

il giudice, in funzione di giudice del lavoro;

sciogliendo la riserva espressa all'udienza 3/8/2012, nel procedimento n. 225/2012 rgl;

rileva ed osserva, nell'ambito ed ai limitati fini ed effetti della cognizione sommaria ex artt. 4 d.lgs. 2003/n. 215, 44 d.lgs. 1998/n. 286, 702-bis cpc;

**Jean Pierre Ruhigisha** (cittadino ruandese), a mezzo di ricorso depositato il 20/3/2012, ha chiesto nelle forme predette contro il **Ministero dell'Economia e delle Finanze** e la **Provincia di Brindisi** tutela antidiscriminatoria.

Iscritto all'Albo Professionale nazionale dei privi di vista abilitati alla funzione di centralinista telefonico con decorrenza 4/4/2011 (doc. 3 ric.) ed all'elenco dei Centralinisti telefonici non vedenti della Provincia di Brindisi, il ricorrente veniva contattato dall'Amministrazione provinciale di Brindisi - Centro per l'Impiego - ufficio reclutamento disabili, in quanto primo in graduatoria, per essere adibito a mansioni di centralinista telefonico da inquadrare nel ruolo unico del personale del Ministero dell'Economia e delle Finanze presso la ragioneria territoriale dello Stato di Brindisi, come da avviso relativo all'assunzione di 18 unità di personale non vedente pubblicato nella G.U. serie speciale n. 74 del 16/9/2011.

Jean Pierre Ruhigisha, stante il mancato possesso della cittadinanza italiana, veniva sopravanzato per scorrimento da Maria Mero, posta nella successiva posizione utile in graduatoria (doc. 8 conv.), per decisione del Servizio Politiche Attive del Lavoro e Formazione Professionale della Provincia di Brindisi, che aveva precedentemente chiesto chiarimenti al Ministero dell'Economia e delle Finanze da cui aveva ottenuto risposta con nota del 07/12/2011, prot. n. 168701 (doc. 7 conv.).

Il ricorrente deduceva l'illiceità discriminatoria del mancato avviamento al lavoro da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze esercitando azione ex art. 44, co. 5, d. lgs. 1998/n. 286 al fine di ordinare alle Amministrazioni resistenti la cessazione del comportamento pregiudizievole e conseguentemente l'avviamento al lavoro per il posto di centralinista telefonico presso la Ragioneria territoriale dello Stato di Brindisi.

\*

All'udienza 23/5/2012, il giudice, rilevata la mancata costituzione della Provincia di Brindisi e la mancata osservanza del termine a difesa previsto dall'art. 702-bis cpc, rinnovava la notificazione nel rispetto del termine a difesa previsto dalla disposizione e fissava nuova udienza di comparizione.

All'udienza 3/8/2012, accertata la regolare notificazione alla Provincia di Brindisi, il giudice invitava le parti alla discussione.

Il Ministero convenuto eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva, richiamandosi alla documentazione prodotta. Parte ricorrente insisteva nella propria domanda nei confronti di entrambe le Amministrazioni convenute.

Esaurita la discussione orale e raccolte le conclusioni delle parti, il giudice si riservava.

\*

## **§ 1. Natura del procedimento ex art. 44 d.lgs. 1998/n. 286.**

Su di essa, ricordiamo l'originario intervento delle Sezioni Unite, con sent. 2008/n. 6172 (Pres. V. Carbone, est. A. De Matteis), per mera completezza documentaria:

*"(...) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO*

*Il dott. Gentiah Memisha è un medico chirurgo, cittadino albanese, residente regolarmente in Italia. La sua domanda di partecipazione al concorso pubblico per l'assunzione a tempo indeterminato di 6 dirigenti medici in cardiologia, indetto nel 2004 dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Careggi di Firenze, è stato respinto per difetto del requisito della cittadinanza italiana.*

*Il Memisha ha proposto ricorso al Tribunale di Pistoia, depositato il 13 gennaio 2005, ex artt. 43 e 44 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, affermando di esser stato ingiustificatamente discriminato e chiedendo di essere ammesso al pubblico concorso.*

*Il giudice adito, rigettata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, in favore di quello amministrativo, proposta dalla Asl, ha accolto in parte il ricorso, disponendo l'ammissione del Memisha al concorso e rigettando nel merito la domanda di risarcimento danni.*

*La Corte d'appello di Firenze, adita dalla Asl in sede di reclamo (previsto dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, comma 6), con decreto 30 settembre - 31 dicembre 2005, riaffermata la giurisdizione del giudice*

ordinario, ha rigettato il reclamo.

Quanto alla giurisdizione, ha rilevato che il ricorso del Memisha era stato proposto ai sensi del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, il quale attribuisce al tribunale ordinario la competenza a decidere sull'azione diretta a rimuovere gli effetti della discriminazione per motivi razziali, etnici, o religiosi, determinata dal comportamento di un privato o di una pubblica amministrazione.

Nel merito, dopo un'amplissima disamina delle fonti normative internazionali e interne sull'obbligo di parità di trattamento dei lavoratori extracomunitari, ha esaminato il D.Lgs. 10 dicembre 1997, n. 483, art. 1 (Regolamento recante la disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del servizio sanitario nazionale), il quale consente che partecipino ai concorsi coloro che possiedono i requisiti generali della cittadinanza italiana o della cittadinanza di uno dei paesi dell'Unione Europea. Ha dichiarato tale norma inapplicabile nella presente fattispecie, nella parte in cui pone una disparità di trattamento tra le due categorie di stranieri - cittadini comunitari ed extracomunitari - perché in contrasto con la L. 10 aprile 1981, n. 158, attuativa della convenzione OIL 75 - 143, da considerarsi norma di rango superiore. Avverso tale decreto ha proposto ricorso per Cassazione l'Azienda ospedaliera universitaria Careggi, con due motivi, il primo attinente alla giurisdizione, il secondo al merito.

*Il dott. Memisha resiste con controricorso.*

*Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c..*

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

*Si deve preliminarmente esaminare d'ufficio l'ammissibilità del presente ricorso per Cassazione avverso un decreto di Corte d'appello emesso in sede di reclamo in procedimento D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, ex art. 44.*

*Costituisce jus receptum che il ricorso straordinario per Cassazione ai sensi dell'articolo 111 Cost. è proponibile avverso provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto solo quando essi siano definitivi ed abbiano carattere decisorio, cioè siano in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale (ex plurimis Cass. Sez. un. 8 marzo 2006 n. 4915; Sez. Un. 15 luglio 2003 n. 11026).*

*Ricorrono tali elementi quando l'ordinanza o il decreto siano emessi a conclusione di un procedimento contenzioso, anche se con rito camerale; incidano su diritti soggettivi; ed il provvedimento non sia opponibile o diversamente impugnabile.*

*La decisione sull'ammissibilità del presente ricorso dipende perciò dalla qualificazione del procedimento D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, ex art. 44, come cautelare bifasico, nel quale l'ordinanza sarebbe sottoposta a verifica nel giudizio di merito; o come procedimento monofasico abbreviato di tutela piena, nel quale caso il decreto della Corte d'Appello sarebbe costituirebbe la verifica di secondo grado, conclusiva del procedimento, non diversamente impugnabile. In questo secondo caso, il ricorso del Menisha non potrebbe neppure essere convertito in regolamento preventivo di giurisdizione, inammissibile nella fase tra l'emissione del provvedimento cautelare e l'eventuale inizio della causa di merito (ex plurimis Cass. 8 giugno 2007 n. 13396, Cass. 25 maggio 2007 n. 12252).*

*La L. 6 marzo 1998, n.40, art. 42, ripreso dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n.*

286, art. 44 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), intitolato "Azione civile contro la discriminazione", dispone:

"1. 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.

2. La domanda si propone con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella cancelleria del pretore del luogo di domicilio dell'istante.

3. Il pretore, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto". Il comma 5 dispone che nei casi di urgenza il giudice provvede con decreto motivato, assunte sommarie informazioni; il comma 6 prevede il reclamo avanti alla Corte d'Appello; il comma 7: "Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale".

Sulla natura del procedimento in questione la dottrina dominante è per il carattere cautelare.

In favore di questa tesi sono spesi i seguenti argomenti: sul piano lessicale il procedimento disciplinato dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, commi 2 e 5 ripete la formulazione dell'art. 669 septies c.p.c., che detta la disciplina del procedimento cautelare uniforme;

il D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, comma 7, nel disporre che il giudice, con la decisione che definisce il giudizio, può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, prefigurerebbe chiaramente un giudizio di merito.

Una dottrina minoritaria ritiene che gli elementi testuali configurino un procedimento monofasico: il D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, non riproduce né rinvia all'articolo 669 octies c.p.c., che, nel disciplinare il passaggio al giudizio di merito, costituisce la norma cardine per configurare il procedimento previsto dall'art. 669 bis c.p.c. e segg. come rigidamente strumentale al giudizio di merito a cognizione piena, e quindi sommario e cautelare;

la previsione del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, comma 7 non avrebbe senso se riferita al giudizio di merito, che implica di per sé la possibilità della condanna al risarcimento del danno; al contrario, essa, consentendo una pronuncia sul risarcimento del danno, configurerebbe il procedimento come a forma semplificata, ma non cautelare.

Un terzo orientamento, pur rilevando la mancanza, nel D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, di una norma sul passaggio alla fase di merito, solleva dubbi sulla legittimità costituzionale di un modello a struttura monofasica, in relazione al principio del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., e sollecita questa Corte ad intervenire nomofilatticamente sulla questione, dettando una interpretazione costituzionalmente orientata.

Si deve collocare storicamente e dommaticamente il procedimento in esame.

Il precedente remoto è costituito dall'art. 700 c.p.c., che ha introdotto

nel codice di procedura del 1942 una tutela cautelare atipica diretta a neutralizzare i danni che possano derivare all'attore della durata del processo a cognizione piena. Il rimedio cautelare viene definito perciò per il suo carattere sommario e necessariamente strumentale al processo a cognizione ordinaria. La L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 15, apre la stagione delle misure volte a contrastare la discriminazione sindacale e politica. Leggi successive hanno integrato, sul piano sostanziale, cori il sistema della novella, questa norma base con ulteriori previsioni antidiscriminatorie: la L. 9 dicembre 1977, n. 903, art. 13, integra l'art. 15, comma 2, cit. con la discriminazione religiosa, razziale, di lingua o di sesso, e il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 4, con quelle basate su handicap, di età, sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

Sul piano processuale, le azioni previste dalla L. n. 300 del 1970, art. 16, comma 2, dalla L. n. 907 del 1977, art. 15, e dalla L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 28, in favore delle organizzazioni sindacali contro i comportamenti antisindacali, si ispirano ad un modello fondamentale comune, sia dal punto di vista strutturale, sia da quello lessicale:

domanda, anche personale, dell'interessato;

competenza del giudice ordinario, individuato, dopo la esperienza positiva della L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 6, u.c., nel pretore, quale giudice periferico prossimo al domicilio dell'istante (ora Tribunale ordinario);

convocazione urgente delle parti in tempi strettissimi, decreto immediatamente esecutivo, possibilità di opposizione avanti allo stesso giudice monocratico, con il che si apre un giudizio a cognizione piena attraverso i normali tre gradi.

Il D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, in esame introduce un diverso modello - precisano le Sezioni Unite - che sarà poi seguito dal D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 4, e dalla L. 1 marzo 2006, n. 67, art. 3, per le discriminazioni verso i disabili in qualsiasi ambito dell'esistenza, nonché del D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 196, art. 1, il quale, nel disciplinare la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso ai beni e servizi e loro fornitura, ha previsto un procedimento con analoga struttura. Esso abbandona la possibilità dell'opposizione avanti al medesimo giudice monocratico e di una pronta sentenza di merito, con i successivi due gradi; e, seguendo il modello del procedimento cautelare uniforme, nel frattempo introdotto nel nostro ordinamento dalla L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 74 (con effetto dal 1993), ammette il reclamo ad un giudice collegiale.

Queste Sezioni Unite ritengono che il carattere cautelare del procedimento introdotto dall'art. 44 in esame, e seguito dalle leggi successive che ad esso rinviano, si evinca dai seguenti prevalenti elementi testuali, interpretati nel quadro ordinamentale generale:

1.1 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, commi 3, 4 e 5 riproducono pedissequamente l'art. 669 sexies c.p.c., sul procedimento cautelare uniforme; in particolare il comma 5 ripete la distinzione dell'art. 669 sexies c.p.c., comma 2, tra decreto motivato, in caso di urgenza, sulla base di sommarie informazioni, ed ordinanza sulla base degli atti di istruzione indispensabili; tale struttura conforme preclude la possibilità di considerare l'ordinanza di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, comma 3, in quanto assicura le esigenze costituzionali di parità di difesa con il rispetto del

*contraddittorio e la pienezza dell'istruttoria con l'assunzione delle prove indispensabili, come l'atto conclusivo di un procedimento a cognizione piena, anche se abbreviata, proprio perché le stesse garanzie sono proprie del procedimento cautelare uniforme;*

*2. il comma 6 ammette, contro i provvedimenti del giudice adito, il reclamo al giudice superiore, rimedio tipico contro i provvedimenti cautelari, alternativo all'appello; il passaggio operato dal legislatore dal modello precedente, basato sull'opposizione al medesimo giudice, al reclamo al giudice superiore, si spiega proprio con l'ingresso nel nostro ordinamento del processo cautelare uniforme;*

*3. il comma 8 prevede che "chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti del pretore di cui ai commi 4 e 5, e dei provvedimenti del Tribunale di cui al comma 6, è punito ai sensi dell'art. 388 c.p., comma 1".*

*Così disponendo, il comma 8 adotta non la formulazione dell'art. 388 c.p.c., comma 1, relativo a chi si sottrae agli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, ma quella del comma 2, relativo a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile (omissis) che prescriva misure cautelari. Il riferimento che l'art. 44 fa all'art. 388 c.p.c., comma 1 è quoad poenam, determinata solo nel primo comma. Con tale formulazione lessicale, il comma 8 presuppone la natura cautelare del provvedimento in esame.*

*4. Il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, art. 2, comma 3, lett. e bis), nn. 2 e 3, convertito, con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005, n. 80, ha introdotto all'art. 669 octies c.p.c., un comma 6, che abroga, a partire dal 1 marzo 2006, limitatamente alle misure cautelari anticipatorie, quale quella in esame, l'onere, contenuto nei primi due commi dello stesso art. 669 c.p.c., comma 8, di iniziare l'azione di merito entro un termine perentorio, pena la perdita di efficacia del provvedimento cautelare, ed abroga corrispondentemente l'art. 669 c.p.c., comma 9, per il quale il mancato inizio dell'azione di merito comportava appunto l'inefficacia del provvedimento cautelare. Tale radicale innovazione raccoglie i suggerimenti della dottrina, per evidenti intenti deflattivi, e si sostanzia nel rendere facoltativo l'inizio del giudizio di merito per le misure cautelari anticipatorie ("idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito"); essa comporta la stabilizzazione dell'efficacia del provvedimento cautelare, non seguito dalla fase di merito.*

*Tale innovazione, che avvicina il procedimento cautelare ad uno a cognizione piena eventuale e successiva, attenua il suo carattere strumentale necessario rispetto al giudizio di merito, e depotenzia così l'argomento tratto dalla mancata previsione nell'art. 44 in esame di una norma sul passaggio alla fase di merito.*

*Gli argomenti testuali riferiti vanno inseriti nel quadro ordinamentale che esige, come sottolineato con forza dalla dottrina, che qualsiasi diritto, anche se oggetto di tutela sommaria o cautelare, possa poi formare, su iniziativa, non più obbligatoria, della parte, oggetto di cognizione piena da parte di un giudice; e sottolinea altresì l'esigenza di una concentrazione e semplificazione, e non dispersione o proliferazione, dei modelli processuali di tutela. Una volta acquisito il carattere cautelare del procedimento in esame, scatta l'applicazione dell'art. 669 c.p.c., comma 14, secondo cui le norme sul procedimento cautelare uniforme si applicano, in quanto compatibili, agli altri*

provvedimenti cautelari previsti dalle leggi speciali. Trovava così applicazione diretta (non analogica), al tempo dei fatti, l'art. 669 c.p.c., comma 8, comma 1, che imponeva al giudice di fissare, con l'ordinanza di accoglimento del ricorso cautelare, un termine perentorio per l'inizio della causa di merito, ed il comma 2, per cui in difetto di fissazione del termine della causa di merito doveva essere iniziata nel termine perentorio di sessanta giorni.

Alla luce di tale conclusione possono essere risolti altri elementi testuali problematici o contraddittori, quali la mancanza di un rinvio all'art. 669 c.p.c., comma 8, sull'inizio della fase di merito, che come abbiamo visto non costituisce più elemento caratterizzante del procedimento cautelare, o la qualificazione, contenuta nel comma 10, come sentenza del provvedimento che decide sul ricorso collettivo, in contrasto con la qualificazione del comma 5 come ordinanza. Quanto alla previsione dell'art. 7, si deve notare, da una parte, sul (problematico) piano lessicale, che la espressione "decisione che definisce il giudizio" è identica a quella usata dall'art. 279 c.p.c. per definire la conclusione del giudizio di merito; dall'altra, che tale previsione, acquista significato solo se intesa come facoltà aggiuntiva del giudice cautelare di condannare la parte al risarcimento del danno patrimoniale, biologico e morale, così ottenendosi un rafforzamento ed anticipazione della tutela antidiscriminatoria, secondo l'intenzione del legislatore. La previsione del comma 7 sarebbe viceversa pleonastica se riferita alla sentenza che definisce il giudizio di merito, cui già appartiene tale potere.

Costituendo il decreto della Corte d'Appello ex art. 44 in esame, sia secondo la disciplina del tempo, sia secondo quella attuale, provvedimento sottoponibile a verifica in sede di merito, la relativa fattispecie differisce dagli altri provvedimenti camerati per i quali questa Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. (ad es. decreto, pronunciato in Camera di consiglio ai sensi degli artt. 739 e 742 bis c.p.c., con il quale la Corte d'appello decide in ordine alla domanda di autorizzazione ad entrare o a permanere temporaneamente sul territorio nazionale, proposta, in deroga alle disposizioni generali sull'immigrazione, dal cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico di un familiare minorenni, ai sensi del D.Lgs. n. 286 del 1998, art.31, comma 3, qui in esame (Cass. Sez. 1<sup>^</sup>, 11 gennaio 2006 n. 396; Cass. Sez. un. 16 ottobre 2006 n. 22216; Cass. 15 gennaio 2007 n. 747); il decreto della Corte d'appello emanato in sede di reclamo, in Camera di consiglio, avverso il provvedimento di radiazione dal ruolo nazionale dei periti assicurativi (Cass. Sez. un. 6 febbraio 2006 n. 2447); il provvedimento di liquidazione di onorari di avvocato, il quale, ai sensi della L. 13 giugno 1942, n. 794, artt. 29 e 30 è emesso a seguito di procedimento in Camera di consiglio, con ordinanza non impugnabile (ex plurimis Cass. 7 febbraio 2007 n. 2623; Cass. 11 maggio 2006 n. 10939); il provvedimento del giudice che abbia deciso sull'opposizione proposta dal custode contro il decreto di liquidazione delle spese emesso dal magistrato che procede al giudizio nell'ambito del quale è stato disposto il sequestro (Cass. Sez. un. 13 luglio 2005 n. 14696); nonché (non senza contrasti), il decreto pronunciato dalla Corte d'appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale in materia di modifica delle condizioni della separazione dei coniugi concernenti il mantenimento dei figli (Cass. 4 febbraio 2005 n. 2348; Cass. 30 dicembre

2004 n. 24265).

Si deve a questo punto esaminare la questione se la mancanza, nel procedimento cautelare, del passaggio obbligatorio alla fase di merito, e la conseguente stabilizzazione dell'efficacia del provvedimento cautelare anticipatorio, non renda ammissibile il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. o il regolamento preventivo di giurisdizione.

La questione è stata esaminata di recente da queste Sezioni Unite con riferimento alla previsione dell'art. 669 c.p.c., comma 8, comma 6, sopra riferita. La Corte (Cass. Sez. un. 28 dicembre 2007 n. 27187), è pervenuta a conclusione negativa sul rilievo che la novella affida ora alla facoltà di ciascuna parte di iniziare la causa di merito, attenuando così, ma non eliminando, il carattere strumentale del provvedimento cautelare.

Si deve conclusivamente formulare il seguente **principio di diritto**:

**"Il procedimento previsto dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) costituisce un procedimento cautelare, cui si applicano, in forza dell'art. 669 c.p.c., comma 14, le norme sul procedimento cautelare uniforme previsto dal libro 4<sup>o</sup>, titolo 1<sup>o</sup>, capo 3<sup>o</sup>, c.p.c. in quanto compatibili; in particolare si applica l'art. 669 c.p.c., comma 8 sull'inizio della fase di merito.** Ne deriva che, non essendo l'ordinanza resa su ricorso o il decreto della Corte d'Appello resa su reclamo provvedimento definitivo con carattere decisorio, è inammissibile contro di essa il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost., ne' questo può essere convertito in regolamento preventivo di giurisdizione".

Si deve pertanto dichiarare il ricorso inammissibile. Le spese del presente giudizio sono compensate.

P.Q.M.

Dichiara il ricorso inammissibile. Compensa le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 18 dicembre 2007.

Depositato in Cancelleria il 7 marzo 2008".

Per la conferma di questa natura giuridica dell'azione, v. ora Cass. SU, ord. 2011/n. 3670 (v. sotto nota 1).

## **§ 2. Giurisdizione in materia del giudice ordinario.**

Confortati anche dai dati giurisprudenziali, che indirettamente si ricavano dallo svolgimento del processo della sent. 2008/n. 6172 delle Sezioni Unite della Cassazione, sopra riportata, riteniamo sussistente in materia la giurisdizione ordinaria.

Il ricorrente, infatti, ha fatto valere in procedimento ex art. 4 d.lgs. 2003/n. 215 ed art. 44 d.lgs. 1998/n. 286 il diritto soggettivo a non essere discriminato nell'avviamento al lavoro ex lege 1985/n. 113.



Trattasi di posizione giuridica che ha natura di diritto soggettivo, correlato alla posizione passiva di dovere, e non di potere <sup>1</sup>, che si configura in capo all'amministrazione laddove la

---

<sup>1</sup> Cass. SU 2011/n. 3670: *"la chiarezza del dato normativo non consente dubbi in ordine all'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione, in ordine alla tutela contro gli atti ed i comportamenti, ritenuti lesivi del principio di parità, che il d.lgs n 215 del 9.7.2003 (di "attuazione della direttiva 200/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica all'art. 3 riconosce "senza distinzione di razza e di origine etnica...a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato", con riferimento, tra l'altro anche alle "prestazioni sociali" (v. sub g), rinviando, con il successivo art. 4, per la relativa tutela giurisdizionale, alle forme previste dall'art. 44, co. 1-6,8 ed 11 del d.lgs 25.7.1998 n. 286 (TU delle "disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), vale dire ad un procedimento di tipo cautelare, già attribuito alla cognizione del Pretore (oggi sostituita da quella del Tribunale), a conclusione del quale il giudice adotta un'ordinanza, di accoglimento o rigetto della domanda (che, come previsto dall'art. 44 co. 8 cit. TU], può contenere anche statuizioni risarcitorie), avverso il quale è dato reclamo al collegio.*

*La suddetta tutela giurisdizionale è stata poi estesa, dall'art. 4 bis, aggiunto al d.lgs. 215/2008 dall'art. 8 sexies della l. 101/2008, di conversione con modifiche del d.l. 59/2008 (recanti disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europee), ai "casi di comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento".*

*Tali previsioni normative, imposte dalla natura delle situazioni soggettive tutelate, di veri e propri diritti assoluti, derivanti dal fondamentale principio costituzionale (art. 3 Cost. ) di parità e dalle analoghe norme sovranazionali, in attuazione delle quali il legislatore italiano le ha adottate, comportano che anche nella successiva fase cognitiva di merito la giurisdizione non possa che spettare a quello stesso giudice, quello ordinario, cui è stata demandata la tutela provvisoria ed urgente delle suddette situazioni soggettive; tanto in considerazione della strumentalità dei menzionati provvedimenti rispetto a quelli definitivi i cui effetti, non diversamente dalla funzione cui assolvono quelli in via generale previsti dagli artt. 669 bis e segg. c.p.c. (al cui modulo processuale risultano conformati: v. Cass. SU. n. 6172/08), sono finalizzati ad assicurare interinalmente o ad anticipare gli effetti della definitiva decisione, antidiscriminatoria o antiritorsiva. Improprio, pertanto, per la palese anomalia sistematica che implicherebbe, si palesa la tesi secondo cui il giudizio di merito, di cui all'art. 669 octies c.p.c, pur essendo stato preceduto da quello cautelare svoltosi davanti al G.O., in ragione della natura dei provvedimenti in concreto richiesti ed assunti in tale fase, avrebbe dovuto essere instaurato o, comunque, proseguire nella diversa sede giurisdizionale amministrativa. Premessa, dunque, l'esistenza nel vigente ordinamento nazionale di chiare ed inequivoche disposizioni legislative, attribuenti al giudice ordinario la potestas*

legge, come nella specie, configura situazioni eccezionali di assunzione obbligatoria, nelle quali inoltre non può scorgersi alcuno dei tratti caratteristici della concorsualità, cui, sola, l'art. 63, co. 4 d.lgs. 2001/n.165 fa discendere la deroga all'ormai generale principio della giurisdizione del giudice ordinario in tema di pubblico impiego.

La pretesa lavoristica di Jean Pierre Ruhigisha non attiene alla "procedura concorsuale", la quale si è esaurita, ma alla mera esclusione dalla graduatoria, in sé non contestata, non sussistendo pertanto il margine di residuale devoluzione al giudice amministrativo ritagliato dall'art. 63, co. 3, d.lgs. 2001/n. 165.

In ogni caso, la specialità del rito ex art. 44, co. 2 T.U. immigrazione può essere ritenuta compatibile esclusivamente con la giurisdizione del giudice ordinario (arg. ex Cass. SU 2011/n. 3670, sopra riportata in nota 1).

### **§ 3. Competenza del giudice, in funzione di giudice del lavoro, e infondatezza della eccezione di incompetenza per territorio.**

Letteralmente, il procedimento ex art. 44 d.lgs. 1998/n. 286, anche quando la discriminazione denunciata sia relativa alla materia lavoristica, parrebbe devoluto al pretore, quindi al giudice unico di tribunale, con sottrazione al rito speciale e alla competenza del giudice del lavoro.

Dissentiamo da questa lettura, ritenendo che sistematicamente la discriminazione in materia di controversia di lavoro, incluse le controversie concernenti l'assunzione (cfr. art. 63,

---

*judicandi in relazione alle denunce di atti discriminatori o ritorsivi astrattamente riconducibili al novero di quelli previsti dalle norme in precedenza citate e delle conseguenti richieste di provvedimenti atti a rimuoverlo, risulta agevole affermare che sarà sempre e soltanto quel giudice, in virtù di una incontestabile scelta normativa, coerente alla natura delle situazioni tutelate, a dover conoscere se, in concreto, i comportamenti denunciati integrino gli estremi dell'ingiustificata discriminazione o dell'illegittima reazione di cui all'art. 4-bis in precedenza citato (e nella specie, da ultimo, invocato dagli odierni resistenti) e a dover adottare i conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti nei confronti di chi li abbia posti in essere, incontrando tuttavia, nell'ipotesi in cui sia stato un soggetto pubblico ad adottarli, i consueti limiti esterni che, nel vigente ordinamento, connotano il riparto di attribuzioni tra autorità giudiziaria ordinaria e pubblica amministrazione".*

co. 1, d.lgs. 2001/n. 165), non possa ragionevolmente essere sottratta al rito e alla competenza speciale.

La posizione assunta ci pare inoltre più coerente con la ritenuta natura cautelare del procedimento (affermata con chiarezza sin dall'intervento delle Sezioni Unite, sent. 2008/n. 6172, sopra riportato), realizzando il principio di tendenziale identità tra giudice della cautela e giudice del merito ex art. 669-ter cpc, posto che certamente non può ritenersi introdotta dall'art. 44 d.lgs. 1998/n. 286 una deroga alle ordinarie regole di competenza per materia del giudice, in funzione di giudice del lavoro, per la causa di merito.

Nè ha fondamento l'eccezione di incompetenza territoriale, in favore del Tribunale di Roma, sollevata dal Ministero convenuto.

Osserviamo al riguardo, non essere necessario ricorrere ad una possibile interpretazione estensiva dell'art. 413, co. 5 cpc, a mente della quale la nozione di ufficio cui si fa riferimento nella norma sia atta a ricomprendere in caso di controversia sulla assunzione anche quello del luogo in cui il dipendente afferma il diritto ad essere assunto (Brindisi, nella fattispecie), poiché in materia trova applicazione il secondo comma dell'art. 44, d. lgs. n. 286 del 1998, e come si evince da un precedente conforme: *"ai sensi dell'art. 44, n. 2 d. lgs. n. 286 del 1998 [l'azione civile contro la discriminazione razziale] si esercita con ricorso depositato anche personalmente dalla parte nella cancelleria del pretore (ora tribunale) del luogo di domicilio dell'istante [...], è sufficiente rilevare che vertendosi in tema di competenza territoriale inderogabile ex art. 28 c.p.c., essa per costante giurisprudenza (Cass. n. 13550/92 e 10123/00 ex plurimis), non può subire modifiche neppure per ragioni di connessione"* (Cass. ord. 19 maggio 2004/n. 9567).

Nella specie, come desumibile dallo stato di famiglia (doc. 2 ric.), Jean Pierre Ruhigisha risiede in Poggibonsi, nel circondario del Tribunale di Siena, sussistendo pertanto la competenza territoriale del giudice adito.

#### **§ 4. "Legittimazione passiva".**

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha eccepito la propria carenza di "legittimazione passiva", meglio, di titolarità passiva del rapporto.

A tal proposito occorre rilevare, che la statuizione domandata

in ricorso, in caso di accoglimento, è astrattamente suscettibile di far conseguire al ricorrente il bene della vita cui mira la sua domanda nel solo caso in cui essa sia opponibile all'Amministrazione statale che, nella prospettazione del lavoratore, dovrà assumere la veste di datrice di lavoro, presso la Ragioneria Territoriale di Brindisi.

Da tanto discende la "legittimazione passiva", titolarità passiva del rapporto del Ministero resistente, nei cui confronti è stata chiesta la costituzione del rapporto di lavoro e non certo nei confronti dell'Amministrazione provinciale di Brindisi, Centro per l'Impiego.

### **§ 5. Merito. La ricostruzione di Cass. 2006/n. 24170.**

Con la sentenza in discorso la Sezione Lavoro della Cassazione (Pres. S. Mattone, est. P. Picone), nell'affrontare per la prima volta la questione dell'esistenza o meno di un diritto del lavoratore extracomunitario all'accesso al lavoro pubblico, è pervenuta alla conclusione negativa, ad esito di una compiuta ricostruzione della normativa nazionale, comunitaria e internazionale applicabile, interpretata alla luce degli interventi della Corte Costituzionale.

La riportiamo, ancora per completezza documentaria (inserendo passi in sottolineato e lievi variazioni di formato).

*"(...) RITENUTO IN FATTO.*

*1. È proposto ricorso, strutturato in quattro motivi, contro il provvedimento sopra specificato, di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza in data 22.2.2005 del Tribunale di Siena in composizione monocratica - sezione distaccata di Poggibonsi. - Al ricorso resiste con controricorso la Provincia di Siena.*

*2. La controversia interessata dalla pronuncia del provvedimento impugnato ha ad oggetto la domanda del sig. Zenel Gezim, cittadino albanese, di ritenere discriminatorio, in quanto fondato sulla cittadinanza del richiedente, il rifiuto opposto dall'Amministrazione provinciale di Siena - Servizio formazione e lavoro - di procedere all'iscrizione nelle liste riservate ai disabili per l'accesso anche al lavoro presso le pubbliche amministrazioni, ai sensi della L. n. 68 del 1999.*

*È stata proposta, nella fattispecie, azione civile contro la discriminazione, rimessa dalla L. 6 marzo 1998, n. 40, art. 42, e approvato con T.U. D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, alla competenza del tribunale in composizione monocratica del luogo del domicilio dell'istante, il quale pronunzia con ordinanza reclamabile al tribunale in composizione collegiale nei termini di cui all'art. 739 c.p.c., comma 2, secondo la disciplina del procedimento speciale in camera di consiglio.*

*3. L'ordinanza reclamata aveva disposto che l'amministrazione dovesse*

*procedere all'esame della domanda di iscrizione, prescindendo dal requisito della cittadinanza, sul rilievo che la tutela degli aspiranti al collocamento obbligatorio prescinde dal detto requisito, dovendo equipararsi la condizione dello straniero disabile a quella dei cittadini.*

*4. Il reclamo dell'amministrazione è stato accolto con il richiamo del fondamento costituzionale del requisito della cittadinanza per l'accesso al lavoro pubblico, derogato in parte, sulla base di previsione della stessa Costituzione, soltanto per i cittadini dell'Unione europea; ed ancora sul rilievo che il principio di parità di tutela dei disabili, ai fini del collocamento obbligatorio, non implica l'eliminazione dei requisiti richiesti per l'accesso al lavoro pubblico, siccome la parificazione dello straniero al cittadino in materia di lavoro non ha implicitamente abrogato la normativa specifica sul lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, avendo la L. n. 189 del 2002 introdotto soltanto una deroga specifica, in relazione ad ipotesi particolari.*

#### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

*1. In estrema sintesi, il ricorrente sostiene:*

*che la L. n. 482 del 1968 (poi sostituita dalla L. n. 68 del 1999) non condiziona la tutela dei disabili, ai fini dell'avviamento al lavoro, al possesso della cittadinanza e la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost. 454/1998) ha sancito che il lavoratore straniero è equiparato a quello italiano (primo motivo);*

*che le norme della Costituzione (art. 2, 10, 38 e 51), nel garantire i diritti fondamentali e il rispetto degli impegni internazionali dello Stato, impongono di interpretare la legislazione ordinaria nel senso che lo straniero può essere escluso dall'accesso soltanto in relazione a particolari impieghi pubblici e con l'intermediazione del legislatore (secondo motivo);*

*che, se sono ammissibili deroghe all'art. 51 Cost. (introdotte dalla L. n. 189 del 2002, in tema di assunzione di cittadini extracomunitari come infermieri professionali nel servizio sanitario nazionale), non appare giustificata l'interpretazione restrittiva del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 41 e della convenzione OIL n. 143 del 1975 (terzo motivo);*

*che il provvedimento impugnato ha violato il D.Lgs. n. 286 del 1998, artt. 2, 41 e 44, siccome il principio di parità dei lavoratori e la repressione di qualsiasi comportamento discriminatorio hanno determinato l'abrogazione implicita delle disposizioni (D.P.R. n. 487 del 1994) che escludono lo straniero extracomunitario dall'accesso al lavoro pubblico (quarto motivo).*

*2. I quattro motivi di ricorso contengono altrettante argomentazioni svolte a sostegno della tesi (in via logica, pregiudiziale ed assorbente) che il requisito della cittadinanza italiana per gli impiegati pubblici deve ritenersi abrogato, fatta eccezione per gli impieghi costituiti per lo svolgimento di funzioni pubbliche essenziali, nonché della tesi (subordinata) che il requisito in questione non opera nella materia della speciale tutela garantita ai disabili. Vanno perciò esaminati unitariamente, seguendo l'indicato ordine logico degli argomenti.*

*3. La tesi logicamente principale è destituita di fondamento giuridico, siccome il diritto positivo esprime sicuramente la regola secondo cui la cittadinanza italiana costituisce requisito per l'accesso al lavoro pubblico in tutte le sue forme, con salvezza delle eccezioni previste dalla legge, regola non sospettabile di illegittimità costituzionale.*

3.1. Nell'ordinamento giuridico nazionale, solo in tempi relativamente recenti ha trovato regolamentazione il fenomeno dell'immigrazione extracomunitaria. A questa regolamentazione il legislatore è pervenuto innanzitutto recependo principi e regole provenienti dalle fonti sovranazionali (dato che lo Stato italiano ha recepito nella pratica tutte le norme internazionali in materia di diritti dell'uomo), in modo da offrire al cittadino straniero non comunitario una protezione da alcuni ritenuta maggiore di quella offerta dalla stessa Costituzione, la quale si limita ad affermare che "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali" (art. 10 Cost., comma 2).

La materia, quindi, aveva trovato una sua prima regolamentazione già con la ratifica della Convenzione OIL n. 143 sulla tutela dei lavoratori migranti del 24 giugno 1975 (ratificata dall'Italia con la L. 10 aprile 1981, n. 158).

Il primo atto di regolazione organica è, tuttavia, costituito dalla L. 30 dicembre 1986, n. 943, in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati, che, in attuazione della convenzione n. 143 (peraltro già vigente sulla base della legge di ratifica sopra menzionata), all'art. 1 esplicitamente afferma che la Repubblica, in attuazione della convenzione, "garantisce a tutti i lavoratori extracomunitari legalmente residenti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani". Oltre la parità di trattamento, la stessa norma garantisce ai lavoratori extracomunitari altre importanti garanzie, quali l'accesso ai servizi sociali, alla scuola e all'abitazione.

Il complesso normativo derivato da questa legge e da altre successive fonti destinate a regolare singoli aspetti, ha trovato una sua razionalizzazione con la L. 6 marzo 1998, n. 40, recante la disciplina dell'immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero. Questa legge ha, tra l'altro, promosso un'opera di coordinamento normativo, prevedendo l'emanazione di un testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e la condizione dello straniero, ora contenuto nel D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286. La normativa del testo unico, per espressa disposizione (art. 1), non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo che dalla stessa non derivino disposizioni più favorevoli.

Il D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 2 recepisce il contenuto della L. n. 943 del 1986, citato art. 1 e garantisce allo straniero comunque presente sul territorio nazionale (quindi anche a coloro che siano giunti clandestinamente) il godimento dei diritti fondamentali della persona previsti dal diritto interno, dalle convenzioni internazionali e dai principi internazionali (comma 1).

Coloro che soggiornano regolarmente godono inoltre: a) dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano (comma 2: capacità giuridica, diritto al nome, diritto di proprietà, ecc.); b) della parità di trattamento e della piena eguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani, in attuazione della Convenzione OIL n. 143 (comma 3); c) del diritto alla partecipazione alla vita pubblica (quarto comma); d) della parità di trattamento con il cittadino per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la P.A. e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti fissati dalle leggi ordinarie (comma 5).

Il D.Lgs. n. 286 del 1998, Capo 4<sup>^</sup> (recepisce la L. n. 40 del 1998, artt.

41 e 42), sotto la rubrica "Disposizioni sull'integrazione sociale, sulle discriminazioni e istituzione del fondo per le politiche migratorie", dopo aver posto il principio di parità di trattamento ai fini dell'assistenza sociale (art. 41) e previsto misure di integrazione sociale (art. 42), all'art. 43 introduce il concetto di "discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi", per il quale "costituisce discriminazione ogni 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". L'articolo esemplifica alcune condotte che costituiscono atto di discriminazione (comma 2, lett. a-b-c-d), in particolare assegnando carattere discriminatorio al comportamento di "chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero".

Il successivo art. 44 prevede un apposito procedimento giurisdizionale per tutelare il lavoratore extracomunitario contro il comportamento discriminatorio (azione civile contro la discriminazione). Di fronte al comportamento del privato o della P.A. a contenuto discriminatorio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, lo straniero che da tale condotta riceva pregiudizio può rivolgersi al giudice per chiedergli di ordinare la cessazione del comportamento stesso e di adottare ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione.

3.2. Come già osservato, l'accesso al lavoro dei lavoratori extracomunitari trova la sua essenziale disciplina nella L. n. 943 del 1986, la quale ha creato particolari strutture amministrative per il collocamento (art. 3), nonché nella L. 6 marzo 1998, n. 40 e nel testo unico di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998.

La L. n. 943, ha delimitato il suo campo di applicazione al carattere subordinato del rapporto e alla sua natura privata.

L'art. 14, comma 4, della legge stabilisce, infatti, che "rimangono ferme le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività".

La disposizione in questione è puntualmente ripresa dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 27, comma 3, ("rimangono ferme le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività").

Le disposizioni che richiedono il possesso della cittadinanza italiana per il rapporto di lavoro di natura pubblica sono le seguenti.

Il possesso della cittadinanza italiana è richiesto dal D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 2 (norma in vigore anche per il lavoro contrattuale, non attenendo alla disciplina del rapporto), recante lo stato dei dipendenti pubblici statali, quale requisito per l'accesso agli impieghi civili dello Stato.

Il D.Lgs. 30 marzo 2000, n. 165, art. 38, nel regolare l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'UE "ai posti di lavoro presso le amministrazioni

pubbliche", prevede anche la fissazione, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, dei "posti e delle funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana". Tali posti sono stati precisati con il D.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174.

Il D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 41 rimetteva ad un regolamento successivo la fissazione dei requisiti generali di accesso al pubblico impiego.

Il regolamento fu emanato con il D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, che all'art. 2 reca la disposizione che "possono accedere agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni i soggetti che posseggono i seguenti requisiti generali: 1) cittadinanza italiana ...." .

Pur avendo abrogato l'art. 41 con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, l'art. 43, ha mantenuto in vita il D.P.R. n. 487 del 1994, di modo che i requisiti per l'accesso al pubblico impiego continuano ad essere fissati dal regolamento ivi contenuto (vedi ora il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 70, comma 13: In materia di reclutamento, le pubbliche amministrazioni applicano la disciplina prevista dal D.P.R. 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).

3.3. Risulta, quindi, superata la tesi secondo cui il principio di parità, recato dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 2, doveva prevalere sulle disposizioni, di rango regolamentare, del D.P.R. n. 497 del 1994, disposizioni che, come constatato, sono state ormai "legificate".

Come pure, erroneamente si era tentato di attribuire rilievo al D.L. n. 416 del 1989, art. 9, comma 3 (convertito in L. n. 39 del 1990), secondo cui i cittadini extracomunitari possono essere assunti dalle pubbliche amministrazioni con le procedure della L. n. 56 del 1987, art. 16 (assunzione tramite ufficio di collocamento dei lavoratori in possesso del titolo di studio equivalente alla scuola dell'obbligo italiana). Difatti, detta norma non prevedeva requisiti ma solo modalità di accesso all'impiego, ed è poi stata abrogata dalla L. n. 40 del 1998, art. 46 (abrogazione confermata dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 47).

3.4. Ad ulteriore conferma del dato di diritto positivo sopra evidenziato si pone, del resto, proprio il testo unico approvato con D.Lgs. n. 286 del 1998.

Si è già detto dell'esplicita previsione dell'art. 27, comma 3. Inoltre, l'art. 26 liberalizza l'accesso al lavoro autonomo, ma a condizione che l'esercizio di tali attività non sia riservato dalla legge ai cittadini italiani o a cittadini di uno degli Stati membri dell'UE. L'art. 37, poi, che consente l'iscrizione agli Ordini o Collegi professionali o negli elenchi speciali agli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia in possesso dei titoli riconosciuti, sottolinea esplicitamente che ciò avviene in deroga al requisito della cittadinanza. Lo stesso art. 37 rinvia al regolamento di attuazione la disciplina di particolari modalità per il rilascio delle autorizzazioni al lavoro, dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato per alcune categorie di lavoratori stranieri specificamente individuate, tra cui ad esempio i lettori universitari di madre lingua, che appunto vengono assunti a contratto prescindendo dal requisito della cittadinanza.

Nell'ambito dello stesso sistema normativo si iscrivono le disposizioni del citato D.Lgs. n. 286 del 1998, come integrate dalla L. n. 189 del 2002, il cui



art. 22, lettera r-bis, ha aggiunto alle tipologie di lavoratori già previste la categoria degli infermieri professionali, da assumersi con contratto di lavoro subordinato presso strutture sanitarie pubbliche e private. Da ciò risulta che i medesimi, se autorizzati all'esercizio della professione in Italia, possono essere assunti senza limitazioni da datori di lavoro privati con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato; presso le strutture pubbliche, invece, l'assunzione è consentita solo se con rapporto di lavoro a tempo determinato, fuori, quindi, dell'organico dell'amministrazione datrice di lavoro.

Ne discende che la norma, in disparte la questione (irrilevante nella controversia) della sua conformità all'art. 51 Cost., introduce una deroga circoscritta e limitata alla regola della cittadinanza italiana o comunitaria per l'assunzione alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Non può servire, pertanto, a sorreggere la tesi dell'esistenza di un principio generale di ammissione dello straniero non comunitario al lavoro pubblico.

3.5. La ricognizione dei dati normativi, conduce al sicuro risultato della vigenza nell'ordinamento del D.P.R. n. 487 del 1994, art. 2, norma regolamentare che, come osservato sopra, risulta ormai "legificata" dal D.Lgs. n. 165 del 2001, menzionato art. 70, togliendo qualsiasi fondamento alla tesi secondo cui sarebbe stata abrogata per incompatibilità dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 2.

4. In effetti, la tesi del ricorrente teorizza che il diritto al lavoro, partecipando della natura dei diritti fondamentali, deve essere goduto in eguale misura dal cittadino italiano o comunitario e da quello straniero, giacché il principio di parità e quello di non discriminazione è idoneo a superare la regolamentazione specifica del diritto in questione nella parte in cui è ostativa all'accesso dei lavoratori stranieri al rapporto di lavoro pubblico.

4.1. Ora, non vi è dubbio che, tra gli aspetti giuridici dell'immigrazione extracomunitaria, la materia dell'accesso al lavoro si colloca nel quadro di regole di convivenza fra immigrati e cittadini, ovvero in quel complesso di norme che afferiscono al godimento dei diritti fondamentali, l'accesso al mercato del lavoro e ai servizi sociali, i rapporti personali e familiari.

In questo ambito il diritto al lavoro (sancito dall'art. 4 Cost.) è esso stesso diritto soggettivo, e comprende tanto la facoltà di scelta ed esercizio dell'attività professionale (offerta della forza-lavoro), quanto la possibilità di soddisfare il bisogno di accesso alle occasioni di lavoro (domanda della forza-lavoro).

Ma il diritto al lavoro garantito dall'art. 4 Cost. costituisce garanzia che la legislazione ordinaria, in modo non arbitrario e rispettoso dei valori costituzionali, ha il potere di precisare richiedendo per talune attività lavorative particolari condizioni e requisiti (cfr., tra le numerose, C. cost. 441/2000).

4.2. Ed in effetti, il lavoro pubblico subordinato, anche quello reso "contrattuale" dalla riforma attuata dalle norme ora raccolte nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (che implica, al pari di quello in regime di diritto pubblico, la possibilità del conferimento della titolarità di funzioni pubbliche), costituisce una species del lavoro subordinato, contrassegnato da elementi di peculiarità di cui i principali sono posti dagli artt. 97 e 98 Cost. e sono la necessità del concorso pubblico (salvo le deroghe previste dalla legge) ed il principio

secondo cui gli impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione (in tema di tasso di specialità del lavoro pubblico, si veda, in particolare, C. Cost. 313/1996; 309/1997, 89/2003, 199/2003).

Vi è poi da considerare l'art. 51 Cost., secondo cui tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. Si ritiene generalmente che l'intento dei costituenti fu di garantire che i fini pubblici fossero perseguiti e tutelati nel migliore dei modi, e di puntare per questo sui cittadini, nei quali si riteneva esistente una naturale compenetrazione dei fini personali in quelli pubblici; nondimeno, la formulazione della norma sembra offrire, spunti per una lettura restrittiva del riferimento agli "uffici pubblici", limitata cioè all'esercizio di attività autoritative.

Ma, anche ad accettare questa lettura riduttiva, sono le altre norme costituzionali sopra richiamate ad offrire sufficiente copertura alla disciplina ordinaria preclusiva dell'accesso al lavoro pubblico dei cittadini extracomunitari nell'ambito di una scelta che qualifica speciale il lavoro pubblico e lo assoggetta a regolamentazione particolare.

4.3. Deve altresì confutarsi la tesi secondo cui la norma sulla cittadinanza, vigente formalmente, sarebbe contrastante con un principio generale ormai acquisito dall'ordinamento nella parte in cui accorda la tutela antidiscriminatoria.

Sul terreno del diritto sostanziale, la discriminazione è comportamento illecito, non configurabile, ovviamente, se tenuto in esecuzione di disposizioni normative; su quello della tutela, è evidente che deve trattarsi del necessario riflesso della protezione accordata dal diritto sostanziale, diritto sostanziale che è nel senso della permanente vigenza della norma che prevede il requisito della cittadinanza italiana, disposizione che regola una materia specifica, qual è l'accesso al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, non potendo, quindi, operare il canone ermeneutico dell'incompatibilità con la disciplina sui lavoratori immigrati.

4.4. Conclusivamente, in materia di rapporti con la pubblica amministrazione, viene riconosciuta la parità di tutti gli aspiranti lavoratori non in termini assoluti e totali ma "nei limiti e nei modi previsti dalla legge" e ciò non comporta incompatibilità con disposizioni costituzionali, perché non rientra tra i diritti fondamentali garantiti l'assunzione alle dipendenze di un determinato datore di lavoro (v. Corte Cost. n. 120/1967 e n. 241/1974; vedi anche, in tema di diritti fondamentali che vanno riconosciuti indipendentemente dalla cittadinanza, C. cost. n. 432/2005).

Inoltre, nell'art. 7 della Convenzione dei diritti dell'uomo (resa esecutiva con L. n. 881 del 1977), non si rinviene in materia di lavoro alcun precetto che includa tra i diritti fondamentali la parità di trattamento di cittadini e stranieri in materia di requisiti di accesso ai pubblici impieghi. Piuttosto, la norma si limita a precludere discriminazioni tra lavoratori già assunti e non già tra concorrenti.

Quanto alla L. 10 aprile 1981, n. 158 - Ratifica ed esecuzione delle convenzioni numeri 92, 133 e 143 dell'Organizzazione internazionale del lavoro - nella parte in cui impegna a garantire allo straniero emigrante un trattamento identico a quello dei cittadini nazionali, la giurisprudenza della Corte ha già precisato che per dare concreta attuazione alle disposizioni della

convenzione, non basta l'ordine di esecuzione impartito dalla legge di ratifica, essendo invece necessaria l'emanazione di specifiche norme da parte dello Stato ovvero, secondo l'espressa previsione della convenzione, l'intervento della contrattazione collettiva (Cass. 1062/1999). Nè, considerata la formulazione degli impegni assunti - ... dovrà, quindi, usufruire di un trattamento identico a quello dei cittadini nazionali, specialmente per quanto riguarda le garanzie relative alla sicurezza dell'occupazione, la riqualifica, i lavori di assistenza e di reinserimento (art. 2, comma 2); ogni Stato membro per il quale la convenzione sia in vigore s'impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio (art. 10) - è consentito dubitare della conformità ad essi della disciplina preclusiva dell'accesso al lavoro pubblico.

Va comunque ricordato che l'adeguamento automatico della legislazione nazionale, ai sensi dell'art. 10 Cost., comma 1, non si estende agli impegni derivanti dalle fonti pattizie internazionali, che fanno parte del diritto nazionale in virtù di una legge ordinaria (la legge di ratifica), legge che non può costituire parametro di legittimità costituzionale di altra legge (giurisprudenza costituzionale consolidata: cfr. C. cost n. 188/1980, 15/1982, 153/1987, 75/1993, 86/1991, 288/1997).

5. Va ora esaminata la tesi secondo cui sarebbe la speciale tutela dei lavoratori disabili - tematica più direttamente estranea alla fattispecie qui proposta da Tatyana Alexandrova (Uzbekistan), a mezzo di ricorso depositato il 13/6/08 contro il Ministero degli Interni - ad imporre all'interprete di ritenere che, per il loro collocamento obbligatorio, l'assunzione alle dipendenze di pubbliche amministrazioni prescinde dal requisito della cittadinanza.

La tesi è sostenuta principalmente richiamando la sentenza costituzionale 30 dicembre 1998, n. 454, che ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità della L. 30 dicembre 1986, n. 943, artt. 1 e 5, a proposito del collocamento dei lavoratori extracomunitari immigrati, sollevata sotto il profilo dell'assenza di una norma che affermi il diritto degli extracomunitari invalidi disoccupati ad ottenere l'iscrizione negli elenchi degli aspiranti al collocamento obbligatorio.

In ragione della equiparazione disposta dalla norma del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 2, argomenta la Corte, occorrerebbe, per ritenere esistente la denunciata omissione, "rinvenire una norma che esplicitamente o implicitamente neghi ai lavoratori extracomunitari, in deroga alla piena uguaglianza, il diritto in questione".

5.1. Con questa sentenza, in materia di principio di parità, la Corte costituzionale ha ritenuto che parità e piena eguaglianza di diritti, come previste dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 2, comma 2, trovano immediata applicazione nell'ordinamento: non è necessaria una norma specifica che affermi il diritto del lavoratore extracomunitario a godere di singoli diritti, in quanto la garanzia legislativa già di per sé equipara gli extracomunitari ai cittadini nel godimento dei diritti stessi, "salvo che le convenzioni internazionali o lo stesso testo unico dispongano diversamente". Giova

*ricordare che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza 16 giugno 1995, n. 249, ha affermato, sotto il vigore della L. n. 943, che, grazie al principio di parità, si applicano al lavoratore extracomunitario anche i principi derivanti dalla legislazione comunitaria, che, in quanto validi per il cittadino italiano, debbono essere necessariamente altrettanto validi per l'extracomunitario. Analoga impostazione risulta seguita, sempre in materia di ammissione al collocamento, da questa Corte (3345/1998), la quale ha in proposito modificato un precedente contrario indirizzo (vedi Cass. 6167/1994).*

*5.2. Ma tutto ciò non può giovare alla tesi del ricorrente alla stregua di tutte le considerazioni già svolte nell'esame della tesi secondo cui non sarebbe più vigente il requisito della cittadinanza per l'accesso al lavoro subordinato pubblico. Va, in primo luogo precisato che la speciale disciplina sul collocamento obbligatorio degli invalidi va ricondotta non all'assistenza sociale (art. 38 Cost., comma 1; D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 41), ma alle forme di attuazione del diritto che "gli inabili e i minorati" hanno, a norma dell'art. 38 Cost, comma 3, all'avviamento professionale (cfr. C. cost. n. 38 del 1960 e n. 55 del 1961), diritto del quale gode anche lo straniero avente titolo ad accedere al lavoro subordinato nel territorio dello Stato in condizioni di uguaglianza con i cittadini, non essendovi, sotto questo profilo, ragione di differenziarne il trattamento rispetto al cittadino italiano.*

*Ora, spetta pur sempre al legislatore stabilire le condizioni di accesso a speciali forme di lavoro subordinato o autonomo, esprimendo la stessa Costituzione il principio di non parificazione dello straniero con il cittadino e l'ordinamento, con il complesso di norme già esaminate, mediante scelta conforme al dettato costituzionale, ha stabilito il requisito della cittadinanza per l'accesso al lavoro pubblico.*

*Non è, quindi, condivisibile la tesi che la legislazione di sostegno dei lavoratori disabili non incontri la limitazione della disciplina particolare della materia dell'impiego pubblico, costituzionalmente legittima anche nella parte in cui non deroga al requisito della cittadinanza per le categorie protette.*

*5.3. Del resto, la stessa sentenza costituzionale 454/1998, avverte esplicitamente che il principio di parità può essere derogato da convenzioni internazionali, da norme dello stesso testo unico sull'immigrazione o altre disposizioni speciali presenti nell'ordinamento giuridico nazionale, che disciplinino particolari settori negando, esplicitamente o implicitamente, al cittadino extracomunitario, in deroga alla "piena uguaglianza", la possibilità di esercitare un diritto invece riconosciuto al cittadino italiano o comunitario.*

*Giova anche richiamare la sentenza n. 120/1967 della Corte costituzionale, secondo cui il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., va letto in connessione con l'art. 2 Cost. e art. 10 Cost., comma 2, "il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, mentre l'altro dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali".*

*6. Il ricorso va, dunque, rigettato in base al seguente principio di diritto: "Il requisito del possesso della cittadinanza italiana, richiesto per accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dal D.P.R. n. 487 del 1994, art. 2 - norma "legificata" dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 70, comma 13 - e dal quale si prescinde, in parte, solo per gli stranieri comunitari, nonché per casi particolari (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 38; D.Lgs. n. 286 del 1998,*

art. 22), 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 L. n. 158 del 1981, sancisce, in generale, parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti per i lavoratori extracomunitari rispetto ai lavoratori italiani; ne' 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 (artt. 51, 97 e 98 Cost.)".

7. Sussistono evidenti giusti motivi (natura e novità della questione; difformità tra le pronunce di merito) per compensare le spese del giudizio di Cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di Cassazione. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Lavoro, il 19 ottobre 2006.

Depositato in Cancelleria il 13 novembre 2006".

La sentenza della Corte venne subito definita da alcuni annotatori "un brusco stop", "una limitazione non condivisibile che penalizza i cittadini stranieri", "il no della Cassazione", etc., una pronuncia che ignorava, sostanzialmente, interessanti approdi della giurisprudenza di merito.

## **§ 6. Dissensi nella giurisprudenza di merito.**

La maggior apertura al diritto dello straniero extracomunitario proveniente da alcuni settori della giurisprudenza di merito è rappresentata ad es. dalle seguenti ordinanze/sentenze:

Cons. Stato, sez. VI, 2001/n. 4543;  
Tar. Liguria, 2001/n. 399;  
App. Firenze, 2/7/02, 30/9/05, 21/12/05;  
Trib. Genova, 19/3/04, 21/4/04, 26/6/04;  
Trib. Pistoia, 7/5/05, confermata da App. Firenze 21/12/05;  
Trib. Firenze, 14/1/06;  
Trib. Imperia, 12/9/06;  
Trib. Perugia, 29/9/06, 6/12/06;  
Trib. Bologna, 7/9/07;  
Trib. Milano, 30/5/08;  
Trib. Genova 29/06/11;  
Trib. Genova 19/07/11;  
Trib. Genova 16/08/11;  
Trib. Milano 04/10/11;

Trib. Milano 20/12/11;  
Trib. Brescia 29/12/11;  
Trib. Milano 09/01/12;  
Trib. Firenze 26/01/12;  
Trib. Trieste 17/03/12;  
Trib. Milano 22/03/12;  
Trib. Rimini 06/06/12;  
Trib. Perugia 08/06/12.

La maggior parte di queste pronunce, come manifesto dal dato cronologico, sono successive e in aperto contrasto, talora, con il menzionato intervento della Sezione Lavoro della Cassazione.

### **§ 7. Suggestioni del caso concreto ed avvio a conclusione decisoria.**

Jean Pierre Ruhigisha, secondo l'interpretazione proposta dal Centro provinciale per l'impiego di Brindisi ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in quanto privo della cittadinanza italiana, non può essere assunto come centralinista telefonico non vedente presso la ragioneria territoriale dello Stato di Brindisi.

Il cittadino extracomunitario, tuttavia, possiede la carta di soggiorno in qualità di soggiornante di lungo periodo ed è coniugato con una cittadina italiana dal 5/3/2011.

La resistenza, dunque, delle Amministrazioni all'avviamento al lavoro appare particolarmente irragionevole, stentando a comprendersi, proprio al vaglio del pubblico interesse, perché il cittadino extracomunitario, legalmente e stabilmente soggiornante nel territorio dello Stato al punto da avervi creato un collegamento stabile e duraturo come il matrimonio con una cittadina italiana, con ciò esplicitando la propria volontà di radicarsi sul territorio, non possa avere la possibilità di lavorare per lo Stato in cui ha deciso di risiedere stabilmente, in omaggio ad una concezione della pubblica amministrazione profondamente radicata nella tradizione culturale e giuridica anche italiana.

Difficile, a fronte di simili fattispecie, difendere la *ratio* sottesa all'art. 51 ("tutti i cittadini (...) possono accedere agli uffici pubblici (...)"), come all'art. 98 ("i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione") della Costituzione.

Del resto la stessa Cassazione (sent. 2006/n. 24170), osserva che "*vi è poi da considerare l'art. 51 Cost., secondo cui tutti i*

*cittadini possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. Si ritiene generalmente che l'intento dei costituenti fu di garantire che i fini pubblici fossero perseguiti e tutelati nel migliore dei modi, e di puntare per questo sui cittadini, nei quali si riteneva esistente una naturale compenetrazione dei fini personali in quelli pubblici; nondimeno, la formulazione della norma sembra offrire, spunti per una lettura restrittiva del riferimento agli "uffici pubblici", limitata cioè all'esercizio di attività autoritative".*

E' dunque anacronistica e irragionevole, in fattispecie simili alla presente, l'invocazione dell'art. 98 Cost.

La fattispecie in esame conferma una problematica di concorrenza sul mercato del lavoro tra cittadini italiani e cittadini stranieri anche extracomunitari, che certamente può suscitare allarmismo, anche se non sempre giustificato, attesa la penuria di valide occupazioni in generale e in taluni settori in specie. Più che un profilo discriminatorio, nella accezione più istintiva ed impropria del termine, legata ad una specifica intenzionalità, parrebbe piuttosto altro profilo inespresso a schiudersi: "già ci sono pochi posti di lavoro per gli italiani...". La soluzione, peraltro, sul piano legislativo non può cadere dall'alto di una mannaia soggettivamente discriminatoria, che non può in alcun modo essere strumentalizzata per politiche di tipo protezionistico del mercato nazionale del lavoro, certamente favorite in periodi di disoccupazione più elevata.

Controproducente, parimenti, l'esclusione oggetto di controversia nella prospettiva di assicurazione del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97, co. 1, Cost.), particolarmente avvertita nel caso di specie per la natura dell'impiego di centralinista telefonico presso le ragionerie territoriali dello Stato, dove il possesso di un patrimonio culturale e linguistico "diverso" appare quanto mai opportuno, se non necessario, un valore aggiunto.

Più in generale, poi, il principio dell'accesso al lavoro pubblico mediante concorso (art. 97, co. 3, Cost.) appare maggiormente rispettato dall'ampliamento della base selettiva delle persone concorrenti (un cittadino italiano meno competente e titolato, per semplificare, non può nella logica concorsuale e di buon andamento essere preferito allo straniero più competente e titolato).

In via logicamente preliminare, per risolvere la presente lite, occorre porsi la seguente questione di diritto: se l'art. 70, co. 13 d.lgs. 2001/n.165 nella parte in cui richiama il D.P.R. 1994/n. 487, abbia perdurante efficacia e vigenza nell'odierno sistema normativo.

Deve condividersi con il Supremo Collegio (Cass. 2006/n. 24170) che l'introduzione di una normativa speciale sull'impiego di lavoratori cittadini di Stati extracomunitari non ha avuto per effetto l'abrogazione né tacita né implicita dell'art. 2 del D.P.R. n. 487 del 1994, anzi specificamente richiamato in fonte di pari rango primario emanata nel successivo 2001 (art. 70, co. 13 T.U. pubblico impiego), poiché tale rinvio costituisce "legificazione" (sic Cass. 2006/n. 24170).

Non può invece condividersi con la Suprema Corte che *"il diritto al lavoro garantito dall'art. 4 Cost. costituisce garanzia che la legislazione ordinaria, in modo non arbitrario e rispettoso dei valori costituzionali, ha il potere di precisare richiedendo per talune attività lavorative particolari condizioni e requisiti"* nella parte in cui generalizza all'intero pubblico impiego ciò che invece lo stesso art. 27, co. 3 d.lgs. 1998/n. 286 riferisce letteralmente *"allo svolgimento di determinate attività"*, con ciò facendo riferimento ad un aspetto oggettivo del rapporto di lavoro e non a qualità personali dei soggetti del medesimo.

In una lettura orientata del sistema, illuminata dagli artt. 3 e 4 della Costituzione, che notoriamente hanno valore, al di là della formulazione letterale, per tutti e non per i soli cittadini, quella prospettiva è assolutamente da rovesciarsi, richiedendosi di dimostrare non già l'esistenza di un principio generale di ammissione dello straniero non comunitario al lavoro pubblico, bensì l'esistenza di ragionevoli, oggettive, specifiche limitazioni del principio medesimo.

Ricordiamo, su questa linea d'onda, che la Corte Costituzionale, con sent. 1998, n. 454, ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità della l. 1986, n. 943, artt. 1 e 5, a proposito del collocamento dei lavoratori extracomunitari immigrati, sollevata sotto il profilo dell'assenza di una norma che affermi il diritto degli extracomunitari invalidi disoccupati ad ottenere l'iscrizione negli elenchi degli aspiranti al collocamento obbligatorio. In ragione della equiparazione disposta dalla norma del d.Lgs. n. 286 del 1998, art. 2, argomenta la Corte, occorrerebbe, per ritenere esistente la denunziata omissione, *"rinvenire una norma che esplicitamente o implicitamente neghi ai*



*lavoratori extracomunitari, in deroga alla piena uguaglianza, il diritto in questione".*

La prospettiva, dunque, nell'affrontare il problema qui discusso deve essere ribaltata e incentrata sul divieto di discriminazione, correlato a un diritto di natura universale, inviolabile, posto a tutela della dignità umana e sociale, e delle libertà fondamentali della persona, che prima ancora di essere cittadina di un qualche paese è, appunto, persona, che per diritto naturale, potrebbe dirsi, può essere parte di un rapporto di lavoro.

La Suprema Corte, del resto, si è pronunciata recentemente nello stesso ordine di idee ribadendo il principio per cui *"il lavoro non è solo strumento di sostentamento economico, ma è anche strumento di accrescimento della professionalità e di affermazione della propria identità a livello individuale e nel contesto sociale.*

*Questa molteplicità di profili è considerata dalla Costituzione quando afferma che la Repubblica è fondata sul lavoro (art. 1), riconosce i diritti dell'uomo "sia come singolo che nelle formazioni sociali" (art. 2) e in particolare riconosce "il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto", che è altresì un "dovere" nei confronti della società (art. 4)" (Cass. SL, 2012 n. 9965).*

Aderiamo, pertanto, all'impostazione interpretativa che il diritto al lavoro, partecipando della natura dei diritti fondamentali, deve essere goduto in eguale misura dal cittadino italiano o comunitario e da quello straniero, giacché il principio di parità e quello di non discriminazione sono idonei a superare la regolamentazione specifica del diritto in questione nella parte in cui è ostativa all'accesso dei lavoratori stranieri al rapporto di lavoro pubblico.

Non può, invero, aderirsi a quanto enunciato in motivazione nella sent. 2006/n. 24170 quando lapidariamente afferma *"non rientra tra i diritti fondamentali garantiti l'assunzione alle dipendenze di un determinato datore di lavoro"*, dal momento che con tale affermazione ci pare voler ignorare e nascondere l'importanza della problematica qui discussa, trattando il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni al pari dell'assunzione di un apprendista al Bar dello Sport e non come un fenomeno e una dimensione giuridico-economica idonea a caratterizzare il grado di civiltà di una intera nazione e a rappresentare una importante componente del metro valutativo dell'indice di integrazione in una società democratica.

Del pari non può condividersi, invero, neppure altro passaggio

argomentativo della motivazione della più volte ricordata pronuncia della Cassazione (sent. 2006/n. 24170), dove si afferma che *“deve altresì confutarsi la tesi secondo cui la norma sulla cittadinanza, vigente formalmente, sarebbe contrastante con un principio generale ormai acquisito dall'ordinamento nella parte in cui accorda la tutela antidiscriminatoria.*

*Sul terreno del diritto sostanziale - osserva la Corte - la discriminazione è comportamento illecito, non configurabile, ovviamente, se tenuto in esecuzione di disposizioni normative; su quello della tutela, è evidente che deve trattarsi del necessario riflesso della protezione accordata dal diritto sostanziale, diritto sostanziale che è nel senso della permanente vigenza della norma che prevede il requisito della cittadinanza italiana, disposizione che regola una materia specifica, qual è l'accesso al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, non potendo, quindi, operare il canone ermeneutico dell'incompatibilità con la disciplina sui lavoratori immigrati”.*

Riteniamo, infatti, che in relazione al lavoro, sia privato che pubblico, il principio di non discriminazione investa ormai tutti gli aspetti del rapporto, a cominciare dal momento fondamentale dell'accesso, per impulso del diritto comunitario (direttive 2000/43 e 2000/78 CE) cui l'ordinamento si è adeguato con i d.lgs 2003/nn. 215 e 216, successivi, dunque, allo stesso T.U. del pubblico impiego.

Ricordiamo, ancora, l'apertura verso il principio di equiparazione posta dall'intervento del giudice delle leggi, con la sent. 2005/n. 432: *“(...) secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero solo quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo (v., fra le tante, la sentenza n. 62 del 1994): così da rendere legittimo, per il legislatore ordinario, introdurre norme applicabili soltanto nei confronti di chi sia in possesso del requisito della cittadinanza - o all'inverso ne sia privo - purché tali da non compromettere l'esercizio di quei fondamentali diritti.*

Nell'ambito del principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno degli Stati membri della Comunità Europea, l'art. 45.4 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 39.4 TCE) prevede che le disposizioni in materia *“non sono applicabili agli impieghi della pubblica amministrazione”*, introducendo pertanto una rilevante eccezione.

Da tempo, ormai, simile interpretazione letterale non è più

accreditata.

In quanto deroga ad una delle libertà fondamentali la Corte di Giustizia è intervenuta più volte introducendo una lettura restrittiva della eccezione, sin dalla pronuncia 17/12/80, Commissione v. Regno del Belgio, giungendo ad affermare che il requisito della cittadinanza può legittimamente essere richiesto solo per l'accesso a quegli impieghi "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", spostando dunque l'asse discrezionale dalla persona del lavoratore, e dalla sua cittadinanza, al dato oggettivo del contenuto e natura della prestazione.

V. in seguito, in molteplici settori, gli interventi della Corte di Giustizia, 3/6/86 (infermieri negli ospedali pubblici), 30/5/89 (lettori di lingua straniera), 3/7/86 e 27/11/91 (insegnanti), 16/6/87 (ricercatore CNR), nel corso dei quali la giurisprudenza comunitaria ha chiarito, inoltre, che alla interpretazione accolta non potrebbe essere opposta neppure una norma interna di rango costituzionale, che ponesse il requisito della cittadinanza come requisito di accesso al pubblico impiego, in forza del primato del diritto comunitario.

Cfr. in questa direzione l'art. 38 del d.lgs. 2001/n. 165, ai sensi del quale "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" (co. 1). "Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 17 della l. 1988/n. 400, e successive modificazioni ed integrazioni, sono individuati i 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 co. 1" (co. 2).

Si tratta, certamente, di una evoluzione dei principi in ambito comunitario, che tuttavia non può lasciare indifferente l'interprete in un caso investito dal nucleo fondamentale di quella stessa problematica.

Del resto già abbiamo ricordato che la stessa Cassazione (sent. 2006/n. 24170), argomentando intorno all'art. 51 Cost., ammetta, *"si ritiene generalmente che l'intento dei costituenti fu di garantire che i fini pubblici fossero perseguiti e tutelati nel migliore dei modi, e di puntare per questo sui cittadini, nei quali si riteneva esistente una naturale compenetrazione dei fini personali in quelli"*

*pubblici; nondimeno, la formulazione della norma sembra offrire, spunti per una lettura restrittiva del riferimento agli "uffici pubblici", limitata cioè all'esercizio di attività autoritative". Più che spunti, oggi, macigni.*

E cfr. ora gli artt. 3, co. 3, dei dd.lggss. 2003/nn. 215 e 216, per la posizione di una generale eccezione dell'illecito discriminatorio per ragioni soggettive, che può derivare da fattori oggettivi dell'attività lavorativa o del suo contesto.

*Troppo sbrigativa e riduttiva ci pare l'affermazione della medesima pronuncia, che "nell'art. 7 della Convenzione dei diritti dell'uomo (resa esecutiva con l. 1977/n. 881), non si rinviene in materia di lavoro alcun precetto che includa tra i diritti fondamentali la parità di trattamento di cittadini e stranieri in materia di requisiti di accesso ai pubblici impieghi. Piuttosto, la norma si limita a precludere discriminazioni tra lavoratori già assunti e non già tra concorrenti".*

Di particolare interesse, invece, ci pare ad es. la sent. 4/5/2007 del Tribunale di Pistoia, che a mezzo di ampia ed elaborata argomentazione giunge ad affermare il rilievo preminente della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), resa esecutiva in Italia con l. 1955/n. 848 alla luce degli interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo, pervenendo – in quella fattispecie – alla conclusione della prevalente operatività del principio di cui all'art. 14, di non discriminazione (anche in ragione dell'origine nazionale) nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione (tra i quali, in quella fattispecie, le prestazioni sociali, anche di tipo non contributivo, configurabili come diritti patrimoniali ex art. 1, del Protocollo 1, secondo l'elaborazione interpretativa della Corte di Strasburgo)(cfr. anche l'adesione del Tribunale di Siena, sent. 17/9/07).

A conforto di quanto precede, inoltre, l'art. 10 della Convenzione OIL n. 143 "sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti", adottata dalla Conferenza generale dell' OIL il 24 giugno 1975 ed entrata in vigore il 9 dicembre 1978, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 10 aprile 1981/n. 158, riconosce il diritto alla pari opportunità di trattamento in materia di occupazione per le persone che, in quanto lavoratori migranti, si trovino legalmente sul territorio di ciascuno Stato membro.

Tale Convenzione, in assenza di espressa previsione in tal senso e di riserva formulata dalla Repubblica italiana in sede di

ratifica, si applica su base generale ed a prescindere dalla reciprocità; pertanto deve venire in applicazione anche nel caso di specie.

La suddetta previsione di fonte internazionale pattizia, contrariamente a quanto si affermava anteriormente all'introduzione del vigente primo comma dell'art. 117 Cost., previa verifica della conformità della fonte pattizia in oggetto alla Costituzione, costituisce sia parametro interposto per il giudizio di costituzionalità, sia criterio di riferimento per un'interpretazione costituzionalmente orientata (Corte Cost. 24/10/2007 nn. 348 e n. 349, nonché Corte Cost. 11/3/2011 n. 80).

Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, co. 1 del T.U. pubblico impiego, la Corte Costituzionale, proprio sotto il profilo del contrasto con la richiamata fonte internazionale, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, ritenendo possibile e doverosa un'interpretazione conformativa della predetta disposizione (Corte Cost. ord. 15/04/2011 n. 139).

Dallo stesso testo della motivazione del giudice delle leggi si desume il punto di riferimento per interpretare in modo costituzionalmente orientato il discrimine segnato dalla norma tra le attività per le quali è necessaria la qualità di cittadino italiano e quelle che, invece, ne possono prescindere. Per quanto concerne l'individuazione degli impieghi nella pubblica amministrazione per i quali è necessario il possesso della cittadinanza italiana *"la Corte di giustizia europea (decisione del 17 dicembre 1980, causa 149/79) ha affermato che devono rientrare nell'esclusione tutti quei posti che implicano in maniera diretta o indiretta la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche, in quanto presuppongono l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità di diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza"*.

Nel caso di specie, emerge con evidenza il fatto che la qualifica di centralinista telefonico non partecipa dell'in-sé del pubblico potere, poiché non ha ad oggetto l'esercizio di funzioni implicanti l'esercizio della discrezionalità, vuoi tecnica, vuoi amministrativa, bensì si sostanzia integralmente nell'adempimento di mansioni d'ordine.

In difetto di ragioni oggettive connesse all'interesse nazionale, non è giustificato pertanto un trattamento differenziato tra cittadini

italiani e non, ai fini dell'accesso all'impiego cui ambisce il ricorrente, sicché riemerge nella sua piena portata la disciplina antidiscriminatoria di cui all'art. 43, co. 1 e 2 e 44 T.U. immigrazione e degli artt. 2, co. 1, 3, co. 1 lett. a) e 4 del d.lgs. 9 luglio 2003/n. 215.

Il comportamento delle Amministrazioni convenute, consistito nel mancato avviamento al lavoro di Jean Pierre Ruhigisha per il solo fatto che egli non fosse in possesso della cittadinanza italiana (circostanza desumibile dal doc. 8 del Ministero resistente), deve pertanto essere dichiarato illegittimo, ai sensi dell'art. 43 d.lgs. 1998/n. 286 in quanto costituisce discriminazione, "diretta", che implica "distinzione" ed "esclusione (...) basata (...) sull'origine nazionale, avente lo scopo o l'effetto di (...) compromettere il riconoscimento (...) in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo (...) economico e sociale (...)".

Ai sensi della lettera c) del co. 2 dell'art. 43 del T.U. in materia di immigrazione e condizione dello straniero, inoltre, "in ogni caso" compie un atto di discriminazione "chiunque illegittimamente (...) si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione (...) allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero (...)", rendendosi esplicita la criticità del problema discriminatorio nel momento fondamentale di integrazione dello straniero nel nostro Paese costituito dall'accesso al mondo del lavoro.

Parimenti la lettera e) del medesimo comma definisce "discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti (...) ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa", confermandosi l'amplissimo spettro della tutela antidiscriminatoria gravitante intorno al lavoro e la centralità di fattori esclusivamente oggettivi, che soli possono legittimare eccezionali esclusioni.

E' evidente nell'interpretazione proposta l'adozione di una lettura oggettiva dell'illecito discriminatorio, che prescinde dalla rilevanza di qualsiasi momento psicologico proprio del suo autore, in particolare di uno specifico intento discriminatorio. Concetti, diffusamente accettati dagli interpreti.

Alle Amministrazioni convenute deve quindi essere ordinata la cessazione del comportamento e, al fine della rimozione degli effetti, l'utile collocazione del ricorrente nella graduatoria approvata

con D.D. n. 1159 del 10 agosto 2011 e pubblicata in pari data all'Albo pretorio provinciale oltre che sul sito web del Servizio Politiche Attive del Lavoro e Formazione Professionale, cui attingere per l'avviamento al lavoro di un centralinista telefonico non vedente da assegnarsi alla Ragioneria Territoriale dello Stato di Brindisi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, comma 4 della legge 29 marzo 1985 n. 113.

Rileviamo, infine, che alcuna pretesa al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, è stata formulata dal ricorrente e, se formulata implicitamente in relazione alla atipicità della tutela, la stessa appare proposta in termini meramente alternativi alla tutela in forma specifica, in via principale, che ci avviamo ad accordare.

P.Q.M.

*accerta ex art. 44 d.lgs. 1998/n. 286, in danno di Jean Pierre Ruhigisha discriminazione per motivi nazionali attuata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, resistente, e dalla Provincia di Brindisi, convenuta, contumace;*

*ordina la cessazione del comportamento pregiudizievole e, al fine di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio, ordina alle Amministrazione convenute l'utile collocazione del ricorrente nella graduatoria, approvata con D.D. n. 1159 del 10 agosto 2011 e pubblicata in pari data all'Albo pretorio provinciale oltre che sul sito web del Servizio Politiche Attive del Lavoro e Formazione Professionale, cui attingere per l'avviamento al lavoro di un centralinista telefonico non vedente da assegnarsi alla Ragioneria Territoriale dello Stato di Brindisi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, comma 4 della legge 29 marzo 1985 n. 113, ordinando altresì la correlata attuazione conformativa sul piano lavorativo.*

*Condanna il Ministero dell'Economia e delle Finanze al pagamento di € 2.500,00 per complessive spese processuali, oltre Iva e Cap come per legge.*

Siena, 3/09/2012

il giudice  
Delio Cammarosano

Ordinanza redatta con la collaborazione della tirocinante,  
dott.ssa Costanza Piermartini.

