in appello ritualmente notificato e successivamente iscritto con R.G.N. 6623 del 2011, la sig.ra Balayan impugnava la sentenza innanzi al Consiglio di Stato chiedendone l'annullamento e/o riforma, ma Consiglio di Stato Sez. 6^a con la sentenza n. 1640 del 30.3.2015, sul falso presupposto che il ricorso per motivi aggiunti non fosse stato ritualmente notificato ai

controinteressati, rimetteva il giudizio al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 105, comma 1, del D.Lgs. 2.7.2010, n. 104.

Con il ricorso per revocazione l'appellante impugnava la sentenza del Consiglio di Stato³⁶ in relazione alla causa di revocazione di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c. così come richiamato dall'art. 106, 1° comma, c.p.a, depositando copia del ricorso per motivi aggiunti ritualmente notificato con allegati avvisi di ricevimento della notifica dell'atto a mezzo posta.

Il Consiglio di Stato³⁷, con la sentenza n. 3183 del 17.7.2016, confermava “... *la pronuncia di rimessione al giudice di primo grado ai sensi dell'articolo 105 del c.p.a. (che in concreto è stata assunta), configurandosi comunque la mancata integrità del contraddittorio*”.

Il T.A.R. Campania Napoli, cui il giudizio era stato rimesso in ottemperanza alla sentenza di revocazione, dopo aver disposto, con l'ordinanza collegiale n. 616 del 30.1.2017, l'integrazione del contraddittorio ed aver rilevato l'ottemperanza agli incumbenti istruttori da parte della difesa della ricorrente, con la sentenza n. 5474 del 20.11.2017, respingeva ancora una volta il ricorso con motivazione identica a quella di cui alla precedente sentenza n. 2285 del 24.4.2011.

Con ricorso in appello ritualmente notificato e successivamente iscritto con R.G.N. 3729 del 2018, la sig.ra Balayan impugnava la sentenza chiedendone l'annullamento e/o riforma, ed il Consiglio di Stato³⁸, con l'ordinanza n. 2629 dell'11.6.2018, accoglieva la proposta istanza cautelare sospendendo gli effetti esecutivi della sentenza di primo grado³⁹.

Il medesimo Collegio con la sentenza n. 3729 del 25.11.2019 accoglieva il ricorso precisando che: “*E' fondato e va accolto il secondo motivo, che valorizza la particolare condizione della ricorrente appellante quale cittadina*

36 Cons. Stato, sez. 6^a, sent. n. 1640 del 30.3.2015.

37 Cons. Stato, sez. 6^a, sent. n. 3183 del 17.7.2016.

38 Cons. Stato, sez. 6^a, ord. n. 2629 dell'11.6.2018.

39 In particolare, il Collegio della Sez. 6^a del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 2629 dell'11.6.2018, accoglieva la richiesta cautelare sul presupposto per cui “*nelle more del processo, la ricorrente potrebbe subire un danno non riparabile, data la sua esclusione, allo stato, dalle prossime procedure di immissione in ruolo, che sarebbero di prossima attivazione per le classi di concorso di suo interesse, così come allegato dal difensore alla camera di consiglio di oggi e non contestato dalla difesa dell'amministrazione; - in base ad un bilanciamento degli interessi caratteristico della fase cautelare, pertanto, l'interesse della ricorrente appellante può essere tutelato disponendo la sua ammissione alle graduatorie ad esaurimento per le classi di concorso A031, A032 e AJ77 con riserva dell'esito del giudizio, precisando che al contratto di lavoro eventualmente stipulato di conseguenza dovrà essere apposta la condizione risolutiva dello stesso in caso di reiezione del ricorso*”.

straniera da un lato regolarmente soggiornante, dall'altro coniuge di un cittadino italiano".

Nello specifico la sentenza dopo aver riportato l'art. 38 del D.Lgs. 30.3.2001 n. 165 nella sua prima formulazione nonché l'art. 19 del D.Lgs. 6.2.2007 n. 30, attuativo della direttiva 2004/38/CE sul diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, precisa che *"La norma è formalmente in vigore dal 5 agosto 2011, ma deve considerarsi applicabile, nel suo contenuto di principio, anche da data anteriore, per due ragioni. In primo luogo, essa è attuazione di una norma auto esecutiva contenuta nella direttiva citata, ovvero dell'art. 23 di essa, per cui "I familiari del cittadino dell'Unione, qualunque sia la loro cittadinanza, titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente in uno Stato membro hanno diritto di esercitare un'attività economica come lavoratori subordinati o autonomi". La norma si deve ritenere appunto auto esecutiva in base ai criteri individuati dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza 17 dicembre 1970 C-33/70 Sace⁴⁰, come norma la quale prevede obblighi di contenuto sufficientemente chiaro e preciso, tali da non lasciare margini allo Stato membro, fermo il suo obbligo di adottare comunque le idonee misure esecutive. In secondo luogo, si tratta di norma comunque non innovativa, perché desumibile direttamente dai principi del Trattato, come ritenuto dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza IV sezione 7 maggio 1986 C-131/85 Emir Guel⁴¹.*

Infine la sentenza precisa che: *"Quanto esposto al paragrafo precedente conduce quindi ad affermare che all'epoca dei fatti di causa, se la ricorrente appellante fosse stata coniuge di un cittadino dell'Unione, non italiano, e regolarmente soggiornante, come era, sul territorio nazionale, avrebbe senz'altro avuto titolo ad iscriversi nelle graduatorie di cui si controverte e ad accedere all'impiego nella scuola statale, in base all'art. 19 ricordato e al testo originario dell'art. 38 comma 1 del d. lgs. 165/2001. Tanto premesso, è allora chiaro che identica conclusione deve valere anche nel caso concreto, in cui la ricorrente appellante era coniuge di un cittadino italiano: poiché, evidentemente, l'Italia è uno Stato dell'Unione europea al pari degli altri, interpretare la normativa nel senso di proibire al coniuge di un cittadino italiano un'attività lecita al coniuge del cittadino di altro Paese dell'Unione*

40 Corte giust., sent. 17 dicembre 1970 C-33/70, *Sace*, EU:C:1970:118.

41 Corte giust., sent. 7 maggio 1986 C-131/85, *Emir Guel*, in www.curia.eu.int.

comporterebbe una cd. discriminazione a rovescio⁴². E' allora principio costante, che come tale non necessita di particolari citazioni, che fra due possibili interpretazioni va preferita quella che conduce ad un risultato conforme al diritto europeo”.

Va altresì rilevato che il medesimo Collegio respingeva, tuttavia, la domanda di risarcimento del danno posta in essere dall'appellante rispetto alla ritardata immissione in ruolo causata dalla illegittima esclusione dalle graduatorie per l'asserita carenza del requisito della cittadinanza italiana.

4. Considerazioni conclusive

Orbene in primo luogo occorre osservare che dalla lettura della sentenza del T.A.R., anche a seguito della rinnovazione del giudizio di primo grado in esecuzione della sentenza di revocazione, il Collegio ha valutato la legittimità del decreto di esclusione dalle graduatorie solo alla luce della legislazione italiana, tralasciando qualsiasi richiamo al diritto dell'Unione europea.

Il Collegio, seguendo tale approccio, è giunto alla conclusione che la normativa nazionale vigente pone un chiaro ed insormontabile sbarramento alla partecipazione di soggetti non provvisti del requisito della cittadinanza italiana a procedure concorsuali nella pubblica amministrazione.

Le argomentazioni sviluppate dal Collegio del T.A.R. Campania, sia nella prima sentenza n. 2285 del 24.4.2011, che nella successiva sentenza n. 5474 del 20.11.2017, non richiamando le norme di diritto dell'Unione in materia di libera circolazione dei lavoratori, si fondano esclusivamente sull'applicazione restrittiva dell'art. 51 Cost. e dell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001, neppure interpretato alla luce dei principi di cui all'art. 19 D.Lgs. 6.2.2007, n. 30, sul diritto al lavoro dei lavoratori familiari dei cittadini dell'Unione.

I giudici di primo grado, inopinatamente non hanno constatato che la fattispecie

⁴² In argomento, cfr. F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007. La Corte di giustizia offre molteplici interpretazioni in merito alle cd. discriminazioni a rovescio. In particolare, con tale espressione si suole indicare lo svantaggio volto a colpire i soggetti che si trovano in una “situazione puramente interna” a causa della mancata applicazione agli stessi delle norme comunitarie che garantiscono le libertà di circolazione; in un'altra prospettiva, - come, altresì, rileva l'A. - tale svantaggio è determinato dall'inopponibilità agli operatori comunitari delle disposizioni nazionali che tali libertà illegittimamente restringono.

rientrava integralmente nella regolamentazione di cui all'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 30.3.2001, n. 165, così come adeguato dalla legge 6.8.2013 n. 97 in relazione ai casi EU Pilot 1769/11/JUST e 2368/11/HOME.

A ben vedere i giudici di primo grado, anche nel rinnovato giudizio, hanno del tutto omesso la valutazione della premessa di fatto, in cui la ricorrente precisava di essere “*madre di una cittadina italiana*”, e, limitandosi a constatare la mancanza della cittadinanza italiana in capo alla ricorrente, hanno ritenuto che non erano utilmente evocabili i principi eurounitari in tema di reciproco riconoscimento, per altro neppure evocati nell'impianto difensivo del ricorso.

A tal riguardo, come già osservato, i giudici del T.A.R. non hanno valutato che, in conformità alle evoluzioni della disciplina UE sulla libera circolazione dei lavoratori, ed alla attuazione delle direttive europee in Italia già a partire dal D.Lgs. 6.2.2007, n. 30 la fattispecie, sottoposta al loro vaglio, aveva proprio ad oggetto la richiesta di accesso al pubblico impiego, tramite partecipazione ad una procedura selettiva, di una candidata che ancorché non in possesso della cittadinanza italiana o di uno Stato membro dell'Unione europea, era tuttavia familiare, madre e moglie, di due cittadini italiani.

Dalla disamina della sentenza di primo grado è evidente che il Collegio del T.A.R., non ha rilevato la ripetuta violazione, da parte dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Campania in sede di procedimento amministrativo, delle norme nazionali, applicative del diritto UE, regolanti la fattispecie dell'accesso al pubblico impiego anche in caso di mancanza della cittadinanza italiana.

Del resto anche l'Avvocatura Distrettuale dello Stato nel giudizio di primo grado si è limitata a difendere gli errori e le violazioni dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Campania non apportato alcun significativo contributo alla individuazione della normativa applicabile alla concreta fattispecie in esame.

Inoltre, il Collegio del T.A.R. ha mostrato un'evidente chiusura non solo rispetto all'applicazione della disciplina europea ma anche rispetto all'applicazione della legislazione italiana che si è conformata alle norme di diritto dell'Unione europea confermando il *non-european approach* già espresso da altri Tribunali Amministrativi Regionali italiani in analoghe fattispecie⁴³.

Basti pensare ai contenziosi amministrativi in materia di accesso a posizioni lavorative di livello dirigenziale quali quello di nomina del Presidente

43 Cfr., in argomento, A. ARENA, *La «riserva di nazionalità» nell'accesso agli incarichi pubblici di rango dirigenziale alla luce della sentenza 9/2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in Osservatorio Europeo, n. 2/2018.

dell’Autorità Portuale di Brindisi⁴⁴ ovvero quelli di nomina dei Direttori Museali⁴⁵

E’ doveroso osservare come il diritto dell’Unione europea pur recepito dalla legislazione nazionale, in tale caso, è stato di fatto ignorato e totalmente obliterato, non solo dell’amministrazione scolastica⁴⁶ nella procedura selettiva, con una violazione e mancata applicazione dello stesso, ma anche dalla stessa Avvocatura Distrettuale dello Stato e dalla giustizia amministrativa con la sentenza di primo grado.

Solo in sede di appello, dopo un complesso *iter* processuale durato 10 anni, la sig.ra *Balayan* ha visto riconosciuto, con la sentenza del Consiglio di Stato, il suo diritto all’accesso al pubblico impiego nell’ordinamento giuridico italiano.

In sede di appello, infatti, il Consiglio di Stato ha rilevato che la fattispecie andava inquadrata diversamente da quanto rilevato dai giudici di primo grado, ed individuando le norme nazionali ed i principi UE applicabili in materia di accesso al pubblico impiego di familiari extracomunitari di cittadini dell’Unione, non solo vi si è conformato, ma ne ha anche approfondito le argomentazioni in motivazione, ribaltando così la sentenza di primo grado.

Il Collegio, pur riformando la sentenza di primo grado con una motivazione lineare, comportante un approccio *europa-oriented* alla materia, ha poi respinto la domanda risarcitoria non ritenendo sussistente, nella fattispecie, i presupposti necessari per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno ai sensi dell’art. 2043 c.c.

44

45 Cfr., sul punto, F. BATTAGLIA, *I differenti orientamenti giurisprudenziali in materia di accesso al pubblico impiego, fra atteggiamenti di chiusura e approcci più attenti al diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi*, 17 ottobre 2017; A. LIGUORI, *Il requisito della cittadinanza italiana nell’esercizio della funzione pubblica: il caso delle direzioni museali*, in www.giustamm.it, n. 10/2017; M. GNES, *L’apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, in *Giorn. dir. amm.*, 493 ss.; M.P. MONACO, *L’annullamento della nomina dei direttori dei musei: la vicenda processuale*, in *Giorn. dir. amm.*, 500 ss.; F.G. ALBISINNI, *I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche*, in *Giorn. dir. amm.*, 508 ss.; C. PREVETE, *L’apertura della dirigenza pubblica agli “stranieri” per la gestione dei musei*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018; I. IMPASTATO, *Dalla “musealità” nazionale a quella internazionale e ritorno*, in *Federalismi*, 4 luglio 2018.

46 Cfr., sul punto, D. PALAZZO, *L’accesso al pubblico impiego nell’ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 753 ss., secondo cui la costituzione dell’Ue avrebbe dovuto condurre alla formazione di una “Pubblica Amministrazione europea”, comprensiva tanto degli apparati amministrativi facenti capo all’Unione, quanto di quelli propri degli Stati membri. Un’amministrazione “Europea”, quindi, non per il fatto di incardinarsi in un ordinamento sovranazionale, ma perché composta da cittadini europei, indipendentemente dallo Stato membro di provenienza di questi ultimi.

In particolare il Collegio riteneva di escludere il requisito della colpa per la “*incertezza sul regime giuridico della fattispecie, causato dal carattere oscuro o concretamente interpretabile con difficoltà della normativa applicabile*” e la necessità di riferirsi a “*normativa e giurisprudenza europee e di coordinarle con le norme nazionali*”.

E’ tuttavia sorprendente considerare come il Collegio, per escludere la responsabilità dell’Amministrazione scolastica ai fini del risarcimento del danno, rilevi il “*carattere oscuro*” e “*difficilmente interpretabile*” della normativa applicabile alla fattispecie, allorché, a ben vedere, sia le direttive europee che la normativa nazionale risultavano lineari e di facile lettura, non richiedendo interpretazioni ermeneutiche complesse. Era chiaramente rilevabile dalla domanda di partecipazione alla procedura selettiva che la candidata era una lavoratrice, con lo *status* di familiare di cittadini europei, richiedente l’applicazione, come precisato nella domanda, della direttiva europea inerente la sua particolare condizione.

Di contro il Collegio non solo avrebbe dovuto stigmatizzare il *non-european approach* del TAR ma avrebbe dovuto anche rilevare il grado di impreparazione dell’Amministrazione scolastica proprio nell’ottica di sollecitare l’adozione di un diverso approccio da parte della magistratura amministrativa e della stessa amministrazione pubblica alla conoscenza del diritto dell’Unione.

In proposito, occorre rilevare che in dottrina, già da tempo, è stata sollecitata la assoluta ed urgente necessità di perfezionare la conoscenza del diritto dell’Unione europea nella pubblica amministrazione come nella magistratura amministrativa. E tale sollecitazione è stata effettuata proprio alla luce della stretta interdipendenza esistente fra l’ordinamento europeo e quello nazionale sottolineando come sia di primaria importanza che la conoscenza del diritto dell’UE assuma un ruolo prioritario.

Maria Teresa Stile

Professore Associato in Istituzioni di Diritto pubblico,
insegna Diritto pubblico, Istituzioni di diritto pubblico dell’ambiente
e dei beni culturali, e Diritto dell’Unione europea
Università Telematica *Pegaso*

Abstract

Il lavoro analizza lo *status* di una cittadina russa, coniugata con un cittadino italiano, che, in attesa del conferimento della cittadinanza italiana, si è vista illegittimamente negare l'accesso alle graduatorie per l'insegnamento dell'educazione musicale e dello strumento, in aperta violazione della normativa nazionale ed europea, che prevede l'accesso al pubblico impiego anche per i familiari dei cittadini dell'Unione.

La questione concerne la problematica del riconoscimento del diritto di accesso al pubblico impiego e la sua progressiva evoluzione, offrendo spunti di riflessione non solo per gli aspetti che riguardano l'esplicazione del diritto alla libera circolazione dei lavoratori, con riferimento all'accesso al pubblico impiego, ma, più in generale, per quanto concerne l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte della giustizia amministrativa italiana, sia di primo che di secondo grado.

A seguito di un complesso *iter* processuale durato dieci anni, la (ricorrente) sig.ra *Balayan* ha ottenuto il riconoscimento da parte del Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, del proprio diritto all'accesso al pubblico impiego, avendo l'alto Consesso amministrativo, riconosciuta l'applicazione alla fattispecie dell'art. 38 del D.Lgs. n. 165/2001 e dell'art. 19 del D.Lgs. n. 30/2007, attuativo della direttiva 2004/38/CE sul diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari.

Dall'esame del caso si evincono, dunque, le molteplici difficoltà, non solo per l'amministrazione attiva ma anche per gli stessi organi di giustizia, di approcciarsi in una maniera efficace ed efficiente al diritto dell'Unione europea e alla sua conseguente applicazione in ambito nazionale.