

N. 9083/2009 R.G.



Tribunale Civile e penale di Milano
Sezione Lavoro

Il Giudice dott. Marco Lualdi,
a scioglimento della riserva assunta all'esito dell'udienza in data 22.12.2009,
nel procedimento n. 9083/2009 R.g.

ai sensi dell' art. 44 D. Lgs. N. 286/1998

promosso da;

Duchesneau Mario

domiciliata elettivamente ai fini del presente procedimento in Milano alla via Regina Margherita n. 30 presso lo studio dell'avv. Polizzi/Guariso che lo rappresenta e difende con procura speciale a margine del ricorso nei confronti di

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca

domiciliato elettivamente ai fini del presente procedimento in Milano alla via Freguglia presso gli uffici dell'Avvocatura Distrettuale, con l'avv. Olmi che lo rappresenta e difende con procura speciale a margine della comparsa di costituzione

Liceo Scientifico Statale "CLAUDIO CAVALLERI"

non costituito

letti gli atti ed esaminati i documenti di causa,
sentiti gli informatori all'udienza del 22.12.2009,
ritenuta la propria competenza a provvedere,
ha emesso il seguente

DECRETO

Con ricorso ex art. 44 proposto ai sensi del D. Lgs. n. 286/1998 e depositato in data 13.11.2009 il sig. Duchesneau ha chiesto che il Giudice designato, previo accertamento della natura discriminatoria del comportamento tenuto dalle amministrazioni resistenti nei confronti del ricorrente, ordinasse la cessazione del comportamento pregiudizievole.

Rilevava in particolare la difesa del Duchesneau come la condotta discriminatoria ascrivibile alle resistenti fosse consistita nell'aver escluso lo stesso ricorrente, cittadino canadese regolarmente residente in Italia, dalle graduatorie scolastiche per il biennio 2009/2010 predisposte a seguito del Decreto n.56/2009 sul solo presupposto della mancanza in capo al Duchesneau del requisito della cittadinanza italiana o comunque della cittadinanza di uno degli Stati Membri dell'Unione Europea

In particolare la difesa del ricorrente instava affinché il giudice designato disponesse l'adozione di tutti i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti della discriminazione ed in particolare che ordinasse alle amministrazioni l'adozione di ogni provvedimento utile al fine di riammettere il ricorrente nelle graduatorie formulate.

Il Giudice designato fissava l'udienza avanti a se' per la data del 22.12.2009.

Si costituiva ritualmente il solo Ministero la quale si opponeva alle domande svolte nei suoi confronti chiedendone il rigetto in quanto da ritenersi infondate in fatto ed in diritto.

La difesa del Ministero eccepiva in ogni caso e preliminarmente l'incompetenza del giudice adito in funzione di Giudice del Lavoro trattandosi di materia da trattarsi avanti al Tribunale ordinario e/o il difetto di giurisdizione dovendosi ritenere tale materia di esclusiva competenza del giudice amministrativo.

All'esito della discussione, dovendosi ritenere la causa di natura documentale non essendo in contestazione i singoli fatti presupposto della presente controversia, il giudice si riservava la decisione.

NEL MERITO DEL RICORSO:

I fatti di causa non sono oggetto di contestazione.

Il Ministero dell'Istruzione con Decreto n. 56 del 28.5.2009 ha stabilito la formazione di graduatorie per il biennio 2009/2010 con riferimento ai posti di personale educativo in ciascuna istruzione scolastica.

La formazione delle graduatorie, destinate ad essere predisposte anche con riferimento al personale docente per conversazione in lingua estera, presupponeva la presentazione da parte dell'interessato di apposita domanda e la sussistenza di particolari requisiti e titoli di studio.

Il Duchesneau presentava rituale e tempestiva domanda e veniva regolarmente inserito nelle graduatorie secondo le modalità ed alla posizione a lui attribuibile, previo riconoscimento della sussistenza dei presupposti richiesti del D.M. di riferimento.

In forza della predetta graduatoria il ricorrente veniva chiamato in data 22.9.2009 ad esercitare attività di supplenza presso il Liceo Scientifico Statale Cavalleri di Parabiago.

Con successiva comunicazione ricevuta in data 29.9.2009 il Liceo comunicava " ... la nomina conferitale il 28.9.2009 è annullata perché ai sensi dell'art. 3 comma 1 D.M. 56/2009 non è in possesso del requisito della cittadinanza italiana o di uno degli stati membri dell'U.E. ... " (vd. doc. 9 di parte ricorrente) ribadendo implicitamente come comunque permanessero in capo allo stesso ricorrente tutti gli altri requisiti richiesti.

La prima questione che merita di essere affrontata e risolta investe l'eccezione formulata dalla difesa Ministero in punto di difetto di giurisdizione del giudice adito.

L'eccezione merita di essere disattesa.

Il dettato letterale dell'art. 44 del D. Lgs. n. 286/1998 attribuisce infatti pacificamente al giudice ordinario la competenza esclusiva, senza alcuna deroga e/o senza alcun riparto di giurisdizione, a sindacare "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”

Irrilevante appare nel caso di specie il richiamo effettuato dalla difesa del Ministero alla giurisprudenza amministrativa che ha affermato in piu' occasioni il principio secondo cui le controversie in materia di procedure concorsuali nel pubblico impiego appartengano alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La domanda svolta dalla parte ricorrente investe infatti pacificamente nel caso di specie una condotta che si assume discriminatoria nella piu' ampia accezione fornita dall'art. 43 D. Lgs. n. 286/1998 “ ... comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica... ”.

Tale condotta, ove discriminatoria, avrebbe infatti l'effetto di ledere direttamente il diritto soggettivo alla parità di trattamento ancorché tale comportamento discriminatorio risulti posto in essere mediante l'adozione di un provvedimento di natura amministrativa e la domanda così formulata finisce conseguentemente per investire la tutela di diritti fondamentali dell'individuo.

Il diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 4 della Costituzione non può infatti prescindere dalla tutela e garanzia delle facoltà di accesso al mercato del lavoro nonché dalla libertà di scelta e di libero esercizio dell'attività professionale.

Nel caso di specie d'altra parte l'eventuale accoglimento del ricorso è provvedimento destinato a non incidere in alcun modo sul concorso, o piu' correttamente sulle graduatorie, formatesi per il personale educativo per il biennio 2009/2010, graduatorie con riferimento alle quali la sussistenza di tutti gli ulteriori presupposti e la collocazione del Duchesneau non solo è stata riconosciuta dalla stessa amministrazione ma non è stata neppure oggetto di contestazione.

Affermata la competenza del giudice ordinario, priva di pregio appare anche l'affermazione in ordine alla incompetenza del Giudice del Lavoro a favore della Sezione Ordinaria del Tribunale di Milano, Ufficio Giudiziario di Milano di cui non si contesta la competenza territoriale e/o ex art. 9 c.p.c..

Come è stato in piu' occasioni correttamente affermato la ripartizione tabellare tra le sezioni, a seguito della entrata in vigore della disciplina sull'unificazione degli uffici giudiziari, è

questione che attiene esclusivamente alla ripartizione interna degli affari e l'eventuale violazione di tali criteri di distribuzione non determina alcuna violazione del principio di rispetto del giudice naturale e neppure può essere invocata al fine di dedurre l'incompetenza del giudice adito a favore del giudice ordinario (*così ancora Cass. Ord. 23891 del 9.11.2006*).

Peraltro l'assegnazione della presente controversia alla Sezione Lavoro neppure si ritiene violi in concreto i criteri di ripartizione interni dell'ufficio giudiziario trattandosi di controversia avente ad oggetto i rapporti economici e più in particolare l'accesso al lavoro e la tutela in tutte le sue forme.

Ritiene questo Giudice che possa venire accolta la richiesta di adozione del provvedimento ex art. 44 del D. Lgs n.286/1998 così come precisata da parte ricorrente stante la sussistenza dei requisiti in fatto e in diritto per l'accoglimento del ricorso.

Presupposto per l'eventuale accoglimento della domanda svolta da parte ricorrente deve essere l'accertamento della natura "discriminatoria" della condotta posta in essere dal Ministero resistente.

Ovviamente irrilevante appare la questione se il comportamento adottato dalla resistente integri una ipotesi di condotta "**dolosamente**" discriminatoria ovvero se debba ritenersi piuttosto conforme, come prospettato dalla difesa del Ministero, ad una disposizione normativa applicabile nel caso di specie difettando conseguentemente in capo alla stessa resistente ogni espressa volontà "discriminatoria".

Cio' che rileva è infatti la natura *discriminatoria* della condotta, condotta il cui carattere "sanzionabile" è destinato a risultare *ex actis* indipendentemente dal processo di formazione della volontà e dall'intento volontariamente e/o involontariamente lesivo della parte resistente.

Il quadro normativo nazionale e comunitario di riferimento appare evidentemente e chiaramente orientato a sostenere il principio di eguaglianza e parità di trattamento fra cittadini extracomunitari e cittadini italiani, tendendo a rimuovere tutti gli ostacoli destinati a frapporsi al perseguimento della finalità di carattere generale.

A tale proposito non può non farsi riferimento a ;

- art. 3 della Costituzione che fissa il principio generale di uguaglianza riferibile anche ai non cittadini.
- Convenzione Organizzazione Internazionale del Lavoro n.143/1975 , ratificata con Legge n.158/1981 che impegna l'ordinamento " .. a promuovere e garantire la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e professioneper le persone che si trovino regolarmente sul territorio."

A

- D.lvo n.286/1998 che all'art. 2 comma 3 dispone " ... **La Repubblica italiana garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani**".
- D.lgs. n.215/2003 che ribadisce all'art. 3 come " **Il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale, secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento alle seguenti aree: a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione;** "

Se questo è il quadro normativo di riferimento, il fine ultimo del perseguimento della tutela della lavoratore extracomunitario e della parità di trattamento deve ritenersi non trovino un ostacolo neppure nella natura "pubblica" del datore di lavoro.

L'accesso agli stranieri alle dipendenze della PA oltre ad essere stato in piu' occasioni riconosciuto dalla giurisprudenza di merito che questo giudice si sente di condividere (*tra le tante Tribunale Imperia 12.9.2006, Tribunale Perugia 29.9.1006, Tribunale Bologna 25.10.207, Tribunale Genova 3.6.2008, Tribunale Milano 31.6.2008, Corte Appello Firenze 28.11.2008*) trova infatti ulteriore supporto normativo in una serie di disposizioni che regolano e/o implicitamente riconoscono l'accesso agli stranieri alle dipendenze della PA ; DPR .394/1999 (*infermieri professionali*) , D.lgs n. 286/1998 (*professori universitari e ricercatori*) D.lgs n.251/2007 (*rifugiati e pubblico impiego*).

Alla luce di tutto quanto esposto appare in linea generale evidente come l'esclusione del lavoratore extracomunitario dall'accesso al mercato del lavoro sul solo presupposto della mancanza del requisito della cittadinanza appaia comportamento di natura discriminatoria.

Occorre ora chiedersi se nel caso di specie (mancato inserimento nelle graduatorie) tale apparente "discriminazione" sia giustificata da norme di rango superiore e/o comunque di natura derogatoria rispetto al quadro normativo sopra prospettato si' da condurre, secondo la tesi di parte resistente, al rigetto del ricorso.

La previsione da parte del Ministero del requisito della cittadinanza italiana o di uno degli Stati membri dell'U.E. per ottenere l'inserimento nelle graduatorie, cosi' come contenuta nel D.M. 56/2009, trova il proprio fondamento normativo nell'art. 2 del D.P.R. n.3/1957, nell'art. 2 del D.P.R. n. 487/1994 ed ancora nell'art. 70 c.13) del D. Lgs. n. 165/2001 che richiamava espressamente " 13 . *In materia di reclutamento, le pubbliche amministrazioni applicano la disciplina prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, e successive modificazioni ed integrazioni, per le parti non incompatibili con quanto previsto dagli articoli 35 e 36, salvo che la materia venga regolata, in coerenza con i principi ivi previsti, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti.* "

Ancora, l'art. 38 del D.lgs. n. 165/2001 ha stabilito " *1. I cittadini degli Stati membri dell'Unione europea 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.* "

A tale proposito non ignora questo giudice la recente pronuncia della Suprema Corte che ha affermato il principio " *Il requisito del possesso della cittadinanza italiana, richiesto per accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'art. 2 d.P.R. n. 487 del 1994 - norma "legificata" dall'art. 70 comma 13, d.lgs. n. 165 del 2001 - e dal quale si prescinde, in parte, solo per gli stranieri comunitari, nonché per casi particolari (art. 38 d.lgs. n. 165 del 2001; art. 22 d.lgs. n. 286 del 1998), si inserisce nel complesso delle disposizioni che regolano la materia particolare dell'impiego pubblico, materia fatta salva dal d.lgs. n. 286 del 1998, che, in attuazione della convenzione OIL n. 175 del 1975, resa esecutiva con legge n. 158 del 1981, sancisce, in generale, parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti per i lavoratori extracomunitari rispetto ai lavoratori italiani. Né l'esclusione dello straniero non comunitario dall'accesso al lavoro pubblico (al di fuori delle eccezioni espressamente previste dalla legge) è sospettabile di illegittimità costituzionale, atteso che si esula dall'area dei diritti fondamentali e che la scelta del legislatore è giustificata dalle stesse norme costituzionali (art. 51, 97 e 98 Cost.)*" (così Cass. 13.11.2006 n. 24170).

L'arresto giurisprudenziale non può peraltro essere condiviso soprattutto in considerazione della successiva evoluzione normativa.

Per quanto premesso, e tenendo proprio conto della evoluzione normativa nazionale ed internazionale in materia che appare inevitabilmente e chiaramente indirizzata a parificare le posizioni di tutti gli individui (sul mercato del lavoro), il principio generale applicabile deve essere quello della assenza di una qualsiasi ingiustificata differenziazione tra il cittadino italiano e straniero nell'accesso al lavoro (così Corte Cost. n. 454/1998) con il solo limite dello svolgimento di determinate attività che comportino l'esercizio di pubblici poteri o di funzioni di interesse nazionale.

Tali ipotesi, che certamente legittimerebbero il trattamento differenziato per le ragioni sopra esposte, devono ritenersi insussistenti nel caso di specie non solo perché difetta in tal senso una espressa previsione normativa con riferimento alla posizione del docente di lingua straniera ma perché tali requisiti non appaiono ravvisabili in concreto.

Le funzioni proprie della posizione professionale ricoperta dal ricorrente non possono evidentemente ritenersi funzioni " *di interesse nazionale* ".

Neppure può ritenersi che alla figura del Duchesneau sia collegato l'esercizio di pubblici poteri, non necessariamente con riferimento a tutti i singoli aspetti della professione esercitata ma anche solo ad alcune attività riconducibili a tale professione.

Pur nella difficoltà di determinare la nozione di "pubblici poteri" deve ritenersi che tale concetto indichi un potere esercitato da entità pubbliche per l'interesse generale dello Stato.

Ora appare evidente come anche l'attività di insegnamento non integri i requisiti sopra prospettati.

Neppure può essere condivisa la tesi di parte resistente secondo cui il DM di riferimento, nel suo quadro complessivo, non integri alcuna condotta discriminatoria ed anzi rappresenti un sistema perfettamente coerente.

Secondo il Ministero l'art. 3) del D.M. n.56/2009 prevede, e non potrebbe essere altrimenti alla luce della normativa comunitaria, il possibile inserimento nelle graduatorie di cittadini italiani o appartenenti a Stati membri della Comunità Europea.

Il precedente art. 2) prevede ancora la possibilità di inserimento nelle graduatorie anche di cittadini extracomunitari esclusivamente nel caso in cui la lingua estera di riferimento " ... **sia lingua ufficiale esclusivamente in Paesi non comunitari ... in posizione subordinata agli eventuali aspiranti, in possesso del requisito della cittadinanza comunitaria.....**" , al fine di consentire il reperimento di adeguate professionalità per materie in cui (probabilmente) tali professionalità sarebbero difficilmente reperibili in ambito comunitario.

Il combinato disposto delle due norme, secondo la prospettazione del Ministero resistente, avrebbe lo scopo di consentire una sorta di "riserva di posti" ai cittadini italiani e/o comunitari scelta coerente, legittima e compatibile con la normativa nazionale e comunitaria e pertanto insuscettibile di generare una condotta discriminatoria.

Il Trattato e la normativa comunitaria nel suo complesso appaiono peraltro orientate ad eliminare tutti gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori in ambito europeo, rimuovendo limiti e vincoli burocratici e/o normativi ma non possono essere certamente interpretati come una sorta di " *conventio ad excludendum* ".

La finalità di escludere tutti i lavoratori non appartenenti a Stati membri dell'U.E. che deriverebbe da tale interpretazione non solo non è rinvenibile in alcuna disposizione comunitaria ma appare apertamente configurare con i principi generali transnazionali su cui si fondano anche tutte le norme di integrazione a livello comunitario.

Da ciò ne consegue come l'esclusione dalla graduatoria debba ritenersi condotta discriminatoria con conseguente accoglimento del ricorso e condanna del Ministero resistente ad adottare tutte le determinazioni necessarie per consentire al Duchesneau l'inserimento nelle graduatorie medesime a tutti gli effetti di legge.

La natura del giudizio, il comportamento processuale tenuto dalle parti, la loro diversa posizione economica, le motivazioni sottese alla decisione e l'indubbia incertezza giurisprudenziale in materia giustificano la compensazione integrale tra le parti delle spese di giudizio.

PQM

DICHIARA la natura discriminatoria della condotta tenuta dal Ministero dell'Istruzione , dell'Università e della Ricerca e per l'effetto

ORDINA all'amministrazione resistente di adottare tutti gli atti necessari a consentire al Duchesneau di essere inserito, senza alcuna riserva relativamente al requisito della cittadinanza, alle graduatorie per il biennio 2009/2010 per il personale educativo di conversazione in lingua estera.

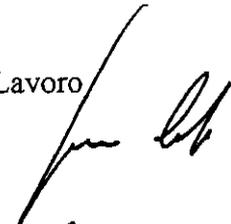
DICHIARA integralmente compensate tra le parti le spese di causa.

MANDA alla cancelleria per la comunicazione del presente decreto alle parti costituite.

Milano , 08/01/2010

crn-5

Il Giudice del Lavoro
Dott. Marco Lualdi



Depositato nella Cancelleria della Sez. Lavoro
del Tribunale Ordinario di Milano

OGGI 11 GEN. 2010

IL CANCELLIERE C1
A. Mizzi

FATTO AVVISO
TELEMATICO
IL 11-1-10
DA *PA X M. S. M. 2*