

**TRIBUNALE DI BRESCIA**

**Sezione lavoro**

**RICORSO EX ART. 44 Dlgs 286/98 e 4 D.Lgs 215/03**

**“Azione civile contro la discriminazione”**

**dei signori**

**DOGGUI Naim** nato in Tunisia il 24.04.1986

**LAMGHARI Abdellatif** nato in Marocco 05.02.1980

**TAMOUKH Ahmed** nato in Marocco 01.01.1964

**EL QILECH Houssam** nato in Marocco 06.04.1982

**Nonché delle associazioni:**

**CGIL di Brescia** (cod.fisc.80049730171) con sede in Brescia, via Fratelli Folonari 20 in persona del segretario generale e legale rappresentante pro tempore Damiano Galletti;

**ASGI** – Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, con sede legale a Torino, via Gerdil n. 7, P.IVA e C.F. 07430560016, in persona del presidente e legale rappresentante *pro tempore* avv. Lorenzo Trucco;

**FONDAZIONE GUIDO PICCINI PER I DIRITTI DELL'UOMO – ONLUS**, con sede legale in Calvagese della Riviera (BS), via Terzago n. 7, C.F. 93006670173 in persona del presidente e legale rappresentante *pro tempore*, Giovanni Valenti.

rappresentati e difesi dagli avvocati Alberto Guariso e Livio Neri (cod.fisc. GRSLRT54S15F205S - NRE LVI 73P16 F205H) del Foro di Milano e Alessandro Zucca (cod.fisc. ZCCLSN78E21E526G) del Foro di Brescia ed elettivamente domiciliate presso quest'ultimo in Leno (BS) in Via Castello 5, 25024.

**contro**

**MINISTERO DELL'INTERNO**, in persona del Ministro *pro tempore*

**PREFETTURA DI BRESCIA**, in persona del Prefetto pro tempore  
entrambi domiciliati *ex lege* presso l'avvocatura Distrettuale dello Stato,  
in Brescia via Santa Caterina 6

**& & &**

### **Premessa**

Con il presente ricorso le organizzazioni e le persone fisiche in epigrafe intendono sottoporre al vaglio del Tribunale la situazione paradossale venutasi a creare nel nostro ordinamento dopo le sentenze della CGE C-66/2011 PPU e 7 e 8/2011 dell'Adunanza Plenaria del CdS. Vi sono infatti attualmente, nel solo territorio bresciano, oltre 800 stranieri (e varie migliaia in tutta Italia) che – in forza delle predette pronunce – avrebbero pieno diritto di vivere e lavorare regolarmente sul nostro territorio, ma che ciononostante non vengono posti in condizioni di farlo, in totale spregio del diritto comunitario cui tutti gli stati membri e le rispettive pubbliche amministrazioni sarebbero obbligati a conformarsi.

Questa “detenzione di fatto” dello straniero all'interno della prigione della clandestinità, oltre a costituire una insopportabile ingiustizia, rileva anche sotto il profilo della discriminazione (in quanto, come meglio si vedrà, il comportamento omissivo del Ministero preclude quella parità di trattamento che l'ordinamento invece garantisce al lavoratore regolarmente soggiornante) e – ad avviso dei ricorrenti – deve essere immediatamente rimossa dal Giudice anche al fine di non esporre la PA a obblighi risarcitori.

### **FATTO**

1. In data 3 agosto 2009 è stata approvata la L. 102/09, di conversione del DL 78/09 che all'art. 1 ter ha introdotto la nota procedura di “emersione” del lavoro irregolare degli extracomunitari.

2. Il comma 13 di detto articolo prevede:

*“...13. Non possono essere ammessi alla procedura di emersione prevista dal presente articolo i lavoratori extracomunitari:*

*a) nei confronti dei quali sia stato emesso un provvedimento di espulsione ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e dell'articolo 3 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, e successive modificazioni; b) che risultino segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore per l'Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato; c) **che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dagli articoli 380 e 381 del medesimo codice...**”*

2.I ricorrenti, trovandosi in posizione irregolare sul territorio nazionale e avendo lavorato per oltre tre mesi con rapporto di lavoro domestico, sono stati destinatari di distinte procedure di emersione proposte dai rispettivi datori di lavoro; dette procedure sono state proposte benché i ricorrenti fossero stati tutti in passato condannati per il reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter TU immigr. (mancata ottemperanza all'ordine di espulsione), nella convinzione che tale reato, al pari della “ordinaria” presenza irregolare sul territorio nazionale, non fosse ostativo al perfezionarsi della emersione (come si è visto la norma non era infatti esplicita sul punto).

3. Per molti mesi le Prefetture di tutta Italia, ritenendo invece ostativa la condanna, hanno sospeso la procedura di emersione o hanno adottato provvedimenti di rigetto, peraltro mai notificati ai lavoratori interessati (è questo il caso dei ricorrenti che non hanno mai ricevuto notizie in merito e solo pochi giorni fa hanno avuto informalmente notizia dai propri datori di lavoro dell'avvenuto rigetto).

4. La questione è stata oggetto di un vasto contenzioso, poi risolto dalle note pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenze 7 e 8 in data 10.5.2011 cfr. doc 1). Secondo tali pronunce, a prescindere dalle diverse interpretazioni che già prima si potevano dare dell'art. 1ter, comma 13 cit., il problema deve ritenersi risolto a seguito della intervenuta scadenza dell'obbligo di ricezione della direttiva 115/2008 (c.d. "direttiva rimpatri" il cui termine di recepimento scadeva il 25 dicembre 2010). Detta direttiva, secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia con sentenza del 28 aprile 2011 (causa C-61-11 PPU cfr. doc 2), osta alla stessa esistenza del reato di cui all'art.14, co.5 ter, TU<sup>1</sup>, che pertanto non può più dispiegare i propri effetti nemmeno in procedimenti amministrativi quali quello volto all'emersione del lavoro irregolare. Di conseguenza l'Ad. Plen. ha statuito che ***“l'entrata in vigore della normativa comunitaria ha prodotto l'abolizione del reato previsto dalla disposizione sopra citata, e ciò, a norma dell'art 2 del codice penale, ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali. Tale retroattività non può non riverberare i propri***

---

<sup>1</sup> La Corte di Giustizia afferma che “ ***..gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art 8, n. 4 di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art 14, comma 5 ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, termine in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti. Una tale pena, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio di cittadini terzi il cui soggiorno sia irregolare. In particolare, ... , una normativa nazionale quale quella in oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art 8, n. 1 della direttiva***

**effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato**".

5. L'art 15 della direttiva citata stabilisce infatti che:

*“ Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio **soltanto** per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando:*

*a) sussiste un rischio di fuga o*

*b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.*

*Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio....”<sup>2</sup> L'art 16 stabilisce inoltre che “Il trattenimento avviene di*

---

*2008/115 e ritardare l'esecuzione della decisione” .*

<sup>2</sup> L'articolo poi prosegue “2. Il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative o giudiziarie.

*Il trattenimento è disposto per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto. Quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli Stati membri:*

*a) prevedono un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso,*

*b) oppure accordano al cittadino di un paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento. In tal caso gli Stati membri informano immediatamente il cittadino del paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso.*

*Il cittadino di un paese terzo interessato è liberato immediatamente se il trattenimento non è legittimo.*

*3. In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria.*

*4. Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata.*

*5. Il trattenimento è mantenuto finché perdurano le condizioni di cui al paragrafo 1 e per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito. Ciascuno Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi.*

*6. Gli Stati membri non possono prolungare il periodo di cui al paragrafo 5, salvo per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi conformemente alla legislazione*

*norma in appositi centri di permanenza temporanea. Qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari.”*

6. La Corte di Giustizia ha statuito che i due articoli ora citati “**sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto**” (cfr punto 40 e 45 sentenza cit.)
7. Poiché le pronunce della Corte di Giustizia integrano ad ogni effetto l’ordinamento comunitario (cfr. C. Cost. 23.04.1985, n. 113; Cass. 9.11.2006 n. 23937; ancora Corte Cost. 24.10.2007, nn. 348 e 349) e poiché la previsione contenuta nella direttiva è senz’altro sufficientemente precisa e tale quindi da dispiegare effetti diretti nell’ordinamento interno, il reato in esame **deve considerarsi non più previsto dall’ordinamento italiano**, con conseguente venire meno della (già prima inesistente) condizione ostativa.
8. Aderendo alla prospettazione qui formulata il Ministero dell’Interno, **in data 24 maggio 2011, ha emesso la circolare n. 3958** (cfr. doc 3) con la quale ha invitato gli Sportelli Unici a conformarsi all’indirizzo assunto dall’Ad.plen., esercitando l’autotutela nei casi non ancora definiti, procedendo alla riapertura dei procedimenti ex art. 7 l. 241/90 e richiedendo “*nuovo parere questorile alla luce della sentenza del CdS e conseguente riesame finalizzato all’accoglimento, salvo ostatività di diversa natura*”.

---

*nazionale nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l’operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa:*

- a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato
- b) dei ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi.”

9. Per i procedimenti già definiti gli Sportelli Unici – sempre secondo la circolare - avrebbero dovuto valutare caso per caso, previa richiesta dell'interessato, in ogni caso alla luce del nuovo assetto normativo.
10. Inspiegabilmente, a soli due giorni di distanza (il 26 maggio 2011) il Ministro ha emesso una nuova circolare n. 4027 (cfr. doc 4), **con la quale ha invitato gli Sportelli Unici a considerare “temporaneamente sospesa” la circolare precedente ed i suoi effetti** e a non procedere nel senso in precedenza indicato. La questione è dunque tornata al punto di partenza e non si ha notizia di ulteriori sviluppi a breve.
11. Ad avviso dei ricorrenti il comportamento del Ministero, oltre che illegittimo sotto altri profili, è anche “discriminatorio” nel senso previsto dalle vigenti disposizioni in materia.

## **DIRITTO**

### **1. Obbligo della PA di adeguarsi al diritto comunitario.**

Come è noto, il principio di primazia del diritto comunitario impone non solo al giudice nazionale, ma allo Stato membro in tutte le sue articolazioni, di conformarsi integralmente al diritto comunitario e, in caso di conflitto tra diritto interno e una norma comunitaria provvista di effetto diretto, di disapplicare la norma interna contrastante. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto è unanime: cfr tra le tante **CGE C-198/01** *“l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (v., in questo senso, sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, Racc. pag. 1839, punto 31), il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto*

---

*comunitario*”; **CGE C- 118/00** “*Tale principio della preminenza del diritto comunitario impone non solo alle giurisdizioni, ma a tutte le istanze dello Stato membro di dare pieno effetto alla norma comunitaria*” ; **CGE C- 438/99** “*si deve rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, nonché il dovere che essi hanno in virtù dell'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri (sentenze 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, Racc. pag. I-3325, punto 26, e 4 marzo 1999, causa C-258/97, HI, Racc. pag. I-1405, punto 25), ed in particolare per le autorità decentrate*”.

Peraltro, sarebbe del tutto contraddittorio riconoscere in capo al privato la facoltà di far valere – anche nei confronti della PA - il diritto di fonte comunitaria (ove previsto da direttive munite di “effetto diretto”) **direttamente dinanzi al giudice nazionale** e nello stesso tempo negare che la amministrazione sia tenuta, anche prima dell’ordine giudiziale, ad applicare quelle norme.

Da ciò discende che nel caso di specie, poiché gli articoli 15 e 16 della direttiva 115/2008 (non recepita entro il termine previsto), “*sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto*”, (cfr punto 40 e 45 sentenza C-61/11 PPU), tutti gli organi della PA sono tenuti ad adeguarsi automaticamente agli stessi.

D'altronde la stessa pronuncia del Consiglio di Stato 8/2011 sopra citata ha pienamente recepito detti principi, stabilendo che l’abolizione del reato di cui all’art 14 comma 5 ter, conseguente all’entrata in vigore della direttiva

2008/115, ha effetto retroattivo ai sensi dell'art 2 del codice penale e

*“non può non riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato. La conclusione cui il Collegio perviene non è ostacolata in modo persuasivo dalla tesi, prospettata dall'ordinanza di rimessione secondo cui per il principio tempus regit actum, sarebbero da ritenere comunque legittimi gli atti amministrativi adottati antecedentemente al mutamento della normativa.*

*Il principio tempus regit actum esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irretrattabilmente definito e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento. Tale circostanza, evidentemente, non si verifica ove, come nella specie, siano stati esperiti gli idonei rimedi giudiziari volti a contestare l'assetto prodotto dagli atti impugnati”*

Come si è visto, in un primo momento il Ministero, se pure con ritardo, si è conformato al nuovo quadro normativo con la circolare n. 3958/2011 e poi l'ha inspiegabilmente sospesa, senza che si abbia notizia sulla durata di tale sospensione e sugli sviluppi futuri.

La scelta (evidentemente ben valutata, visto che è frutto di un “ripensamento”) di porsi in così netto contrasto con il diritto comunitario integra un comportamento discriminatorio ai sensi delle norme indicate in epigrafe, per i motivi che seguono.

## **2. Sussistenza di una discriminazione**

**2.A.** Come è noto, secondo la definizione fatta propria da tutto il diritto antidiscriminatorio (cfr. le direttive 2000/43, 2000/78, 2006/54) la discriminazione consiste in un trattamento oggettivamente **meno favorevole** (a prescindere dunque da qualsiasi intento soggettivo del “discriminante”) riservato ad una persona in relazione a un fattore vietato e relativo ad un

settore della vita sociale ove opera – rispetto a tale fattore - un principio di parità di trattamento.

Nel caso di specie il fattore che viene in considerazione è quello **della cittadinanza o della nazionalità** (e, indirettamente, anche quello dell'origine etnica, come meglio si vedrà) e il settore della vita sociale interessato è quello **dell'occupazione e delle condizioni di lavoro**, posto che la procedura di emersione prendeva in considerazione lo straniero **esclusivamente in quanto lavoratore**.

Quanto allo svantaggio, non rileva se il trattamento meno favorevole viene posto in essere violando una condizione di parità preesistente (ad es. escludendo gli stranieri da una prestazione sociale originariamente riservata a tutti) o impendendo allo straniero di pervenire ad una condizione di parità cui avrebbe invece diritto.

Il caso di specie rientra appunto in questa seconda ipotesi.

Come è noto infatti nell'ordinamento internazionale vige in favore dello "straniero-lavoratore", un principio assoluto di parità con il lavoratore nazionale, **ma solo a condizione che lo straniero acquisisca un regolare titolo di soggiorno**: il principio è fissato in primo luogo dalla convenzione OIL 143/75<sup>3</sup> e trasfuso nell'art. 2, comma 3 TU immigr. Per contro il lavoratore non regolarmente soggiornante gode anch'esso di alcuni diritti (precisati dalla direttiva 2009/52) ma **non** del diritto alla parità di trattamento.

---

<sup>3</sup> Articolo 10: "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".

Orbene i ricorrenti (come tutti gli altri interessati alla sanatoria) sono presi in considerazione dalla L. 102/09 **solo nella loro qualità di lavoratori**, posto che possono accedere alla procedura solo in quanto abbiano **già** lavorato (per almeno tre mesi) sul territorio nazionale.

A seguito della evoluzione normativa sopra descritta, i ricorrenti hanno **diritto** di completare una procedura che consentirebbe loro di accedere ad una **condizione di perfetta parità con i lavoratori italiani**: ma tale diritto è negato dal pervicace rifiuto dell'Amministrazione (concretizzatosi nella circolare di sospensione 4027) di conformarsi al diritto comunitario, con conseguente condanna dei ricorrenti ad una condizione di **disparità** (e dunque di svantaggio) che costituisce esattamente la condizione vietata dal diritto antidiscriminatorio.

**2.B.** Le norme rilevanti nell'ottica appena descritta sono dunque agevolmente individuabili.

a) L'art. 43, comma 1 TU immigrazione rileva in quanto garantisce allo straniero *“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”*<sup>4</sup>; e non vi è dubbio che il diritto al lavoro rientri tra i diritti umani e le libertà fondamentali.

b) L'art. 43, comma 2, rileva in primo luogo con riferimento alla lettera a): siamo infatti di fronte alla massima espressione della PA che omette **un atto**

---

<sup>4</sup> La previsione riproduce letteralmente quanto contenuto nell'art. 1 della Convenzione internazionale sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 21.12.1965” il che conferma immediatamente che la c.d. discriminazione razziale può attuarsi anche con riferimento all'origine nazionale dei soggetti.

**dovuto** (l'adeguamento al diritto comunitario) "*nei riguardi di un cittadino straniero*" e tale omissione ha l'effetto di "*discriminarlo ingiustamente*". Rileva altresì con riferimento alla **lettera c**, posto che il comportamento qui denunciato pregiudica l'accesso dello straniero all'occupazione; e infine con riferimento alla lettera e) ove vengono in considerazione gli atti che discriminano i lavoratori "*in ragione della loro appartenenza ..... ad una cittadinanza*". Con riferimento a tale ultima ipotesi (la lettera e) va solo precisato che la norma non può essere interpretata con riferimento al solo comportamento discriminatorio del datore di lavoro, chè altrimenti resterebbe immotivatamente impunito il comportamento di tutti quei soggetti terzi (si pensi all'agenzia di selezione del personale) che al pari o più del datore di lavoro sono in grado, per la funzione che ricoprono, di pregiudicare il diritto alla parità di trattamento tra lavoratori. Peraltro, tutte le norme del diritto antidiscriminatorio poste a tutela della parità sul lavoro, non fanno mai riferimento al solo datore di lavoro (si veda gli art. 3 delle direttive 2000/43 e 2000/78) ; e questo stesso Tribunale, affrontando la nota questione dei "soli di Adro", ha ritenuto sussistente la discriminazione "*in materia di occupazione e condizioni di lavoro*" anche se posta in essere da un soggetto terzo (si veda Trib Brescia 7.2.2011 in Ri.circa dir.lav., 2010, 992).

c) Rileva inoltre l'art. 2 del D.Lgs. 215 del 2003 che conferma il divieto di discriminazione con riferimento al fattore razza e origine etnica e indica come campo di applicazione (tra gli altri) quello della occupazione e delle condizioni di lavoro.

**2.C.** Con riferimento a tale ultima normativa (dlgs 215/03) merita ricordare che detta norma, richiamando al comma 3 dell'art.2 il predetto art.43, ha

chiarito che le previsioni in materia di razza, etnia e cittadinanza devono essere considerate unitariamente e debbono fare riferimento a un unico strumento processuale: il che trova peraltro conferma nella giurisprudenza comunitaria<sup>5</sup> e in quella nazionale, **che ha ripetutamente affermato l'applicabilità del D.Lgs 215/03 ai casi di discriminazione “dello straniero”**. Tra le molte si veda ad es. Tribunale di Milano 29.9.2010, che così motiva sul punto:

*“Se quindi la prima norma (l’art.2 comma 1, D.lgs 215/03) introduce un concetto apparentemente più restrittivo di discriminazione, non ricomprendendo la discriminazione per nazionalità, la seconda prescrizione (art. 2 comma 2) fa salva la medesima nozione di cui al D.lgs 286/98 comprensiva anche della discriminazione per nazionalità e quindi per cittadinanza. ...Non sarebbe possibile una lettura restrittiva, posto che il par. 25 direttiva 2000/43/CE, di cui il D. lgs 215/03 costituisce attuazione, pone una clausola di non regresso che impedisce una modificazione peggiorativa della disciplina precedentemente in vigore”....Inoltre la previsione di cui all’art. 3, comma 2, D.lgs 215/03 “non può essere intesa nel senso di un restringimento delle tutele previste dal TU immigrazione, rispetto al quale la normativa di recepimento delle direttive europee non ha previsto alcuna volontà modificativa in pejus o abrogativa...Va quindi anche su questo punto condiviso l’orientamento ...che ha ritenuto che “la precisazione dell’art. 3 risulta quindi più che altro diretta alla salvaguardia di alcune disposizioni nazionali riguardanti specifiche materie nelle quali può avere rilievo la condizione di cittadini di paesi terzi”.*

D'altra parte, come affermato da altra giurisprudenza di merito, in contesti come quello italiano ove la quasi totalità degli extracomunitari appartiene a gruppi etnici **diversi** da quello cui appartengono gli italiani, l'impiego del criterio della cittadinanza si traduce sempre in una discriminazione indiretta per origine etnica, il che conferma la necessità di considerare la vicenda in

---

<sup>5</sup> Si veda sul punto la sentenza CGE *Feryn*, 10/7/08 in Riv. critica dir.lav., 2008, 883, che ha applicato la direttiva 2000/43 con riferimento a una ipotesi di discriminazione di lavoratori “alloctoni”, cioè privi della cittadinanza nazionale.

esame sia alla luce del TU immigrazione, sia alla luce del D.Lgs 215/03<sup>6</sup>.

**2.D.** Resta dunque accertato che il fattore identificativo del gruppo svantaggiato (**gli stranieri**) rientra – direttamente o indirettamente – tra i fattori vietati. Se così è, a nulla rileva che gli esclusi dalla parità di trattamento non siano **tutti** gli stranieri, ma una specifica categoria di essi: ai fini della discriminazione è infatti sufficiente che l’ostacolo frapposto colpisca **esclusivamente** gli appartenenti al gruppo oggetto di protezione (e il comportamento del Ministero colpisce evidentemente **solo gli stranieri**) non rilevando che altri appartenenti al medesimo gruppo non risentano di tale ostacolo e possano conseguire invece la parità<sup>7</sup>.

### **3. Conseguenze**

**3.A.** L’art. 44 TU immigrazione prevede un procedimento fondato sulla

---

<sup>6</sup> Trib. Milano, 4.02.10, pres. Vanoni, est. Dorigo Provincia di Sondrio c. APN ONLUS, NAGA; Trib. Udine 29.06.10 Bozesan c. Comune di Latisana, in Riv. Critica dir. Lav., 2010, 3

<sup>7</sup> Un riferimento in tal senso si legge nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha esaminato casi di discriminazione indiretta, laddove cioè il requisito imposto in violazione della parità di trattamento colpiva non tutti gli stranieri, ma soltanto una parte di essi “*Devono considerarsi indirettamente discriminatorie le condizioni poste dall’ordinamento nazionale le quali.....rischiano di essere sfavorevoli in modo particolare ai lavoratori migranti. Non è necessario al riguardo accertare se la disposizione di cui trattasi si applichi in concreto ad una percentuale notevolmente più elevata di lavoratori migranti . Basta rilevare che detta disposizione è in grado di produrre un effetto del genere*” (CGE Angonese c. Cassa Risparmio Bolzano C-281/98, sent. 06/06/2000). Analogamente la giurisprudenza di merito ha riconosciuto sussistente la discriminazione anche nel caso di illegittima introduzione di requisiti (quale la carata di soggiorno) che non colpivano indistintamente tutti gli stranieri, ma solo una parte di essi: si veda ad es. Trib.Milano 30.7.2010 est Bianchini, in Riv.critica dir.lav.2010, Trib. di Pavia 01.10.09 est. Ferrari in Riv. critica del lavoro 2009, 842; Trib Bergamo 28.11.2009 est. Cassia in causa ANOLF + ALTRI C. Comune di Brignano inedita; Trib Bergamo 07.03.2011 est. Ippolito in causa A. + altri c. Comune di Palosco in [www.asgi.it](http://www.asgi.it);

massima rapidità e informalità (i cui contorni sono stati precisati da Cass. SS.UU., 7.3.2008, n.6172, in Riv. critica di dir. lav., 2008, p. 710) all'esito del quale il Giudice, ove accerti il carattere discriminatorio del comportamento denunciato, ordina la cessazione del comportamento e la rimozione degli effetti, condannando il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale: ciò in adempimento dei principi comunitari che impongono in ogni caso sanzioni **effettive, proporzionate, dissuasive** (art. 15 direttiva 2000/43).

Ciò che dunque viene qui richiesto è che, previo accertamento della condotta discriminatoria, il Giudice voglia ordinare al Ministero e alle sue articolazioni periferiche di adeguarsi al diritto comunitario. Detto ordine può avere, grazie al comportamento del Ministero stesso, **un contenuto molto preciso, consistente nel mero ripristino** – previa occorrendo disapplicazione della circolare “sospensiva” – **della circolare 3958/2011** che in effetti prevedeva un soddisfacente adeguamento al diritto comunitario.

**3.B.** Un ordine nel senso sopra indicato non trova ostacoli nel fatto di essere rivolto alla PA, come peraltro ritenuto da pacifica giurisprudenza<sup>8</sup> e come

---

<sup>8</sup> Tra le molte pronunce emesse in sede di ricorso ex art. 44 TU immigrazione, che hanno ordinato alla PA la modifica di un provvedimento discriminatorio si veda Trib.Brescia, sez.lav., 26.1.09 est. Onni, Hossain c. Comune di Brescia, confermata in sede di reclamo; Trib.Brescia, sez.lav., 12.3.09, est. Alessio, Hossain e a. c. Comune di Brescia; Trib.Milano 30.5.2008 est. Bianchini, in Riv. Critica dir. Lav., 2008, confermata dal Tribunale in composizione collegiale, in tema di accesso al pubblico impiego; Tribunale Bologna 7.9.07 est. Borgo, ivi, 2007 nella medesima materia; Trib.Perugia 6.12.2006 est. Criscuolo, in Diritto Immigrazione e cittadinanza, 2007; Trib.Milano, 11.2.2008 est. Marangoni, in Diritto Immigrazione e cittadinanza, 2008, non reclamata e confermata da sentenza di merito, in tema di ordinanza comunale per l'accesso alla scuola materna; Trib.Milano 21.3.02, est. Gandolfi, in

risulta dalle disposizioni esistenti in materie analoghe (si vedano ad es. gli amplissimi poteri, anche "costitutivi", attribuiti all'AGO dall'art. 63 c. 2 Dlgs 165/01 in materia di pubblico impiego).

Il punto è peraltro chiarito da ultimo dalla ordinanza delle Sezioni Unite n. 7186 del 30.03.2011, relativa ad un regolamento di giurisdizione promosso nell'ambito di un giudizio di merito instaurato dopo che in sede di procedimento ex art 44 d.lgs 286/98 il Tribunale aveva ordinato all'amministrazione di ammettere i dipendenti extracomunitari ad una procedura di accesso al pubblico impiego. **Riconoscendo la giurisdizione dell'AGO**, la Corte ha affermato:

*“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 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'altra parte, una volta ammesso (come la Cassazione ha statuito) che il GO **ha giurisdizione** in materia discriminatoria, si dovranno necessariamente riconoscere allo stesso Giudice i poteri indispensabili ai fini di pervenire, nei limiti di quanto materialmente possibile, a quella integrale rimozione della discriminazione che il diritto comunitario impone, specialmente laddove riconosce al diritto alla non discriminazione il rango di diritto fondamentale

---

Foro It.2003, in tema di delibera comunale per l'accesso agli alloggi di edilizia popolare.

della persona (art. 21 Carta di Nizza) e laddove vincola gli Stati membri a prevedere i citati rimedi “*effettivi, proporzionali e dissuasivi*”: ogni diversa soluzione significherebbe infatti ammettere che l’ordinamento è disarmato a fronte della violazione di un diritto fondamentale della persona ogniqualvolta in tale violazione sia coinvolta la PA, il che non pare assolutamente plausibile.

**3.C.** Che poi alla condotta discriminatoria sia conseguito un danno patrimoniale appare assolutamente certo: i ricorrenti, come tutti gli stranieri in analoghe posizioni non hanno potuto proseguire il rapporto alle dipendenze del datore di lavoro che aveva promosso la procedura di emersione e hanno pertanto perso il reddito derivante da un rapporto di lavoro che avrebbe invece dovuto proseguire senza trovare ostacoli da parte della PA.

Altri stranieri, per i quali invece il provvedimento di rigetto non è stato adottato o notificato neppure al datore di lavoro, hanno probabilmente potuto proseguire l’originario rapporto, ma non hanno potuto muoversi liberamente sul mercato del lavoro alla ricerca di nuove opportunità occupazionali (come invece avrebbero potuto fare anche subito dopo la firma del contratto di soggiorno e l’acquisizione dello status di regolarmente soggiornanti).

Entrambi i gruppi poi non hanno potuto iscriversi al SSN, né beneficiare di alcuna prestazione sociale, né iscriversi all’anagrafe ecc.

Pur nella concorrenza di condizioni esterne (quali l’interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto ecc.) il danno patrimoniale è comunque certo e, per entrambi i gruppi di stranieri, potrà essere quantificato in via equitativa (comprendendo anche i profili ulteriori appena

indicati) con riferimento alla retribuzione minima commisurata all'orario minimo previsto per la regolarizzazione (20 ore settimanali) e ciò quantomeno dalla sentenza della Corte di Giustizia (dalla quale scaturisce con maggior chiarezza il vincolo di conformazione al diritto comunitario) e pertanto dal 28 aprile 2011, fino alla cessazione della condotta discriminatoria.

Sulla base delle tabelle prodotte, assumendo (prudenzialmente) l'importo retributivo minimo previsto per i lavoratori non conviventi appartenenti al livello A (4 euro l'ora) si perviene ad una somma non inferiore a **400,00 euro mensili** così computata:

$4,00 \text{ euro orari} \times 20 \text{ ore settimanali} = 80 \text{ euro la settimana} \times 4,33 = 346,40 \times 15 \text{ (tredicesima, ferie, tfr maturato)} / 12 = 433,0 \text{ euro mensili}$

L'ordine di pagamento di detta somma svolgerà peraltro inevitabilmente anche una funzione di *astreinte* per garantire sin d'ora l'esecuzione dell'ordine giudiziale: funzione particolarmente opportuna nel caso in cui la complessità della macchina amministrativa potrebbe dilatare ulteriormente il danno subito dai ricorrenti.

Anche per tale motivo, detto ordine di pagamento viene richiesto non solo in favore dei ricorrenti, ma anche in favore degli altri stranieri che si trovano in analoghe condizioni.

Sul punto si rinvia a Tribunale di Bolzano, ordinanza 24.11.10 est. Puccetti in causa K. + altri c. IPES + altri (vedila in Riv.critica dir.lav. 2010, 1178) ove il Giudice, con riferimento alla prospettata impossibilità di emanare un provvedimento di rimozione della discriminazione che abbia effetti *erga omnes*, ha ritenuto di dover rimettere tale questione alla Corte di Giustizia chiedendo se l'art.15 direttiva 43 debba essere interpretato nel senso di ricomprendere, fra le discriminazioni accertate e gli effetti da rimuovere,

(ed anche al fine di evitare ingiustificate discriminazioni alla rovescia) **tutte le violazioni incidenti sui destinatari della discriminazione, anche se non siano parte della controversia**. Sul punto si ritiene che tale dubbio si possa peraltro sciogliere sin d'ora in senso positivo, proprio in applicazione del vincolo comunitario di “sanzioni effettive” (per un caso analogo si veda Tribunale Milano ord. 29 settembre 2010 in Riv. crit. lav. 2010, 875 che ha disposto un ordine di rimozione generale riguardante tutti i destinatari della discriminazione).

In applicazione di quanto previsto dall'art.4 D.Lgs 215 si chiede altresì che venga disposta la pubblicazione dell'ordinanza, che costituisce lo strumento più adeguato per vincolare i comportamenti futuri della PA e per attenuare la lesione alla dignità del soggetto discriminato dando adeguata pubblicità al ripristino della parità di trattamento, .

#### **4. Legittimazione attiva**

I ricorrenti persone fisiche sono pacificamente legittimati ad agire nel presente giudizio in quanto – come esposto in narrativa - sono le “vittime” dirette dell'inerzia del Ministero.

Quanto ai soggetti collettivi va ricordato che, con il presente ricorso, vengono prospettati due profili di discriminazione.

Sotto un primo profilo viene dedotta la situazione di svantaggio nella quale si trovano i beneficiari della emersione che, a causa del comportamento omissivo del Ministero, non possono accedere a quella condizione di “lavoratore subordinato regolare” che l'ordinamento invece gli garantirebbe.

Da questo punto di vista la vicenda si configura quindi (al pari delle vicende, ripetute esaminate dalla giurisprudenza, di esclusione dello

straniero da un posto di lavoro) come discriminazione inerente l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro con conseguente sussistenza della legittimazione attiva ex art 44, comma 10, Tu imm. delle OO.SS. maggiormente rappresentative (quale è la CGIL), trattandosi pacificamente di discriminazione collettiva.

Sotto un secondo profilo viene dedotta la discriminazione ai sensi dell'art. 43 comma 1 e comma 2, lettere a) e c). Qui viene dunque in rilievo, per i motivi detti e per la necessità di una considerazione congiunta dell'art.44 cit. e del dlgs 215/03, la legittimazione attiva delle associazioni iscritte nell'elenco di cui all' art. 5 del d.lgs 215/03 che ben possono intervenire, per i motivi di cui sopra, anche a tutela dello straniero.

ASGI e FONDAZIONE PICCINI, che operano da molti anni – anche in forza delle proprie previsioni statutarie – nell'ambito della lotta alle discriminazioni sono iscritte nel predetto elenco e sono dunque legittimate ad agire in giudizio.

\*\*\*

Tutto ciò premesso i ricorrenti come sopra rappresentati e domiciliati chiedono che il Giudice, previ gli incumbenti di rito, voglia accogliere le seguenti

### CONCLUSIONI

Voglia il Tribunale,

disattesa ogni contraria istanza ed eccezione,

**a) accertare e dichiarare** il carattere discriminatorio della condotta tenuta dal Ministero dell'Interno e dai suoi organi periferici consistente nel non aver adeguato le rispettive condotte ai principi del diritto comunitario fissati dalla sentenza CGE C-66/2011 PPU, e in particolare nell'aver il Ministero dell'Interno emanato la circolare 4027/2011 di sospensione

degli effetti della circolare 3958/2011;

- b) **ordinare** alle amministrazioni convenute, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze, di cessare la condotta discriminatoria e di rimuoverne gli effetti e in particolare **ordinare** al Ministero convenuto di ripristinare immediatamente le disposizioni di cui alla circolare 3958/11 e alla organi periferici di darvi immediata applicazione; nonché **ordinare** alla Prefettura di Brescia di revocare i provvedimenti di rigetto delle domande di emersione riguardanti i ricorrenti e di procedere al riesame delle stesse alla luce dei principi fissati dall'ordinamento comunitario e dalle pronunce dell'Ad.plen. CdS nn. 7 e 8/2011.
- c) **condannare** le amministrazioni convenute a risarcire ai ricorrenti e a tutti gli stranieri che si trovino in analoga posizione, la somma di **euro 400,00** mensili dalla data di emanazione della pronuncia della Corte di giustizia C-66/2011 (28.04.11) fino alla cessazione del comportamento discriminatorio
- d) **ordinare** la pubblicazione del dispositivo dell'emanando provvedimento su un quotidiano a tiratura nazionale (con indicazione di una dimensione minima idonea a garantire una adeguata visibilità) nonché la pubblicazione dell'intero provvedimento per la durata minima di tre mesi sul sito internet del Ministero;
- e) **assumere** ogni ulteriore provvedimento ritenuto opportuno al fine di ripristinare la parità di trattamento ivi compreso un piano di rimozione ex art. 4 DLgs 215/03 idoneo a prevenire il reiterarsi della discriminazione.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.

Con riserva di indicare in udienza eventuali sommari informativi sui fatti di

causa..

Si deposita fascicolo di parte contenente i seguenti documenti:

- 1) sentenze Adunanza Plenaria Consiglio di Stato 7-8/2011
- 2) sentenza CGE C-66/11 PPU
- 3) circolare Ministero dell'Interno 3958/11
- 4) circolare Ministero dell'Interno 4027/11
- 5) CCNL lavoratori domestici
- 6) domanda di emersione, rigetto domanda, documenti signor DOGGUI  
Naim
- 7) Domanda di emersione, rigetto domanda, documenti signor  
LAMGHARI Abdellatif
- 8) Domanda di emersione, rigetto domanda, documenti signor  
TAMOUKH Ahmed
- 9) Domanda di emersione, rigetto domanda, documenti signor EL QILECH  
Houssam
- 10) Statuto ASGI
- 11) Statuto Fondazione Piccini
- 12) Elenco ex art 5 d.lgs 215/03

Milano, 8 giugno 2011

avv. Alberto Guariso

avv. Livio Neri

avv. Alessandro Zucca