

TRIBUNALE DI FIRENZE

SEZIONE LAVORO

Ricorso ex artt. 44 D.lgs. 286/1998 - 28 D.lgs. n. 150/2011 - 702 bis c.p.c.

con contestuale istanza ex art. 700 c.p.c.

NAJWA HEMRI (C.F. HMRNJW81E69Z330D) e **L'ALTRO DIRITTO ONLUS - CENTRO DI DOCUMENTAZIONE SU CARCERE, DEVIANZA E MARGINALITÀ** (C.F. 94093950486)

in persona del legale rappresentante p.t. Dr.ssa Sofia Ciuffoletti, rappresentati e difesi per la presente causa anche disgiuntamente tra di loro dagli avv.ti Silvia Ventura (C.F. VNTSLV83A44L424R - fax 055/5532478 – pec silvia.ventura@firenze.pecavvocati.it) e Alida Surace (C.F. SRCLDA81R65D612T – fax 055/9336530 – alida.surace@firenze.pecavvocati.it) ed elettivamente domiciliati presso l'avv. Silvia Ventura a Firenze in Via Cavour n. 104, come da procure rilasciate ai sensi dell'art. 83 terzo comma c.p.c. in calce al presente atto

contro

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (C.F. 97591110586) in persona del Ministro p.t., con sede a Roma in Via Arenula n. 70, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato e domiciliato presso la medesima a Firenze in Via degli Arazzieri n. 4

**** ** ***

FATTO

1. La Sig.ra Najwa Hemri, di nazionalità marocchina, è in possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo U.E.

2. L'Altro diritto O.n.l.u.s. è iscritta dal 20.1.2015 al n. 365 del "Registro delle

associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni" di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 215/2003 gestito dall'U.N.A.R.

3. Con proprio decreto del 15.1.2018 pubblicato in G.U. in data 12.2.2018 alla 4a serie speciale "concorsi ed esami", il Ministero convenuto ha indetto un concorso pubblico per quindici posti a tempo indeterminato per il profilo professionale di Funzionario mediatore culturale, III Area funzionale, fascia retributiva F1, da inserire nei ruoli del personale del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

4. Dopo aver espressamente richiamato nelle premesse del bando il D.P.C.M. n. 174/1994, all'art. 3, lett. a) la p.a. convenuta ha stabilito tra i requisiti di ammissione, il necessario possesso della cittadinanza italiana e al successivo art. 5 ha fissato il termine di 30 giorni dalla data della pubblicazione del medesimo per la presentazione delle relative domande di ammissione attraverso le indicate modalità telematiche, termine scaduto in data 12.3.2018.

5. Il sistema telematico di invio della domanda di ammissione all'indetta procedura concorsuale impedisce al candidato che sia privo di uno dei requisiti richiesti, di procedere alla presentazione della domanda e l'art. 5 del bando stabilisce che non possono essere ammessi i candidati le cui domande siano state redatte, presentate o inviate con modalità diverse da quelle indicate dal bando.

6. Ai sensi dell'art. 11 del bando viene concessa all'amministrazione convenuta la facoltà *"di far precedere le prove scritte da una prova preselettiva qualora le domande di partecipazione siano superiori a mille"*.

7. La Sig.ra Hemri è in possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 3 del bando di concorso fatta eccezione per quello della cittadinanza italiana, ma ha ugualmente

provveduto ad inviare domanda di ammissione cartacea ricevuta dall'amministrazione in data 9.3.2018.

8. L'Altro diritto O.n.l.u.s. con propria raccomandata p.e.c. del 21.2.2018, ravvisata nell'ammissione alla procedura concorsuale dei soli cittadini italiani una discriminazione per nazionalità vietata dalla legge, ha invitato il Ministero convenuto a rimuovere tempestivamente la clausola discriminatoria e a prorogare la scadenza per l'invio delle domande di ammissione, in modo da consentire ai soggetti illegittimamente esclusi di presentarle in tempo utile, senza tuttavia ottenere riscontro.

9. Ad oggi le prove non sono ancora state fissate e nessun provvedimento è stato assunto in relazione alla domanda cartacea presentata dalla Sig.ra Hemri.

DIRITTO

La previsione nel citato bando di concorso del requisito di ammissione della nazionalità italiana è illegittima in quanto costituisce una discriminazione diretta e/o indiretta per nazionalità, sia individuale che collettiva, vietata dal diritto dell'U.E. e dal diritto interno per le ragioni di seguito esposte, con conseguente necessità che il giudice adito adotti tutte le misure necessarie, anche in via d'urgenza, a rimuoverne gli effetti pregiudizievoli.

1. DELLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO E DELLA COMPETENZA FUNZIONALE DEL GIUDICE

DEL LAVORO

Le disposizioni normative vigenti in materia di tutela contro atti e/o comportamenti discriminatori (art. 44 del D.lgs. n. 286/1998, D.lgs. n. 215/2003, art. 28 del D.lgs. n. 150/2011) sono chiarissime nel demandare le relative controversie alla cognizione del giudice ordinario anche quando la discriminazione viene perpetrata mediante atti e/o comportamenti della p.a. E ciò anche in considerazione del fatto che si tratta di "**veri e propri diritti assoluti, derivanti dal fondamentale principio costituzionale di parità (art. 3 Cost.) e dalle analoghe norme sovranazionali (...)** 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" (Cass. SS. UU., sent. n. 3670/2011).

*

Pacifica anche la competenza funzionale del giudice del lavoro in quanto:

- trattasi di una discriminazione che incide sulla parità di condizioni per l'accesso ad un posto di lavoro pubblico;

- nell'espressione "*controversie relative a rapporti di lavoro subordinato*" contenuta nell'art. 409 c.p.c. è compresa ogni controversia comunque collegata ad un rapporto di lavoro, in atto, estinto **o ancora da costituirsi** (Cass. 21/5/2003 n. 8022, Pres. Sciarelli, Rel. Guglielmucci, in Lav. nella giur. 2004, 180);

- l'art. 63 comma 1 D.lgs. n. 165/2001 prevede che "**sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, includere le**

controversie concernenti l'assunzione al lavoro (...) ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti (...)."

Si ricorda, peraltro, che sia la giurisdizione del Giudice Ordinario che la competenza funzionale del Giudice del lavoro sono state anche recentemente confermate proprio dal Tribunale di Firenze.

2. DELL'INTERESSE E DELLA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DELLA SIG.RA HEMRI

Sono pacifici la legittimazione e l'interesse ad agire della Sig.ra Hemri in quanto soggetto privo della cittadinanza italiana e dunque per disposizione di bando privo di uno dei requisiti richiesti per l'ammissione al medesimo. E ciò a prescindere dal fatto che la stessa abbia comunque inviato nei termini domanda cartacea di ammissione, nonché da una sua eventuale ammissione con riserva alla procedura, in quanto in ogni momento passibile di esclusione.

3. DELL'INTERESSE E DELLA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE EX ART. 5 D.LGS. N. 215/2003 DELL'ALTRO DIRITTO O.N.L.U.S.

Sussistono altresì la legittimazione e l'interesse ad agire dell'associazione ricorrente, la cui azione collettiva ex art. 5 D.lgs. n. 215/2003 si pone a tutela di soggetti non specificatamente individuabili, ma lesi **anche e solo in via potenziale** dalla evidenziata clausola del bando di concorso e pertanto nell'interesse sia degli stranieri

che hanno proposto domanda pur privi del requisito della cittadinanza italiana, sia degli stranieri che non hanno nemmeno proposto domanda pur avendone interesse.

La piena legittimazione ad agire dell'associazione ricorrente si fonda sui seguenti argomenti:

a) l'art. 5 del D.lgs. n. 215/2003, contenente disposizioni volte al contrasto delle discriminazioni dirette ed indirette in relazione ai fattori della razza e dell'origine etnica, stabilisce che *"le associazioni e gli enti inseriti nell'elenco di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire ai sensi degli articoli 4 e 4 bis nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione"*;

b) l'art. 44 del D.lgs. n. 286/1998 stabilisce che *"quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, **nazionali**, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione. Alle controversie previste dal presente articolo si applica l'art. 28 del D.lgs. n. 150/2011 (...)"*;

c) l'art. 28 del D.lgs. n. 150/2011 dispone che le controversie aventi ad oggetto sia le discriminazioni per razza ed origine etnica che quelle per nazionalità, nonché relative ad altri fattori di rischio, vengano introdotte con rito sommario di cognizione nel luogo del domicilio del soggetto leso;

d) l'azione collettiva è strumento fondamentale e necessario per la tutela dei beni perché funziona in via **preventiva e generale**;

e) in base allo stesso ordinamento comunitario (**direttiva n. 2014/54/UE**, lettura in combinato disposto dell'art. 3 e del considerando n. 15), il mezzo di tutela collettivo è espressamente prescritto e deve essere introdotto nei singoli Stati membri allo scopo di tutelare meglio dalle discriminazioni per nazionalità i cittadini comunitari;

f) dunque, un'interpretazione strettamente letterale degli artt. 1, 4 e 5 D.lgs. n. 215/2003, che non tenga conto dei necessari collegamenti con le altre disposizioni sostanziali e processuali vigenti in materia (art. 44 D.lgs. n. 286/98 e 28 D.lgs. n. 150/2011), si porrebbe in contrasto con il diritto dell'U.E. e della Costituzione sotto molteplici profili, **ma anche** della CEDU in quanto il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 verrebbe diversamente garantito a seconda dei differenti fattori di discriminazione vietati nell'art. 14 e tra i quali vi è anche quello relativo all'origine nazionale;

g) l'esclusione della legittimazione ad agire nella discriminazione collettiva fondata sulla nazionalità non appare poi conforme ai fondamentali principi euro-unitari di equivalenza ed effettività della tutela sostanziale e giurisdizionale dei diritti, i quali postulano che per i diritti di derivazione comunitaria lo Stato non possa approntare sanzioni e rimedi di livello ed efficacia inferiori rispetto a quelli approntati per la violazione di analoghi diritti garantiti dall'ordinamento nazionale attraverso la predisposizione di procedure che si pongano nell'ottica di difenderli non solo formalmente, ma anche sostanzialmente all'interno dell'ordinamento. Nel caso di discriminazioni collettive è evidente che l'azione del singolo non possa giungere ad eliminare la discriminazione posta in essere nei confronti di una collettività di soggetti non specificamente individuabili: nella misura in cui sussiste in un ordinamento l'azione

collettiva come strumento di tutela contro le discriminazioni in relazione a determinati fattori, ne consegue che tale rimedio debba essere applicato in relazione a tutti i fattori di discriminazione protetti;

h) in ogni caso, sembra altresì fondamentale ricordare che la CEDU, con riferimento all'art. 21 della Carta di Nizza, nella sentenza Timoshev ha avuto modo di precisare come **i concetti di nazionalità e origine etnica siano tra loro perfettamente sovrapponibili.**

Sulla base delle suddette considerazioni, sia la giurisprudenza di merito che di legittimità hanno avuto modo di affermare la piena legittimazione attiva delle associazioni di cui al D.lgs. n. 215/2003 a promuovere azioni collettive anche in relazione al fattore protetto della nazionalità.

La Corte d'Appello Milano con la sent. n. 110/2015 pubblicata in data 22.5.2015 ha infatti rilevato che *"la procedura relativa alle discriminazioni diverse da quelle relative al fattore di genere, ha sofferto di una frammentarietà che ha reso complicata una facile ed **effettiva tutela che ovviamente doveva essere finalizzata ad un medesimo scopo, ossia la rimozione della discriminazione, in relazione a qualsiasi fattore la originasse.** Non a caso l'art. 44 del D.lgs. n. 286/98 ha subito numerose modifiche, in particolare ai sensi del D.lgs. n. 150/2011, decreto che all'art. 28 ha finalmente unificato il rito previsto per le cause di discriminazione diverse da quelle di genere. Tale unificazione opera anche sul piano della legittimazione ad agire degli enti collettivi legittimati nelle ipotesi di fattori discriminatori richiamati tanto dall'art. 44 TU immigrazione che dall'art. 4 D.lgs. n. 215/2003, ai sensi del combinato disposto di tali articoli con l'art. 28, comma 5 del D.lgs. n. 150/2011. Infatti l'unicità della tutela*

*antidiscriminatoria con riferimento ai fattori razziali, etnici, nazionali o religiosi già prevista dall'art. 44 citato, ha trovato una conferma nell'art. 2 del D.lgs n. 215/2003 quanto ai due fattori relativi all'etnia ed alla razza. L'esclusione prevista all'art. 3, comma 2 del citato D.lgs. n. 215 si riferisce in particolare alla possibilità che lo Stato attui, per ragioni legate meramente all'ingresso nello Stato, delle normative regolatrici dell'immigrazione e delle modalità di accesso all'occupazione o alla previdenza ed assistenza degli stranieri, nei limiti del principio di ragionevolezza e di compatibilità sancito dalla normativa comunitaria ed espresso nelle direttive che sono fonte normativa sovraordinata a quella nazionale. **Questa interpretazione costituzionalmente orientata esclude che le associazioni legittimate attivamente in base al D.lgs. n. 215/2003 ad agire per discriminazioni collettive per fattori razziali ed etnici, non lo siano per discriminazioni poste in essere per motivi di nazionalità, con violazione dell'art. 3 Cost.**"*

Il Tribunale di Brescia con propria ordinanza 18.7.2016 ha poi rilevato che *"l'azione collettiva svolta in via principale ha come oggetto la rimozione a monte di un atto "potenzialmente discriminatorio" nei confronti di soggetti difficilmente identificabili, indipendentemente dall'azione individuale svolta"* e che pertanto *"in questa materia l'interesse ad agire deve sì essere concreto ed attuale - nel senso che la lesione al diritto fatto valere deve essersi verificata - **nondimeno tale lesione può già ritenersi sussistente quando l'amministrazione abbia posto in essere un comportamento idoneo a realizzare una disparità di trattamento, senza necessità che tale attitudine si sia effettivamente tradotta in un danno a carico del soggetto discriminato. Se così non fosse la tutela antidiscriminatoria individuale posta a presidio di valori***

costituzionalmente garantiti si tradurrebbe in una forma di intervento necessariamente postumo e perderebbe gran parte della propria efficacia " (Tribunale di Brescia, ord. 18.7.2016).

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 11165/2017 ha condiviso i ragionamenti di cui sopra ed ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata delle suddette disposizioni affermando che **l'azione collettiva di cui all'art. 5 del D.lgs. n. 215/2003 può pacificamente essere proposta anche a tutela delle discriminazioni per nazionalità.**

In questo senso si è peraltro espresso anche il Consigliere presso la Corte di Cassazione Roberto Rivero in un contributo di dottrina tratto dalla rivista "Questione Giustizia" dd. 2.11.2017 che si produce.

Per tali ragioni si affermano l'interesse ad agire e la legittimazione ad agire anche dell'associazione ricorrente.

*

Nella denegata ipotesi in cui il giudice adito ravvisi l'impossibilità di fornire in questa sede l'interpretazione costituzionalmente orientata e compatibile con il diritto U.E. già fornita dalla Corte di Cassazione delle norme in questione, si ritiene che debba allora valutare, alternativamente, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e/o di sollevare la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 117, 111 Cost., chiedendo sin d'ora in tali ipotesi di accordare alle parti un termine per produrre un contributo in tal senso.

4. DEL CARATTERE DISCRIMINATORIO DEL BANDO IN OGGETTO E DEI NECESSARI RIMEDI.

4.1 IN GENERALE – QUADRO GIURIDICO DI RIFERIMENTO.

A livello internazionale e comunitario.

a) L'art. 10 della Convenzione OIL n. 143/75 ratificata dall'Italia con la L. n. 158/81 prevede che *"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 professione (...)"*. Il successivo art. 14 stabilisce 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"*.

b) Il principio di non discriminazione è affermato nell'ambito del diritto dell'Unione Europea sia in sede di Trattati sia in sede di diritto derivato in relazione ai fattori normativamente individuati, tra i quali presenza anche quello della nazionalità, ed è riconosciuto dalla CGUE come "**principio generale del diritto dell'Unione**", ossia come principio sovraordinato, incondizionato ed immediatamente applicabile, dotato di efficacia diretta cosiddetta "orizzontale" anche nei rapporti interprivati (*cf. sentenze Mangold e Küküdeveci*).

c) A norma dell'art. 45 TFUE sono vietate le discriminazioni fondate sulla nazionalità tra i lavoratori degli stati membri per quanto riguarda l'impiego, fatta esclusione per gli impieghi nella p.a.

d) La CGUE ha fornito un'interpretazione fortemente restrittiva della citata

eccezione al principio di non discriminazione, che deve essere limitata a quanto strettamente necessario per salvaguardare gli interessi degli Stati membri che tale disposizione garantisce (cfr. *ex multis* CGUE, sent. 11.9.2008, in C - 447/07, Commissione c. Italia). Conseguentemente i posti pubblici possono essere legittimamente riservati ai cittadini degli Stati membri solo in relazione a funzioni che comportano l'esercizio diretto di pubblici poteri finalizzati alla tutela dell'interesse nazionale, quando l'esercizio di tali poteri costituisce parte essenziale o comunque rilevante del ruolo messo a bando (cfr. CGUE., sent. 17 dicembre 1980, Commissione c. Belgio; CGUE, sentenza 21 giugno 1974 in C - 2/74, CGUE, sent. 13 luglio 1993 in C - 42/92, C- 270/13).

e) La Corte di Lussemburgo ha altresì definito la nozione di "**pubblico potere**" ai fini dell'applicabilità o meno della prevista eccezione al principio di non discriminazione e ha stabilito che deve trattarsi di un potere **decisionale esorbitante** dal diritto comune, **discrezionale**, suscettibile di tradursi nella capacità di agire indipendentemente dalla volontà di altri soggetti o addirittura contro la loro volontà; si concretizza quando la mansione lavorativa richiesta implichi **l'esercizio di poteri di coercizione o di imperio nei confronti di terzi e legati ad interessi generali e non meramente tecnici o economici**, quando costituiscano **parte abituale non saltuaria dell'attività lavorativa** (cfr. sentenza Haralambidis C - 270/13 dd. 10.9. 2014). Per valutare la sussistenza o meno di tali prerogative in capo alla posizione di pubblico impiego bandita, si deve pertanto tener conto della prossimità o connessione delle attività esercitate a poteri pubblici, del fatto che il posto comporti o meno il trattamento di questioni che attengano alla tutela di interessi nazionali di sicurezza, del livello di responsabilità in

termini di superiorità di grado o di funzioni direttive o ispettive, del fatto che tali poteri possano essere riconosciuti come esercitati dallo Stato, della portata degli effetti su altri individui, della natura ausiliaria o meno della mansione da svolgere. Sulla base di tali indicazioni è stata considerata discriminatoria la riserva ai cittadini dello stato membro, a titolo meramente esemplificativo, avuto riguardo alla posizione di presidente dell'autorità portuale (CGUE in C - 270/13), di operatore doganale (Tribunale di Udine, sez. lav. ord. 30.6.2016), di capitani e ufficiali di navi battenti bandiera italiana (CGUE in C - 447/07), di notaio. **In definitiva**, sulla base di tali nozioni, sembra ovvio che non si possano nemmeno prendere in considerazione posizioni non dirigenziali, che per il solo fatto di essere svolte sotto il controllo gerarchico del dirigente responsabile devono ritenersi poste al di fuori dell'ambito di eccezione al principio di non discriminazione così come definita in sede U.E.

f) la CGUE ha infine stabilito che la **simultanea sussistenza** di tali criteri distintivi (esercizio diretto di pubblici poteri e tutela dell'interesse nazionale) deve essere accertata in concreto, **secondo un approccio funzionale e casistico**, non settoriale - organizzativo (*cf. CGUE in C - 405/01 sent. 30 settembre 2003, sentenza del 12 febbraio 1974 Sotigiu in C - 152/73 e sentenza del 2 luglio 1996, Commissione/Lussemburgo in C - 473/93*).

g) Il diritto derivato (direttiva CE 109/2003 recepita a livello nazionale dal D.lgs. n. 3/2007 e direttiva 2009/50/CE) ha equiparato i cittadini stranieri in possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo U.E. ai cittadini nazionali e i soggetti titolari di carta blu ai cittadini stranieri regolarmente soggiornanti, sicché i principi espressi dalla Corte debbono essere riferiti anche in relazione a dette categorie.

A livello di diritto interno.

a) L'art. 2 D.lgs. n. 286/98 stabilisce "(...) lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano".

b) L'art. 43 D.lgs. n. 286/98 stabilisce che "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 settore della vita pubblica. In ogni caso compie un atto di discriminazione (...) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione (...) allo straniero regolarmente soggiornante in Italia solo in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità".

c) L'art. 44 del D.lgs. n. 286/2003 stabilisce che "quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione. Alle controversie previste dal presente articolo si applica l'art. 28 del D.lgs. n. 150/2011 (...)"

d) L'art. 38 del D.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 7 della L. n. 97/2013 , è

la norma di riferimento per la regolamentazione dell'accesso al pubblico impiego anche da parte dei cittadini stranieri e stabilisce che *"i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e i loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale. Con DCPM da adottarsi (...) sono individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindere dal requisito della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini di cui al comma 1. (...) Le disposizioni di cui al commi 1, 2 e 3 si applicano ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello status di rifugiato ovvero dello stato di protezione sussidiaria (...)"*.

e) Il D.P.C.M. n. 174/1994, nello stabilire le posizioni di pubblico impiego per le quali non possa prescindere dalla cittadinanza italiana, adotta un criterio settoriale e non funzionale, richiedendo ad esempio detto requisito per tutti i dipendenti del Ministero della Giustizia indipendentemente dalle funzioni attribuite in concreto a ciascuna figura professionale.

f) La giurisprudenza di merito e da ultimo anche la Corte di Cassazione con la nota e recente sentenza n. 6575/2016 ritengono, del resto in conformità con lo spirito del diritto antidiscriminatorio di origine sovranazionale, che per la configurabilità della condotta discriminatoria non sia necessaria alcuna volontà diretta a porla in essere, stante il carattere obiettivo della discriminazione.

Dunque in forza del novellato art. 38 D.lgs. n. 165/2001 anche i cittadini U.E. e tutte

le categorie di cittadini extra U.E. ivi contemplate possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche a condizione che tali posti non implicino l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri o non attengano alla tutela dell'interesse nazionale.

Tale norma, che ha in gran parte recepito gli indirizzi normativi e giurisprudenziali europei, deve tuttavia essere interpretata conformemente al diritto dell'U.E. e dunque nel senso che l'esclusione dei cittadini stranieri sia legittima solamente se le funzioni messe a concorso:

- comportano la partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri finalizzati alla tutela dell'interesse generale dello Stato;

- comportano l'esercizio di detti pubblici poteri in via non occasionale o limitata, costituendo per contro parte essenziale e rilevante dell'ufficio.

La simultanea sussistenza di tali criteri distintivi (esercizio diretto di pubblici poteri e tutela dell'interesse nazionale) deve poi essere accertata in concreto secondo un approccio funzionale, cioè casistico e concreto, non settoriale come invece impone il D.P.C.M. n. 174/94, illegittimamente utilizzato dal Ministero convenuto per l'individuazione dei posti riservati ai cittadini italiani. Tale decreto deve dunque essere disapplicato dal giudice adito, in quanto contrastante con il diritto U.E. e/o comunque in quanto contrastante con lo stesso tenore dell'art. 38 D.lgs. n. 165/2001 come modificato dalla L. n. 97/2013, che infatti rinviava all'adozione di altro successivo e diverso D.P.C.M.

4.2. IN CONCRETO SULLA FIGURA DEL MEDIATORE CULTURALE

Tanto precisato in generale, nel caso in esame non si ritiene che alla figura professionale del mediatore culturale siano affidati dalle norme di contrattazione integrativa compiti tali da giustificare la legittima riserva ai cittadini italiani.

Anzi, rispetto alla funzione in questione, sembra addirittura contraddittorio e contrario al principio di buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 Cost. che funzioni da devolversi necessariamente - per la loro intrinseca natura - a soggetti provenienti da paesi stranieri vengano invece devolute in via esclusiva ai cittadini italiani. Si sottolinea infatti che la figura del mediatore culturale - diversa dalla figura del mediatore linguistico e/o dell'interprete - è deputata evidentemente a fungere da tramite tra il mondo culturale di provenienza dei cittadini stranieri e il sistema italiano; difficile pensare che un tale compito possa essere affidato a soggetti che non provengono essi stessi dai paesi di origine degli stranieri con i quali devono interfacciarsi per lo svolgimento dei propri compiti. Lo stesso Ministero dell'Interno - **in collaborazione**, tra gli altri, **con il Ministero della Giustizia** - nel dossier di sintesi intitolato "La qualifica del mediatore interculturale. Contributi per il suo inserimento nel futuro sistema nazionale di certificazione delle competenze" - elaborato all'interno de progetto cofinanziato dal fondo europeo per l'integrazione di cittadini di paesi terzi - indica tra le condizioni di accesso ritenute indispensabili nel profilo professionale del mediatore interculturale l'essere preferibilmente di **origine straniera**, nonché l'essere stati residenti in Italia per un periodo di tempo sufficiente all'acquisizione di una **conoscenza generale dello stile di vita della cittadinanza italiana**.

Ciò detto, fermo restando che è preciso onere di controparte dimostrare in

concreto che la funzione del mediatore culturale comporta in via non occasionale esercizio diretto di pubblici poteri per come sopra definiti, l'allegato C del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo del personale non dirigenziale del Ministero della Giustizia del 29.7.2010, recante disposizioni relative all'ordinamento professionale del personale non dirigenziale dell'amministrazione penitenziaria, così definisce le mansioni da attribuire alla figura professionale del funzionario della mediazione culturale: *"lavoratori che svolgono attività di elevato contenuto specialistico, con assunzione di compiti di facilitazione della comunicazione tra gli utenti stranieri entrati nel circuito penale ed il complesso delle Istituzioni demandate all'esecuzione penale dall'Autorità giudiziaria. Lavoratori che partecipano ai processi di conoscenza e trattamentali riferiti agli utenti stranieri. Lavoratori che svolgono attività di mediazione tra le diverse culture nel rispetto del pluralismo e delle diversità, nonché attività di progettazione e gestione degli interventi in area penale interna ed esterna a favore dell'utenza straniera, di concerto con tutte le altre professionalità, con l'obiettivo di favorire processi di integrazione ed inclusione sociale, nel rispetto delle linee di indirizzo e degli obiettivi dell'ufficio definiti dal dirigente. Lavoratori che, nell'ambito di direttive di massima ed avvalendosi anche degli strumenti informatici in dotazione all'ufficio, collaborano allo studio ed alla pianificazione dei metodi di lavoro nonché alle progettazioni dei Servizi finalizzate alla creazione di connessioni di reti sociali. Lavoratori che partecipano all'attività didattica dell'Amministrazione per le materie di competenza".*

A ben vedere si tratta sempre e comunque di funzioni che presuppongono un'attività coordinata e diretta da funzionalità superiori, relativa a campi di intervento

che nulla hanno a che vedere con l'esercizio di funzioni coercitive e di imperio. L'alto contenuto specialistico dei compiti affidati – al pari di come potrebbe essere quello di un professore o di un insegnante – non significa pertanto che tali compiti costituiscano esercizio di pubblico potere nel suo significato ampiamente dettagliato dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

*

Il bando doveva dunque essere destinato anche alle altre categorie di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 165/2001, nonché ai titolari di carta blu ai sensi di quanto disposto dalla direttiva 2009/50/CE ed in particolare dall'art. 12 che dispone che tali soggetti debbano godere di trattamento analoga a quello riservato ai cittadini stranieri ed ai familiari non comunitari di cittadini italiani in ottemperanza a quanto disposto dal D.lgs. n. 30/2007 in attuazione della direttiva 2004/38/CE.

*

Per tali ragioni il giudice adito, previa eventuale disapplicazione delle norme che si pongono in contrasto con il diritto dell'U.E. e/o mediante interpretazione conforme al diritto U.E. della disciplina nazionale, nonché previa eventuale disapplicazione della clausola del bando illegittima in quanto discriminatoria, dovrà adottare ogni soluzione atta a rimuoverne gli effetti pregiudizievoli.

In particolare:

- per quel che attiene alla posizione individuale della Sig.ra Hemri la rimozione degli effetti discriminatori potrà essere approntata attraverso l'eventuale correzione del bando e riapertura dei termini per la proposizione della domanda di ammissione e/o attraverso l'ammissione della stessa alle prove preselettive e selettive, dunque alla

procedura concorsuale;

- per quel che attiene al carattere collettivo della perpetrata discriminazione si ritiene che la piena rimozione dei suoi effetti possa essere attuata attraverso la modifica della clausola illegittima, la pubblicazione del provvedimento giudiziale e della conseguente rettifica del bando, la riapertura dei termini per la proposizione delle domande da parte dei soggetti potenzialmente esclusi dalla selezione, l'ammissione in autotutela dei soggetti non in possesso della cittadinanza italiana che abbiano proposto domanda di ammissione;

- in entrambi i casi attraverso la corresponsione di una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale da determinarsi in via equitativa ex art. 1226 c.c.

Solo qualora il giudice ritenga non più possibile adottare le suddette soluzioni, si chiede che l'amministrazione convenuta sia condannata al risarcimento del danno patrimoniale da qualificarsi come danno da perdita di *chance*, quantificabile in via equitativa solo dopo aver conosciuto il numero dei candidati, con conseguente riserva di argomentare sul punto.

5) DELLA SUSSISTENZA DEL FUMUS BONI IURIS E DEL PERICULUM IN MORA

Si ritiene che sussistano nella fattispecie in esame le esigenze di celerità, in ragione del *periculum in mora*, per darsi luogo ad un provvedimento ex art. 700 c.p.c.

Infatti - richiamato sotto il profilo del *fumus* tutto quanto sopra esposto - vi è

senz'altro il grave pericolo che la ricorrente e gli altri soggetti potenzialmente esclusi dalla procedura concorsuale non possano parteciparvi **a parità di condizioni**, tanto più che il termine per la presentazione delle domande è ormai scaduto.

E' pertanto necessario che vengano adottati provvedimenti cautelari tali da evitare, nelle more del giudizio, che i soggetti da tutelare vengano esclusi dalla indetta procedura concorsuale e/o che non vi possano partecipare a parità di condizioni. Dunque adottare in via d'urgenza ogni provvedimento idoneo ad evitare che la procedura abbia inizio senza che i soggetti stranieri interessati vengano messi nelle condizioni di parteciparvi, quanto meno con riserva.

**** ** ***

Ciò premesso si conclude

A) In via cautelare d'urgenza, ordinare **in via anticipatoria** al Ministero convenuto la rettifica del bando con eliminazione della clausola discriminatoria e dunque, previa pubblicazione del bando rettificato, disporre la riapertura dei termini per la proposizione delle domande di ammissione **oppure** ordinare al Ministero di sospendere la procedura concorsuale sino alla conclusione del giudizio di merito, in modo da permettere in caso di accoglimento del presente ricorso, a chi non avesse proposto la domanda di essere rimesso in termini e dunque di partecipare all'indetto bando di concorso a parità di condizioni con gli altri candidati. In ogni caso ordinare al Ministero convenuto di ammettere con riserva la ricorrente e gli altri candidati sprovvisti della cittadinanza italiana e rientranti in una delle summenzionate categorie che avessero eventualmente proposto la relativa domanda all'indetta procedura concorsuale e dunque alle prove preselettive e/o selettive

B) Nel merito accertarsi e dichiararsi la natura discriminatoria dell'art. 3, lett. a) del bando di concorso di cui al Decreto dd. 15.1.2018 pubblicato in G.U. in data 12.2.2018 - 4a serie concorsi speciali nella parte in cui limita l'accesso alla pubblica selezione ai soli cittadini italiani e dunque nella parte in cui esclude i cittadini comunitari, i cittadini stranieri in possesso dei requisiti normativamente previsti dall'art. 38 del D.lgs. n. 165/2001, i titolari di carta blu e i familiari non comunitari di cittadini italiani e per l'effetto ordinare al Ministero convenuto di cessare immediatamente il comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti e dunque:

In tesi

- ordinare al Ministero convenuto di rettificare il bando di concorso eliminando la clausola discriminatoria, ripubblicare il bando con clausola corretta e dunque provvedere alla riapertura dei termini per la presentazione delle domande di ammissione, nonché ammettere la Sig.ra Najwa Hemri e gli altri soggetti stranieri che avessero proposto domanda in possesso degli altri requisiti richiesti all'indetta procedura concorsuale o, nell'ipotesi in cui tali adempimenti fossero stati in parte effettuati in seguito al provvedimento cautelare, rendere definitivi i medesimi;

- pubblicare l'ordinanza di questo giudice sul sito internet del Ministero o in altra forma idonea a darne adeguata conoscenza al fine di evitare il ripetersi della discriminazione;

- condannare il Ministero convenuto al risarcimento del danno non patrimoniale in favore di entrambe le parti ricorrenti da determinarsi equitativamente ex art. 1226 c.c.;

- assumere ogni ulteriore provvedimento che il Giudice riterrà opportuno in conformità a quanto previsto dall'art. 28 D.lgs. 150/11, ivi compreso un piano di

rimozione volto ad evitare i ripetersi della discriminazione.

In ipotesi

- condannare l'amministrazione convenuta a pagare alla ricorrente Najwa Hemri a titolo di risarcimento del danno patrimoniale derivante dalla impossibilità di accedere alla selezione, una somma da determinarsi in via equitativa in relazione al numero di candidati che risulteranno ammessi a concorso a seguito del predetto bando;

- ordinare al Ministero convenuto la pubblicazione dell'emanando provvedimento sul sito istituzionale con modalità tali da garantirne adeguata visibilità, nonché, ove ritenuto, di un estratto del provvedimento su un giornale a tiratura nazionale;

C) In ogni caso condannare il Ministero convenuto alla refusione delle spese, ivi compreso il rimborso del contributo unificato, e delle competenze di lite del presente procedimento nella misura di cui al D.M. n. 55/2014 da distrarsi in favore dei procuratori antistatari.

Si producono in copia i seguenti documenti:

1) permesso di soggiorno di lungo periodo U.E. n. I04551316 della Sig.ra Najwa Hemri;

2) iscrizione dell'Altro diritto Onlus al n. 365 del "Registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni" di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 215/2003 gestito dall'U.N.A.R.;

3) Atto costitutivo L'Altro Diritto Onlus;

4) Statuto L'Altro Diritto Onlus;

5) Verbale di nomina rappresentante legale L'altro diritto Onlus;

- 6) Verbale di conferimento procura L'altro diritto Onlus;
- 7) bando di concorso del 15.1.2018 pubblicato in G.U. in data 12.2.2018 alla 4a serie speciale;
- 8) domanda cartacea di ammissione alla procedura concorsuale della Sig.ra Hemri dd. 9.3.2018;
- 9) diffida p.e.c. del 21.2.2018;
- 10) giurisprudenza;
- 11) CCNI 29.7.2010 Ministero Giustizia e relativo allegato C;
- 12) Direttiva 2014/54/UE;
- 13) contributo di dottrina tratto dalla rivista "Questione Giustizia" dd. 2.11.2017 a firma del Consigliere presso la Corte di Cassazione Roberto Rivero;
- 14) documento Ministero dell'Interno giugno 2014;
- 15) autocertificazione reddito Sig.ra Hemri.

** ** **

Ai sensi dell'art. 14 del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 come da ultimo modificato dal D.L. n. 98/11, si dichiara espressamente che la presente controversia in materia di lavoro è di valore indeterminabile e pertanto soggetta al pagamento del contributo unificato di € 259,00 dal parte di Altro diritto Onlus e che la Sig.ra Hemri è esentata dal pagamento del contributo unificato come da prodotta autocertificazione del reddito.

** ** **

Firenze, lì 16.4.2018

Avv. Silvia Ventura

Avv. Alida Surace