

528/10

Sentenza

CRON : 2784

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL GIUDICE DEL TRIBUNALE DI BOLOGNA

DOTT. CARLO SORGI

della sezione per le controversie di lavoro, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia n. 2013,2014/2008 R.G.L. promossa da:

avv. ~~_____~~
n. 4 copie autentiche
n. 4 copie esecutive
richieste il P-3-11

~~_____~~ E ~~_____~~ RICORRENTI- rappresentate e difese dall'avv. ~~_____~~ e domiciliate presso lo studio della stessa in Bologna, via ~~_____~~

contro :

MINISTERO DELL'INTERNO -CONVENUTO- rappresentato e difeso dall'Avvocatura di Stato e domiciliato presso l'ufficio regionale dell'Avvocatura in Bologna, via G.Reni n. 4

Oggetto: ricorso ex art. 43 e 44 T.U. 286/98

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ex artt. 43 e 44 T.U. 286/98 depositato davanti al giudice civile del Tribunale di Bologna ~~_____~~ conveniva in giudizio il Ministero dell'Interno per ottenere l'accertamento della discriminazione attuata con provvedimento del 18 febbraio 2008 di esclusione dalla graduatoria finale della procedura concorsuale, per titoli ed esami, per l'assunzione di 650 unità di personale, con contratto a tempo determinato, nel profilo professionale di coadiutore amministrativo contabile e conseguente ordine alla detto Ministero di cessazione della discriminazione con inserimento dell'interessata nella graduatoria finale del predetto concorso. L'esclusione della ricorrente era stata determinata dal difetto della cittadinanza italiana. Analogo ricorso veniva presentato anche da ~~_____~~

Con decreto 19 giugno 2008 il GOT del tribunale di Bologna indicava la competenza funzionale del giudice del lavoro assegnando un termine di sei mesi per la riassunzione della causa.

Il giudice del lavoro in data 8 ottobre 2008 emetteva ordinanza di accoglimento dei ricorsi dichiarando l'esclusione delle ricorrenti atto discriminatorio.

Detto ordinanza, ritualmente notificata alla Ministero dell'Interno, veniva reclamata davanti alla tribunale di Bologna, in funzione di giudice del lavoro e in sede collegiale. Con decreto 23 dicembre 2008 il tribunale collegiale accoglieva il reclamo e dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

Tuttavia il giudice del lavoro in composizione monocratica aveva già fissato d'ufficio in precedenza l'udienza del 30 giugno 2009 per la prosecuzione del giudizio. In vista di detta udienza la difesa delle ricorrenti depositava una memoria difensiva in cui assumeva le questioni e chiedeva venisse ordinato al ministero dell'interno di produrre in giudizio: "tutti gli elementi atti ad accertare: a- quale sarebbe stata la posizione delle ricorrenti nella graduatoria finale di cui al bando di concorso de quo; b- quale la data nella quale le ricorrenti sarebbero state assunte se

non escluse; c-qualre retribuzione sarebbe aspettata loro se fossero state assunte e quale trattamento giuridico ed economico spettasse alle stesse". Tale istanza risultava necessaria perché nelle more del giudizio la graduatoria andava nel frattempo ad esaurirsi. Il giudice autorizzava la produzione ed in data 12 marzo 2010 l'Avvocatura di Stato produceva documentazione, integrata successivamente in data 17 marzo 2010, dalla quale risultava che l'assunzione dei vincitori del concorso era avvenuta il 2 gennaio 2008 è che se non escluse le ricorrenti sarebbero collocate rispettivamente al 194° e 410° posto della graduatoria finale che aveva visto lo scorrimento fino al 701° posto.

Nelle more del giudizio per altro il Ministero dell'Interno chiamava entrambe le ricorrenti per stipulare un contratto di lavoro con decorrenza rispettivamente per J. [redacted] al 1° agosto 2010 e per G. [redacted] al 1° settembre 2010.

In data 21 dicembre 2010 all'esito della discussione la causa veniva decisa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ritiene questo giudice che i ricorsi possono essere parzialmente accolti.

Con decreto ministeriale 3 settembre 2007 il Ministero dell'Interno indiceva un bando di concorso per l'assunzione di complessive 650 unità di personale nel profilo professionale di coadiutore amministrativo contabile, aria funzionale B, posizione economica B1, con contratto a tempo determinato, per le esigenze dello sportello unico per l'immigrazione presso le prefetture-uffici territoriali del governo nonché degli uffici delle questure. Tra i requisiti di ammissione al concorso l'articolo 2 indicava: "avere svolto, con contratto di prestazione di lavoro temporaneo, per un periodo di almeno sei mesi anche non continuativi, attività connesse all'attuazione delle norme in materia di immigrazione presso le amministrazioni dello Stato" e sempre nello stesso bando richiedeva anche la cittadinanza italiana. Entrambe le ricorrenti avevano svolto attività lavorativa con contratti a tempo determinato presso il Ministero dell'Interno ed inoltravano la domanda di ammissione precisando J. [redacted] di essere in attesa del conferimento della cittadinanza italiana (conferimento avvenuto il giorno successivo alla scadenza del termine utile per la richiesta di partecipazione al bando in oggetto) e G. [redacted] di essere cittadina rumena e conseguentemente comunitaria precisando di presentare la domanda ai sensi del d.p.r. 487/94 e d.p.c.m. 174/94. Entrambe le ricorrenti partecipavano alla procedura concorsuale è solo all'esito della stessa non comparando nella graduatoria definitiva veniva loro comunicato l'esclusione per difetto del requisito della cittadinanza italiana.

In primo luogo deve essere affrontata la questione di improcedibilità del presente ricorso per effetto dell'ordinanza collegiale del 29 dicembre 2008 prospettata dall'Avvocatura di Stato per il Ministero dell'Interno. Secondo tale prospettazione a seguito della fase cautelare il giudizio di merito può essere instaurato solo sul presupposto che la domanda cautelare sia stata effettivamente accolta mentre nel caso di specie con la ricordata ordinanza collegiale è stata riconosciuta la carenza di giurisdizione del Tribunale. Al riguardo le parti ricorrenti hanno richiamato la giurisprudenza della Corte di Cassazione che nella sentenza n.6172/2008 a sezioni unite ha affermato che il giudizio ex artt. 43 e 44 T.U. 286/98 va inquadrato all'interno del procedimento cautelare uniforme di cui all'articolo 669 sexies c.p.c. specificando in particolare che si applica il comma 8 sull'inizio della fase di merito, con questo chiarendo che la fase cautelare non acquista mai efficacia di giudicato ma può essere modificata dal giudice designato per la decisione di merito. Ritiene questo Giudice di condividere tale lettura normativa e che la interpretazione offerta dalle parti ricorrenti consenta di superare l'eccezione preliminare sollevata dall'Avvocatura di Stato.

Sul difetto di giurisdizione sollevato sempre dall'Avvocatura di Stato ritiene questo giudice di poter richiamare utilmente la decisione della Corte di Appello di Firenze 28/1/2008 : "Un dato testuale conferma la giurisdizione del giudice ordinario: il disposto dell'art. 4 d.lgs. 216/2003, attuazione della direttiva 2000/78/CE, in tema di discriminazione per ragioni di handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali, nel mutuare per la tutela contro le discriminazioni un analogo procedimento, prevede esplicitamente la giurisdizione amministrativa per "il personale di cui all'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165", cioè per quelle categorie di pubblici dipendenti esclusi dalla contrattualizzazione in ragione della speciale posizione istituzionale del datore di lavoro, mentre nulla dice per i casi - come quelli di

specie – nei quali in astratto la questione di giurisdizione si porrebbe in ragione dell'oggetto della controversia e segnatamente della impugnativa della procedura concorsuale (art. 63 t.u. 165). Vertendosi in materia di diritti fondamentali della persona e dunque di diritti soggettivi pieni, correttamente il legislatore del 1998 (e del 2003) ha affidato la tutela in via esclusiva al giudice ordinario”.

Questo Giudice ritiene di dover confermare integralmente questa motivazione ricordando che anche nell'unico precedente su questione analoga la Corte di Cassazione (sent.n.24170/2006) non ha messo in discussione la giurisdizione del giudice ordinario nella materia de quo.

Veniamo ad esaminare il merito della questione.

Tale materia risulta oggi disciplinata dall'art. 70 t.u. 165/2001 che al comma 13 prevede: *“In materia di reclutamento, le pubbliche amministrazioni applicano la disciplina prevista dal Decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, e successive modificazioni ed integrazioni, per le parti non incompatibili con quanto previsto dagli articoli 35 e 36, salvo che la materia venga regolata, in coerenza con i principi ivi previsti, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti”*(v. anche art. 27 t.u. 286/1998).

A sua volta il d.p.r. 487/1994 stabilisce, all'art. 2, che *“possono accedere agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni i soggetti che posseggano i seguenti requisiti generali: 1) Cittadinanza italiana. Tale requisito non è richiesto per i soggetti appartenenti all'Unione Europea, fatte salve le eccezioni di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174”.*

L'art. 36 t.u. 165, richiamato dall'art. 70, dispone inoltre che il reclutamento da parte delle Pubbliche Amministrazioni debba avvenire con le procedure di cui all'art. 35 (e cioè per concorso od attingendo alle liste per le assunzioni obbligatorie) nei casi in cui si tratti di sopperire al *“fabbisogno ordinario”*, mentre autorizza la stipula di tipi contrattuali precari (*“forme contrattuali flessibili”*) quando si tratti di sopperire ad *“esigenze temporanee ed eccezionali”*. Fra le forme contrattuali flessibili, l'art. 36 include anche il rapporto di lavoro a tempo determinato, per definizione utilizzabile quando si tratti di reclutare personale addetto a funzioni *ex ante* di durata determinata e, dunque, a funzioni temporanee.

L'art. 38 del medesimo testo normativo prevede che i cittadini degli Stati membri dell'unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale, rinviando ad un apposito d.p.c.m. Di individuazione concreta dei posti e delle funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana. Il richiamo al d.p.c.m. 487/94, che all'art. 2 come ricordato in precedenza prevede la cittadinanza italiana come requisito per i posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, appare superato in particolare dal d.lgs. n. 30/2007 che all'art. 19 recita : *“ 1. I cittadini dell'Unione e i loro familiari hanno diritto di esercitare qualsiasi attività economica autonoma o subordinata, escluse le attività che la legge, conformemente ai Trattati dell'Unione europea ed alla normativa comunitaria in vigore, riserva ai cittadini italiani. 2. Fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal Trattato CE e dal diritto derivato, ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base al presente decreto, nel territorio nazionale, gode di pari trattamento rispetto ai cittadini nazionali nel campo di applicazione del trattato. Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente”*. Tale normativa che appare adeguatrice rispetto ai principi comunitari di parità di trattamento nell'accesso all'esercizio di attività lavorativa a favore dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari appare risolutiva del merito relativamente alla posizione di ~~_____~~.

Venendo ad esaminare la posizione di ~~_____~~ si osserva che il riferimento ad un comportamento discriminatorio della pubblica amministrazione è quello dell'articolo 43 del T.U.286/98 che recita: *“ 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 e campo politico*

economico, sociale o culturale ed in ogni altro settore della vita pubblica". 2. In ogni caso compie un atto di discriminazione ... c) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione ... allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenenza ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità". La ricorrente aveva già svolto la medesima attività a favore dell'amministrazione seppure con un contratto diverso (peraltro tale requisito era espressamente richiesto dal bando di concorso ricordato) ed in quella circostanza non si era fatto alcun riferimento alla cittadinanza della lavoratrice. Secondo la regola del diritto comunitario (articolo 39 del Trattato istitutivo della comunità europea come interpretato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia) i posti di lavoro nella pubblica amministrazione possono essere messi a disposizione esclusivamente dei cittadini dello Stato solo ove gli stessi comportino un esercizio del potere di imperio con funzioni caratterizzate da definitività, continuità ed abitudine. Nel caso in esame il bando di concorso parla di contratti a termine per posti di coadiutore amministrativo contabile, attività che richiama funzioni certamente non stabili, meramente esecutive e questo porterebbe ad escludere che gli stessi rientrerebbero nella deroga prevista dalla normativa europea ricordata.

L'impostazione della difesa di parte ricorrente è dunque la seguente: posto che l'articolo 2 del TU 286/98 richiama le convenzioni OIL che garantiscono a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani e ritenuto che l'art. 10 della Convenzione OIL n.143/75 stabilisce che: "ogni Stato membro per il quale la convenzione sia in vigore si impegna 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 che, inoltre, l'art. 14 prevede che ogni Stato membro possa respingere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato una volta verificato che le mansioni esecutive e/o operative non possono essere considerate tali da incidere sull'interesse dello Stato se ne conclude che illegittimo in quanto discriminatorio risulta il bando di concorso in oggetto che richiede la cittadinanza italiana per lo svolgimento di un'attività tale da non incidere sull'interesse dello Stato, unica limitazione prevista per consentire lo svolgimento di un lavoro per la pubblica amministrazione da parte di cittadino extracomunitario. In questo senso l'art. 2 del D.P.R. 487/94 non può che essere letto alle luce delle richiamate indicazioni comunitarie acquisite nel nostro ordinamento e, conseguentemente, temperato nei termini indicati in precedenza. La costruzione logica appare assolutamente condivisibile e porta a ritenere valide le ragioni del ricorso anche per la cittadina serba.

Il terzo passaggio concerne le conseguenze della riconosciuta discriminazione. Posto che i tempi della procedura non hanno consentito l'utile inserimento delle ricorrenti nella graduatoria ne deriva che le stesse hanno perso la possibilità di svolgere l'attività prevista nel bando di concorso e per la quale sarebbero state utilmente collocate, come acquisito nel corso del giudizio, nella graduatoria finale. Da questo punto di vista ritiene questo giudice che il risarcimento del danno, espressamente previsto dalla normativa alla base del presente ricorso, possa essere quantificato utilizzando come parametro le somme che le ricorrenti avrebbero percepito se la procedura si fosse svolta rispettosa delle regole. Deve essere quindi quantificato tale risarcimento nelle mensilità spettanti alle ricorrenti dal gennaio 2008 (data di inizio dell'attività prevista nel bando di concorso) fino alla data in cui alle stesse è stata offerta una analoga occupazione con il medesimo termine finale di quella prevista nel bando di concorso (1/8/2010 per ~~XXXXXXXXXX~~ e 1/9/2010 per ~~XXXXXXXXXX~~).

Ritiene questo giudice che il risarcimento del danno patrimoniale così impostato, in termini di ristoro integrale rispetto a quanto le ricorrenti avrebbero potuto percepire in caso di prestazione lavorativa, che in questo caso non è stata offerta seppure senza responsabilità per le lavoratrici, possa essere considerato esaustivo rispetto al complesso dei danni subiti, anche quelli ipotizzati di natura non patrimoniale richiesti espressamente nei ricorsi. Infatti posto che la normativa di riferimento (art. 44 comma VII D.Lgs. 286/98) parla di danno anche non patrimoniale che deve essere risarcito occorre considerare il caso concreto per verificare quale criterio utilizzare per la liquidazione di tale danno complessivo. In primo luogo occorre

considerare che ci troviamo di fronte ad una interpretazione normativa non scontata, anche se neppure particolarmente innovativa, e questo vale per considerare il comportamento dell'amministrazione che, ulteriore elemento di valutazione, ha offerto una occupazione alle ricorrenti ancora a giudizio in corso. Il risarcimento integrale di tutto il potenziale danno patrimoniale, senza tener conto di nessun ulteriore elemento intervenuto nelle more dalla data di inizio della attività di cui al bando di concorso, può considerarsi adeguato ed esaustivo nel caso di specie anche in considerazione della mancanza di qualsiasi componente ulteriore rispetto all'oggettiva discriminazione contenuta nel bando, dovuta come esplicitato in tutti gli atti difensivi dell'Avvocatura di Stato, ad una interpretazione normativa che, seppure non condivisa da questo Giudice, appare comunque teoricamente plausibile ed astrattamente in linea con la giurisprudenza della Corte di Cassazione sul tema.

Queste valutazioni portano a compensare al 50% le spese del presente giudizio, in considerazione del mancato accoglimento della richiesta risarcitorie del danno non patrimoniale, mentre per il restante 50% deve seguirsi la soccombenza con conseguente condanna del Ministero dell'Interno al pagamento, liquidando le spese come da dispositivo.

P.Q.M.

- 1) Accoglie parzialmente il ricorso e accertata l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione delle ricorrenti dalla graduatoria di cui al concorso oggetto del ricorso condanna l'amministrazione resistente al pagamento a favore delle ricorrenti del risarcimento del danno quantificato nelle mensilità spettanti alle stesse ove assunte a seguito della procedura de qua dal gennaio 2008 fino alla data della loro assunzione successiva (1/8/2010 per Jovanovic e 1/9/2010 per Ciurciumel) oltre agli interessi legali sulle somme via via rivalutate dalle spettanze al saldo effettivo;
- 2) Rigetta per il resto le ulteriori domande;
- 3) Previa compensazione del 50% delle spese del giudizio condanna l'amministrazione soccombente al pagamento del rimanente 50% delle spese, liquidando tale frazione in € 3.500,00 di cui € 1.000,00 per diritti, € 2.500,0 per onorari, oltre Iva, Cpa, oltre 12,5% spese generali;
- 4) Motivazione nei sessanta giorni;

Bologna, 21/12/2010

Il Direttore Amministrativo
Dott.ssa Maria Antonietta Castriotta

Il Giudice

Carlo Sorgi

Tribunale di Bologna

Depositato in Cancelleria

Oggi - 8 MAR. 2011



Il Funzionario/ Collaboratore

Il Direttore Amministrativo
Dott.ssa Maria Antonietta Castriotta