

Il Giudice del lavoro a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 30.06.2011

osserva quanto segue.

PREMESSO IN FATTO

Con ricorso ex art. 44 decreto legislativo n. 286/98 e 4 n. 215/03 depositato in cancelleria in data 6.06.2011 [redacted] ha chiesto al giudice un provvedimento avverso la discriminazione subita da parte dell'Azienda per i servizi sanitari n. 1 Triestina.

In particolare parte attrice nel proprio ricorso esponeva di essere cittadina colombiana regolarmente residente in Italia dal 2003, di essere coniugata dal 21.3.09 con un cittadino italiano con cui convive nella residenza di Trieste, che dal matrimonio in data 24.5.09 è nata una bambina, di avere inoltrato domanda per il riconoscimento della cittadinanza italiana, procedura ancora in corso, di avere un titolo professionale per l'esercizio della professione di infermiera dal 2003, di essere iscritta dal 2006 all'albo per l'esercizio della professione di infermiera, di svolgere attività di infermiera professionale dal 2004 alle dipendenze di una cooperativa sociale, di operare presso la [redacted] [redacted], cui è stata assegnata dal dicembre 2006 al dicembre 2008, di aver svolto la propria opera anche presso l'[redacted].

A fronte di ciò parte attrice proseguiva evidenziando che con bando pubblicato nel BUR in data 6.4.11 la ASS n. 1 Triestina aveva messo a concorso 31 posti di collaboratore professionale sanitario infermiere cat. D, che la ricorrente era in possesso dei requisiti ad eccezione di quelli indicati nell'art. 2 lett. A del bando e consistente nella cittadinanza italiana ovvero di uno dei paesi dell'unione europea; norma discriminatoria a proprio avviso in quanto in contrasto con le norme disciplinanti la presenza di lavoratori extracomunitari in Italia.

In particolare parte ricorrente affermata la giurisdizione ordinaria del GO adito in ragione di quanto previsto dall'art. 43 del decreto legislativo n. 286/98 e dell'art. 2 del decreto legislativo n. 215/03 e quindi la titolarità del diritto soggettivo alla parità di trattamento, assumeva che la parità era sancita nella Convenzione OIL ratificata nel 1981 dall'Italia, che la disposizione del bando contrastava con detta disposizione e non trovava giustificazione nell'esercizio di poteri pubblici ovvero funzioni di interesse nazionale trattandosi di attività di infermiere professionale in struttura pubblica.

Parte convenuta pur regolarmente evocata in giudizio non si costituiva ed il giudice ne dichiarava la contumacia; compariva peraltro informalmente su delega del direttore la asl dichiarando di rimettersi al provvedimento giudiziale.

Il giudice interrogate le parti all'udienza odierna si è riservata la decisione.

IN DIRITTO

La domanda di accertamento della condotta discriminatoria tenuta dall'azienda sanitaria convenuta in giudizio va accolta siccome fondata; infatti come dichiarato dalle delegate dell'azienda sanitaria la domanda della ricorrente, presentata entro il termine perentorio del 9.06.11, non verrà esaminata ovvero la stessa sarà esclusa in quanto non in possesso del requisito richiesto dal bando della cittadinanza italiana salve equiparazioni stabilite dalle leggi vigenti o cittadinanza di uno dei Paesi dell'unione europea (cfr. art. 2 lett.a bando dimesso sub. 9), essendo cittadina colombiana, in possesso di regolare permesso di soggiorno ed inoltre avente i requisiti per ottenere la cittadinanza italiana essendo residente in Italia, coniugata con cittadino italiano e con un figlio (cfr. docc. 5,6,7,8 parte attrice).

In particolare il requisito che risulta discriminatorio non trova giustificazione nella funzione che l'attrice, se supererà la selezione, dovrebbe svolgere di collaboratore professionale sanitario-infermiere (cat. D), mansione che tra l'altro secondo quanto allegato in ricorso la ricorrente svolge già da anni anche per strutture pubbliche come dipendente però di società cooperativa (cfr. docc.2,3,4 parte attrice).

A fronte di ciò va ricordato che l'art.3 della legge n. 215/03 dispone che:"...

1. 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;
- b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento;
- c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;
- d) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni;
- e) protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale;
- f) assistenza sanitaria;
- g) prestazioni sociali;
- h) istruzione;

i) accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio.

2. Il presente decreto legislativo non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, nè qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti.

3. Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla razza o all'origine etnica di una persona, qualora, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima.

4. Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari....".

La norma poi contenuta in art. 4 e riguardante la tutela giurisdizionale dispone che: "...1. La tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti di cui all'articolo 2 si svolge nelle forme previste dall'articolo 44, commi da 1 a 6, 8 e 11, del testo unico , in quanto compatibili (1).

2. Chi intende agire in giudizio per il riconoscimento della sussistenza di una delle discriminazioni di cui all'articolo 2 e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile o, nell'ipotesi di rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, anche tramite le associazioni di cui all'articolo 5, comma 1.

3. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione (2).

4. Con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti. Al fine di impedirne la ripetizione, il giudice può ordinare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

5. Il giudice tiene conto, ai fini della liquidazione del danno di cui al comma 4, che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

6. Il giudice può ordinare la pubblicazione del provvedimento di cui ai commi 4 e 5, a spese del convenuto, per una sola volta su un quotidiano di tiratura nazionale (3).

7. Resta salva la giurisdizione del giudice amministrativo per il personale di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165...".

Inoltre a livello processuale va ricordato che in ragione della disciplina di cui al decreto legislativo n. 296/1998 testo unico sulla condizione dello straniero in Italia si dispone che:"Art. 43

1. Ai fini del presente capo, 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.

2. In ogni caso compie un atto di discriminazione:

a) il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionali, lo discriminino ingiustamente;

b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità;

c) 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 o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità;

d) chiunque impedisca, mediante azioni od omissioni, l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità;

e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa.

3. Il presente articolo e l'articolo 44 si applicano anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apolidi e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia..."; ed ancora art. l'art .44 medesimo testo normativo intitolato Azione civile contro la discriminazione statuisce che:".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 tribunale in composizione monocratica del luogo di domicilio dell'istante (1).
3. Il tribunale in composizione monocratica, 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 (1).
4. Il tribunale in composizione monocratica provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi (1).
5. Nei casi di urgenza il tribunale in composizione monocratica provvede con decreto motivato, assunte, ove occorre, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza, il tribunale in composizione monocratica, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto (1).
6. Contro i provvedimenti del tribunale in composizione monocratica è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'articolo 739, secondo comma, del codice di procedura civile. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737, 738 e 739 del codice di procedura civile (1).
7. Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale.
8. Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti del tribunale in composizione monocratica di cui ai commi 4 e 5 e dei provvedimenti del tribunale di cui al comma 6 è punito ai sensi dell'articolo 388, primo comma, del codice penale (1).
9. Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza a proprio danno del comportamento discriminatorio in ragione della razza, del gruppo etnico o

linguistico, della provenienza geografica, della confessione religiosa o della cittadinanza può dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di cui all'articolo 2729, primo comma, del codice civile.

10. Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del presente articolo, ordina al datore di lavoro di definire, sentiti i predetti soggetti e organismi, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

11. Ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 43 posti in essere da imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, è immediatamente comunicato dal tribunale in composizione monocratica, secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione, alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione del beneficio, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni, o enti revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto (1).

12. Le regioni, in collaborazione con le province e con i comuni, con le associazioni di immigrati e del volontariato sociale, ai fini dell'applicazione delle norme del presente articolo e dello studio del fenomeno, predispongono centri di osservazione, di informazione e di assistenza legale per gli stranieri, vittime delle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

(1) Comma modificato dall'articolo 28, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189.

...".

Trattasi di disposizioni che come ricordato di recente dalla Corte di Cassazione a sezioni unite in sede di regolamento di giurisdizione 18-01-11/30.03.11 n. 7186 nella propria motivazione, hanno natura di carattere processuale e sostanziale e sono state introdotte: "...al fine di consentire una più efficace attuazione concreta delle norme di carattere sostanziale di divieto di discriminazioni basate sulla razza, la religione, l'origine etnica, la cittadinanza, ecc, e cioè la speciale azione disciplinata dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44 (t.u. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nel quadro delle previsioni di carattere sostanziale di cui all'art. 43, che, in relazione alla materia regolata dal t.u., delinea in maniera molto circostanziata la disciplina di divieto delle discriminazioni (rispetto alla quale possono assumere rilievo anche le varie disposizioni dello stesso testo normativo circa i diritti e i doveri dello straniero, comprese ora le disposizioni di cui agli artt. 9 e 9 bis, nel testo di cui al D.Lgs. n. 3 del 2007, art. 1, comma 1, emanato per dare attuazione alla direttiva 2003/109/CE sullo status di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo). Il modello di azione delineato dall'art. 44 cit. è richiamato, poi, con taluni secondari adattamenti, dal D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, artt. 4 e 4 bis (il secondo inserito dal D.L. n. 59 del 2008, art. 8 sexies, convertito con modificazioni dalla L. n. 101 del 2008) e dal D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 4, testi normativi che, dando attuazione, rispettivamente, alla direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e alla direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, formano con lo stesso d.lgs. 286/1998 (oltre che con altre disposizioni di carattere generale o settoriale -cfr. per esempio il D.Lgs. n. 67 del 2006 di contrasto alle discriminazioni delle persone con disabilità, il cui art. 3 fa analogamente rinvio al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 44 -, nonché con fonti sovranazionali e in particolare comunitarie) un complesso normativo antidiscriminatorio di lettura non del tutto agevole, a causa della tecnica adottata della successiva integrazione e ripetizione, sotto prospettive parzialmente diverse, delle previsioni antidiscriminatorie...".

In particolare la Corte, con pronuncia integralmente condivisa dalla scrivente, ha confermato in questa materia la giurisdizione del Go adito dichiarando che: "... Si è osservato che la chiarezza del dato normativo non consente dubbi riguardo all'attribuzione alla giurisdizione ordinaria della tutela contro gli atti e i comportamenti ritenuti lesivi del principio di parità e, in particolare della parità di trattamento dovuta, a norma del D.Lgs. n. 215 del 2003, art. 3, "senza distinzione di razza ed origine etnica (...) a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato", per la cui attuazione viene fatto i. -rinvio dagli artt. 4 e 4 bis - quest'ultimo diretto ad assicurare la speciale tutela processuale nel caso di ritorsioni nei confronti di attività dirette a perseguire la parità di trattamento - al procedimento D.Lgs. n. 286 del 1998, ex art. 44 (Cass. S.U. n. 3670/2011 cit).

Nella stessa occasione, circa il rapporto tra situazioni sostanziali e modi di tutela processuale, si è osservato che costituiscono oggetto di tutela veri e propri diritti assoluti, derivanti dal fondamentale principio costituzionale di parità (art. 3 Cost.) e dalle analoghe norme sovranazionali, in attuazione delle quali il legislatore nazionale ha emanato le normative in esame; e circa l'attribuzione al giudice ordinario anche del giudizio di merito, si è rilevato in particolare che comporterebbe l'introduzione di una palese anomalia sistematica ammettere la possibile attribuzione al giudice amministrativo del giudizio di merito, con interruzione del nesso tra giudizio cautelare, finalizzato ad assicurare interimamente o ad anticipare gli effetti del giudizio di merito, e quest'ultimo.

4. Tali rilievi sono condivisibili e sono recepiti in questa sede.

In presenza di normative che, al fine di garantire parità di trattamento, in termini particolarmente incisivi e circostanziati, e correlativamente vietare discriminazioni ingiustificate, con riferimento a fattori meritevoli di particolare considerazione sulla base di indicazioni costituzionali o fonti sovranazionali articolano in maniera specifica disposizioni di divieto di determinate discriminazioni contemporaneamente istituiscono strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati al giudice ordinario, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come "diritto assoluto" in quanto posto a

presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa.

Il fatto che la posizione tutelata assurga a diritto assoluto, e che simmetricamente possano qualificarsi come fatti illeciti i comportamenti di mancato rispetto della stessa, fa sì che il contenuto e l'estensione delle tutele conseguibili in giudizio presentino aspetti di atipicità e di variabilità in dipendenza del tipo di condotta lesiva che è stata messa in essere e anche della preesistenza o meno di posizioni soggettive di diritto o interesse legittimo del soggetto leso a determinate prestazioni. Di ciò si trova riscontro nel dettato normativo, secondo cui il giudice può "ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione" (D.Lgs. n. 2876 del 1998, art. 44, comma 1), oltre che condannare il responsabile al risarcimento del danno (comma 7).

Risulta quindi spiegabile, in particolare, come, in relazione a discriminazioni del genere di quelle in esame, anche quando esse siano attuate nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento da parte della pubblica amministrazione di utilità rispetto a cui il soggetto privato fruisca di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, la tutela del privato rispetto alla discriminazione possa essere assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali.

L'inquadramento nell'ambito del diritto assoluto spiega efficacia, infatti, ai fini e nei limiti delle esigenze di repressione della (in ipotesi) illegittima discriminazione, anche se non possono essere predeterminati in astratto i termini della tutela accordabile giudizialmente, dovendosi tenere conto delle specificità di ogni situazione e del riferimento delle disposizioni di legge anche ad ipotesi di discriminazione indiretta (cfr. il D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 43, comma 2, lett. e), e il D.Lgs. n. 215 del 2003, art. 2, comma 1, lett. b)).

D'altra parte è lo stesso testo del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 44, con il suo riferimento incondizionato ai comportamenti sia dei privati che della pubblica amministrazione (comma 1), che non consente di escludere l'esperibilità delle azioni ivi previste solo perchè la p.a. ha attuato la discriminazione in relazione a prestazioni rispetto a cui il privato non fruisce di una posizione di diritto

soggettivo. Anche il D.Lgs. n. 215 del 2003, art. 3, precisa che il relativo principio di parità di trattamento opera sia nel settore pubblico che in quello privato (comma 1), e fa particolare riferimento all'accesso all'occupazione e al lavoro "compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione" (lett. a) e all'accesso a ogni tipo di prestazione sociale (lett. e) e seguenti), mentre l'unica eccezione alla giurisdizione del giudice ordinario è prevista in favore della giurisdizione amministrativa esclusiva - in quanto tale estesa alla tutela dei diritti soggettivi - relativa al personale alle dipendenze della pubblica amministrazione in regime di diritto pubblico a norma del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 3, comma 1, (comma 7 del cit. art. 3)..."

Ritiene pertanto la scrivente di poter affermare in ragione della domanda attorea la propria giurisdizione e, trattandosi di procedura concorsuale per l'assunzione alla ASL n. 1 od Ospedaliera, anche la competenza del giudice del lavoro in ragione dell'art. 3 sopra citato trattandosi di una discriminazione che incide sulla parità di condizioni per l'accesso ad un posto di lavoro.

Nel merito va ricordato che la fonte normativa della clausola del bando censurata è, come correttamente individuato dalla parte ricorrente, l'art. 38 del decreto legislativo n. 165 che al comma 1, contrariamente a quanto avviene per i cittadini appartenenti agli stati membri dell'Unione Europea: "non consente di estendere l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche anche ai cittadini extracomunitari.", oltre all'art. 70 comma 13 del medesimo TU nella parte in cui dispone l'attuale vigenza in materia di accesso al pubblico impiego, di quanto previsto dal DPR n. 487/94 che appunto pone quale requisito per accedere agli impieghi nella PA la cittadinanza italiana.

In particolare il bando è stato emesso sulla scorta del regolamento contenuto nel D.P.R. 27.3.2001 n. 220, recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio Sanitario Nazionale.

L'art. 18 co. 2° del D.L.vo n. 502/92 ha infatti stabilito che la disciplina concorsuale sarebbe stata disciplinata con apposito regolamento; il regolamento in questione, emanato nel 2001 (D.P.R. n. 220/2001), ha previsto all'art. 2 comma 1° lett. a) che tra i requisiti generali di ammissione ai concorsi vi fosse quello della cittadinanza italiana, "salve le equiparazioni stabilite dalle leggi vigenti", o della cittadinanza di uno dei paesi dell'Unione Europea. In tal modo il regolamento non ha fatto altro che recepire, allargandolo ai soli cittadini dell'unione, quanto già previsto dall'art. 10 del D.P.R. n. 761/1979 il quale a sua volta richiamava per l'ammissione agli impieghi il T.U. n. 3 del 1957 sugli impiegati civili dello Stato che all'art. 2 prevede appunto, tra i requisiti generali richiesti per l'ammissione agli impieghi, la cittadinanza italiana.

Appare dunque evidente che la specifica disciplina prevista per l'accesso alle procedure concorsuali del personale non dirigenziale del servizio sanitario nazionale non prevede la possibilità per i cittadini extracomunitari di parteciparvi.

A queste disposizioni se ne contrappongono peraltro altre di rango anche sopranazionale che consentono di ritenere preminente laddove i posti di lavoro nella PA non implicino l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero non attengano alla tutela dell'interesse nazionale, il diritto alla parità di trattamento ed il diritto quindi anche per i cittadini extracomunitari di accedere ai posti di lavoro nella pubblica amministrazione.

Si tratta in particolare delle seguenti:

1) la L. 10.4.1981 n. 158 di ratifica della convenzione OIL 24.6.1975 n. 143; in forza dell'art. 10 della Convenzione: *"Ogni 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"*. L'art. 14 prevede inoltre che ogni Stato membro può *"respingere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni"* ma solo *"qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato"*.

2) il D.P.R. 25.7.1998 n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero il quale all'art. 2 prevede che: *"1. Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. / 2. Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente.[...]"*. Mentre all'art. 27 comma 1° lett. r bis) prevede, tra gli altri, come caso particolare di ingresso al lavoro, proprio la categoria degli *"infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche e private"* per la cui disciplina rimanda al regolamento di attuazione; si noti che la lettera r bis) è stata introdotta dall'art. 22 comma 1° lett. a) L. 30.7.2002 n. 189.

3) il D.P.R. 31.8.1999 n. 394 Regolamento recante norme di attuazione del T.U. dei cittadini extracomunitari il quale, nel disciplinare ai sensi e per gli effetti del precitato art. 27 l'ingresso al lavoro degli infermieri professionali, all'art. 40 comma 21 prevede che gli infermieri dotati di specifico titolo riconosciuto dal Ministero della salute possono essere assunti presso *"le strutture"*

sanitarie, sia pubbliche che private [...] anche a tempo indeterminato, tramite specifica procedura”.

Inoltre l'Italia, in quanto facente parte dell'Unione Europea, ha aderito ad un nucleo di valori fondamentali, previsti dall'art. 2 del Trattato di Maastricht, secondo cui *“l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”*. Detti valori, essendo riferibili alla persona umana in quanto tale, trovano evidentemente applicazione anche nei rapporti tra lo Stato membro e i cittadini extracomunitari. A ciò si aggiunga che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, entrata in vigore il 1.12.2009, all'art. 15 comma 3° prevede espressamente che *“I cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione”*.

Come detto poi in relazione alla figura dell'infermiere professionale, vi è l'art. 27 co. 1° della lettera r bis), introdotto dall'art. 22 comma 1° lett. a) della L. 30.7.2002 n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), entrata in vigore il 10.9.2002, il quale costituisce una legge speciale che ha comportato senza dubbio una deroga alle norme che richiedono il requisito della cittadinanza.

Pertanto per la categoria degli infermieri professionali, deve ~~parità~~ ritenersi che il cittadino extracomunitario sia titolare di un vero e proprio diritto soggettivo ad essere ammesso all'impiego in questione, a parità di tutti gli altri requisiti, con il cittadino italiano o comunitario, trattandosi peraltro di lavoro che non implica esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri e che non attiene alla tutela dell'interesse nazionale, secondo i criteri limitativi introdotti nell'art. 38 D.L.vo n. 165 del 2001, recante la disciplina del lavoro nelle P.A., con il quale sono stati recepiti gli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione ai cittadini degli stati membri.

Ad analoghe conclusioni si deve comunque pervenire anche nel caso in cui si ravvisi che nella fattispecie in esame non ricorra un'ipotesi di abrogazione implicita, ovvero di deroga alle norme, dal momento che l'art. 2 del regolamento 27.3.2001 n. 220, nel fare *“salve le equiparazioni stabilite dalle leggi vigenti”*, ha inteso comunque introdurre una clausola di apertura. Essa infatti consente di considerare operative a tutti gli effetti le norme previste dal T.U. sui cittadini extracomunitari o almeno quella relativa agli infermieri professionali nell'accesso alle procedure di selezione, atteso che nel concetto di equiparazione si possono e si devono fare rientrare tutte le norme sopra menzionate attuative della piena parità nell'ingresso al lavoro tra i cittadini e gli stranieri migranti.

Va altresì ricordato che l'art. 22 lett.r-bis D.Lgs. n. 286/98 come mod. da l. n.189/2002. prevede la possibilità di ingresso nel territorio nazionale, fuori dall'annuale piano flussi, per gli infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche o private senza operare alcuna distinzione tra le forme di contratto (a tempo indeterminato o a termine); ed anche l'art. 27 D.Lgs 286/98 che autorizza l'ingresso in Italia dei lettori (ovvero collaboratori esperti linguistici), professori universitari o ricercatori per attività da espletare presso università o istituti di istruzione o ricerca senza alcuna specificazione in ordine alla natura pubblica o privata delle strutture interessate alla loro attività.

Come detto sopra vie più il D.Lgs. n. 215/2003 dando attuazione alla direttiva CE nr. 43/00, afferma l'applicazione del principio di parità di trattamento a tutte le persone sia nel settore pubblico che in quello privato ed ha chiarito che tale principio deve regolare anche l'accesso all'occupazione ed al lavoro sia autonomo che dipendente compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione (art. 3 co. 1 lett. a).

In proposito è interessante osservare che lo stesso articolo al comma 4 stabilisce che "non costituiscono atti di discriminazione quelle differenze di trattamento che pur risultando apparentemente discriminatorie siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari".

Ne consegue, a parere di chi scrive, che un requisito quale quello della cittadinanza italiana può essere richiesto senza assumere una valenza discriminatoria, come detto sopra, solo in quanto sia giustificato da specifiche finalità che possono essere solo quelle determinate dallo svolgimento di poteri pubblici o di funzioni di interesse nazionale che per il loro contenuto ed i loro effetti possono essere svolti solo da chi ha con il paese un legame particolarmente forte in quanto ne è cittadino.

Di particolare rilievo è infine la direttiva CE n. 109/2003 relativa ai soggiornanti extracomunitari di lungo periodo che ha previsto che questi godano dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri.

La stessa ha avuto attuazione con la L. n.3/2007 la quale prevede che gli stranieri titolari di Carta di soggiorno (parificata al permesso di soggiorno CE) possono svolgere nello Stato ogni attività lavorativa subordinata o autonoma salvo quelle che la legge espressamente riserva al cittadino o vieta allo straniero. Disposizione questa che va letta ed interpretata in correlazione con quanto affermato dalla stessa direttiva la quale al co.3 dell'art. 11 afferma che gli Stati membri possano fissare delle limitazioni di accesso al lavoro subordinato o autonomo nei casi in cui la legislazione nazionale o comunitaria riservi delle attività ai cittadini dello Stato o della UE.

Anche in questo caso pertanto viene ribadito il riferimento al fatto che limitazioni possono esserci solo in quanto attribuite a specifiche "attività" e solo in quanto ciò sia determinato da esigenze oggettive e definite.

A sostegno di quanto esposto la scrivente richiama integralmente la giurisprudenza di merito formatasi in materia ed in particolare la giurisprudenza di merito (cfr.Corte Appello Firenze 2.7.02; Trib. Firenze 14.1.06; Trib. Imperia 12.9.06; Tribunale Perugia 6.12.06; Trib. Bologna 7.9.07; nonché giurisprudenza dle Trib. Mi. 31.3.11, ordinanza collegiale), nonché la recente ordinanza emessa dalla Corte Cost. n. 139/11 proprio sulla norma contenuta nell'art. 38 TU pubblico Impiego, che nel rigettare la questione per manifesta inammissibilità sollevata dal Tribunale di Rimini con ordinanza di data 22.06.10, ha invitato il giudicante ad effettuare della norma una interpretazione costituzionalmente orientata ed in particolare compatibile con la normativa contenuta nella Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di trattamento ed opportunità dei lavoratori migranti e con l'art. 15 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Il carattere discriminatorio della condotta è desumibile anche dalla circostanza che personale extracomunitario da anni è usato dalle aziende sanitarie come personale infermieristico a tempo determinato (cfr. giurisprudenza citata con riferimento alla problematica della stabilizzazione cui erano stati esclusi, cfr. Cass. 7186/11 cit.) ed anche dal parere emesso dalla Autorità Nazionale antidiscriminazioni che rispetto al bando in oggetto avrebbe espresso parere di discriminazione diretta (cfr. articolo dimesso da parte attrice in sede di discussione e confermato dalla parte resistente).

Ne consegue pertanto il carattere discriminatorio del comportamento dalla azienda sanitaria convenuta e consistito nell'aver previsto, per partecipare al bando di concorso per collaboratore professionale sanitario- infermiere pubblicato sul Bur della Regione FVG n. 14 del 2011, il requisito della cittadinanza italiana o comunitaria interpretando la disposizione nel senso di escludere i cittadini extracomunitari.

Viene quindi ordinato alla Azienda convenuta di cessare il comportamento discriminatorio indicato consentendo anche agli stranieri privi di cittadinanza italiana o comunitaria, ma regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, di partecipare al bando di concorso per assunzioni a tempo indeterminato.

Come da richiesta attorea le spese sono integralmente compensate.

P.Q.M.

Dichiara il carattere discriminatorio del comportamento dall'azienda sanitaria convenuta e consistito nell'aver previsto, per partecipare al bando di concorso per collaboratore professionale sanitario-infermiere pubblicato sul Bur della Regione FVG n. 14 del 2011, il requisito della cittadinanza italiana o comunitaria;

ordina alla stessa di cessare tale comportamento discriminatorio consentendo agli stranieri privi di cittadinanza italiana o comunitaria ma regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale di partecipare al bando di concorso per assunzioni a tempo indeterminato;

spese compensate.

Si comunichi alle parti con urgenza attesa la brevità dei termini.

Trieste li 1.07.11

IL GIUDICE DEL LAVORO

Annalisa Multari

Deposita oggi
in Cancelleria
Trieste, il 2011
Il Cancelliere