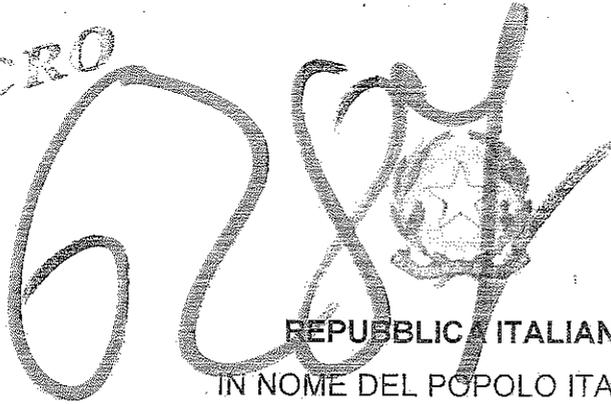


LAVORO



N° 6171/09 R.G.
N° 6282 CRON.

ASSEGNATA A SENTENZA
IL 20-12-11

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE LAVORO

SENTENZA CONTESTUALE

Emessa all'udienza del 20/12/2011 ex art. 429 c.p.c. come modificato dal D.L. 112/2008 convertito in L. 6.8.08 n.133, nella controversia di primo grado iscritta al N. 6171/2009 RGL, promossa

da

AZIENDA OSPEDALIERA SAN PAOLO, con il patrocinio dell'avv. VIGEZZI DONATO GIUSEPPE e dell'avv. COLOMBO ALBERTO (CLMLRT57S10F205Z) VIALE LAZIO, 4 20135 MILANO, elettivamente domiciliata in VIA ANTONIO DI RUDINI', 8 20142 MILANO, presso il difensore avv. VIGEZZI DONATO GIUSEPPE

RICORRENTE

contro

CGIL COMPENSORIO DI MILANO, FUNZIONE PUBBLICA CGIL COMPENSORIO DI MILANO, CISL COMPENSORIO DI MILANO, FPS CISL COMPENSORIO DI MILANO, con il patrocinio dell'avv. GUARISO ALBERTO, elettivamente domiciliati in VIALE REGINA MARGHERITA, 30 20122 MILANO presso lo studio dell'avv. GUARISO ALBERTO

NADRY HANANE, con il patrocinio dell'avv. GARIBOLDI SILVIA elettivamente domiciliata in CORSO LODI, 47 20139 MILANO presso lo studio dell'avv. GARIBOLDI SILVIA

CONVENUTI

REGIONE LOMBARDIA, con il patrocinio dell'avv. VIVONE PIO DARIO, elettivamente domiciliata in PIAZZA CITTA' DI LOMBARDIA N. 1 presso la SEDE della REGIONE

TERZA INTERVENUTA

Oggetto: Altre ipotesi

Il Giudice del Lavoro
Dott.ssa Maria Gabriella Mennuni

IN FATTO

Con ricorso ex art. 414 c.p.c. l'Azienda Ospedaliera San Paolo conveniva in giudizio la CGIL - Compensorio di Milano, la Funzione Pubblica CGIL - Compensorio di Milano, la CISL - Compensorio di Milano, la FPS CISL - Compensorio di Milano e Hanane Nadry chiedendo che venisse accertata l'illegittimità con conseguente rimozione delle ordinanze, emesse ai sensi dell'art. 44 D. Lgs. 286/98, in data 30.5.2008 e 30.7.2008 dal Tribunale di Milano (rispettivamente in funzione monocratica e collegiale) che avevano accertato la condotta discriminatoria tenuta dalla ricorrente.

Scopo dichiarato della ricorrente è l'accertamento, attraverso un giudizio a cognizione piena e non sommario quale quello previsto dall'art. 44 citato, della persistente sussistenza del requisito soggettivo, di carattere generale, della cittadinanza italiana ai fini dell'accesso all'impiego stabile presso la Pubblica Amministrazione, con particolare riferimento alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato presso l'azienda Ospedaliera San Paolo di Milano.

Parte ricorrente ha quindi concluso - in via pregiudiziale - rilevando il difetto di giurisdizione del G.O. in favore del G. A., richiamando la riserva assoluta del G.A. ex art. 63, co. 4 D. lgs 165/01 su tutte le vicende relative alle procedure concorsuali, con conseguente annullamento delle ordinanze emesse dal Tribunale nella procedura ex art. 44 D.Lgs. 268/98; ha anche eccepito l'incostituzionalità dell'art. 44 D. Lgs. 286/98 con riferimento agli articoli 3 e 25 non potendosi ritenere ragionevole una regolamentazione normativa che distingue le controversie in materia di discriminazioni di razza da quelle di genere (riservate alla giurisdizione del G.A. ai sensi dell'art. 36 co.2 D. Lgs. 198/06).

Le conclusioni nel merito sono già state illustrate.

Si sono costituite in giudizio le organizzazioni sindacali convenute con memoria di resistenza nella quale hanno svolto anche domanda riconvenzionale diretta ad accertare la natura discriminatoria del comportamento tenuto dall'Azienda Ospedaliera San Paolo, e formalizzato con lettera 24.9.07 prot. 17524 indirizzata alle OO.SS. e consistente nel non ammettere alle procedure di stabilizzazione previste dalle norme contrattuali e di legge (art. 1 co.565 L. 296/06) con conseguente ordine alla ricorrente di cessare il comportamento discriminatorio e rimuovendo dai singoli contratti già stipulati con il personale extracomunitario la clausola della possibile risoluzione automatica del rapporto.

Il Giudice del Lavoro
Dott.ssa Maria Gabriella Mennuni

2/7.

preliminariamente le convenute hanno eccepito la nullità e/o inammissibilità delle domande di cui al ricorso non essendo consentito introdurre un'azione davanti al giudice che si ritiene privo di giurisdizione dovendosi eventualmente far ricorso al rimedio di cui all'art. 41 c.p.c.

Nel merito parte convenuta ha chiesto la declaratoria di nullità e/o inammissibilità delle domande svolte nel ricorso ex art. 414 c.p.c. che non si pone come un terzo grado rispetto al giudizio cautelare, e che pertanto doveva limitarsi a proporre una domanda di accertamento negativo in ordine all'esistenza del diritto azionato, accertamento che, secondo le convenute, non sarebbe stato richiesto.

Interveniva volontariamente la Regione Lombardia sulle stesse conclusioni della ricorrente.

Nel costituirsi in risposta alla domanda riconvenzionale parte ricorrente dava atto di aver notificato a tutte le parti in giudizio il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione.

IN DIRITTO

La vicenda è stata esaminata da diversi Giudici che hanno motivato plurimi provvedimenti.

Parte ricorrente, ritenendo che la delicata e importante questione oggetto di causa non possa essere decisa con carattere di definitività da un "semplice provvedimento giudiziale cautelare", pronunciato a chiusura di un giudizio a delibazione sommaria, dichiara di essersi risolta a promuovere l'odierna azione di merito solo per ragioni legate alla piena legittimità dei suoi atti e del suo operato e allo scopo di non incorrere in ipotesi di responsabilità amministrativa nell'uso di pubbliche risorse di bilancio, responsabilità da considerarsi comunque esclusa in virtù dei precedenti ordini giudiziali.

Innanzitutto occorre precisare che la delibazione sommaria se può fondarsi su una non approfondita istruttoria, non determina comunque una motivazione parziale o sommaria quando, come nel caso di specie, si tratti di questione di mero diritto.

Si ritiene anche pretestuoso lo scrupolo relativo alle ipotetiche responsabilità amministrative dei funzionari che, nel far partecipare i cittadini non comunitari al bando di concorso hanno agito in esecuzione di ordini giudiziali.

Né si ritiene che una sentenza di Tribunale, che fa stato solo tra le parti, possa aggiungere nulla alle ordinanze già pronunciate, in tema di certezza di principi di diritto, e condizionare (o rassicurare) il comportamento futuro del pubblico funzionario.

* * * * *

Il Giudice del Lavoro
Dott.ssa Maria Gabriella Mennuni

3/7

Con riguardo all'eccezione di difetto di giurisdizione e d'incostituzionalità della norma, la Cassazione si è pronunciata in data 18.1.2011 **statuendo definitivamente la giurisdizione del G.O.**, e dichiarando manifestamente infondata la questione di costituzionalità.

In estrema sintesi, la Corte ha osservato che *la chiarezza del dato normativo non consente dubbi riguardo all'attribuzione alla giurisdizione ordinaria della tutela contro gli atti e i comportamenti ritenuti lesivi del principio di parità.*

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

[...]

Il fatto che la posizione tutelata assurga a diritto assoluto, e che simmetricamente possano qualificarsi come fatti illeciti i comportamenti di mancato rispetto della stessa, fa sì che il contenuto e l'estensione delle tutele conseguibili in giudizio presentino aspetti di atipicità e di variabilità in dipendenza del tipo di condotta lesiva che è stata messa in essere e anche della preesistenza o meno di posizioni soggettive di diritto o interesse legittimo del soggetto leso a determinate prestazioni, con la conseguenza, che in relazione a tali discriminazioni, anche quando siano ricollegabili a interessi legittimi, la tutela del privato rispetto alla discriminazione può essere assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali. L'inquadramento nell'ambito del diritto assoluto spiega efficacia, infatti, ai fini e nei limiti delle esigenze di repressione della (in ipotesi) illegittima discriminazione, anche se non possono essere predeterminati in astratto i termini della tutela accordabile giudizialmente, dovendosi tenere conto delle specificità di ogni situazione e del riferimento delle disposizioni di legge anche ad ipotesi di discriminazione indiretta (cfr. l'art. 43, comma 2, lett. e), del d. lgs. N. 286/1998 e l'art. 2 comma 1, lett. b), del d. lgs n. 215/2003).

La Cassazione poi sottolinea che è lo stesso testo dell'art. 44 d. lgs. N. 286/1998, con il suo riferimento incondizionato ai comportamenti sia dei privati che della Pubblica Amministrazione (comma 1), che non consente di escludere l'esperibilità delle azioni ivi previste solo perché

la P.A. ha attuato la discriminazione in relazione a prestazioni rispetto a cui il privato non fruisce di una posizione di diritto soggettivo.

* * * * *

Parte ricorrente afferma che la disciplina del T.U. dell'immigrazione si differenzerebbe da altre successive e più complete regolamentazioni processuali, introdotte dal legislatore per reprimere condotte discriminatorie di altro tipo, come ad esempio quella dedicata alla repressione delle discriminazioni di genere (art. 36, co. 2 D.Lgs. 198/06) ove il problema è stato risolto in radice dal legislatore che avrebbe stabilito la giurisdizione del G.A.

Il citato art. 36, co. 2 D.Lgs. 198/06 prevede: *"Fermo restando le azioni in giudizio di cui all'art. 37, commi 2 e 4, le consigliere o i consiglieri di parità provinciali e regionali competenti per territorio hanno facoltà di ricorrere innanzi al Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro o, per i rapporti sottoposti alla sua giurisdizione, al Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente, su delega della persona che vi ha interesse, ovvero di intervenire nei giudizi promossi dalla medesima"*.

Come si evince dalla lettura della norma nei casi di discriminazione di genere non è affermata in via esclusiva la giurisdizione del G.A., ma è previsto il ricorso alternativo al Giudice del Lavoro o al TAR, e questo unicamente per i rapporti già sottoposti alla sua giurisdizione.

Tuttavia, è indispensabile chiarire che, come già rilevato da codesto Tribunale in sede di riesame di del provvedimento emesso tra le parti in sede cautelare, *"le posizioni giuridiche fatte valere sono qualificabili come diritti soggettivi dal momento che a fondamento del ricorso è stata posta la violazione da parte della Fondazione di un diritto fondamentale della persona quale quello al riconoscimento della pari dignità sociale e alla non discriminazione nell'accesso al lavoro"*(ordinanza del 31.1.2011).

Oggetto della tutela quindi non è lo svolgimento di una procedura concorsuale, ma il diritto fondamentale della persona.

Nel caso di specie non vi è dubbio alcuno, dopo la pronuncia della Suprema Corte a seguito della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, che il giudizio appartenga alla giurisdizione del G.O. e dunque non vi è alcun conflitto tra l'art. 44 D. Lgs. 286/98 e l'art. 25 Cost. in quanto il ricorrente non è distolto dal suo giudice naturale.

* * * * *

Nel merito il ricorso è infondato.

Il Giudice del Lavoro
Dott.ssa Maria Gabriella Mennuni

5/7

La domanda è diretta all'accertamento e alla declaratoria della persistente vigenza del principio che riserva l'accesso al pubblico impiego in forma stabile ai soli cittadini italiani o comunitari, escludendo qualsiasi indiscriminata equiparazione tra questi e i cittadini stranieri.

Sul punto sarebbe sufficiente confermare le ragioni già espresse nelle due ordinanze ex art. 44 D. Lgs. 286/98 (rese da Giudice monocratico e collegiale), espressamente qui richiamate, e definite dal ricorrente "semplice provvedimento giudiziale cautelare".

Pur trattandosi di ordinanze rese all'esito di procedimenti a cognizione sommaria e in via d'urgenza, i Giudici hanno già affrontato le questioni di mero diritto al loro esame con la dovuta completezza, prendendo in considerazione tutti i profili, oggi ancora una volta in discussione senza ulteriori elementi di novità.

La motivazione della sentenza potrebbe finire qui, con l'esplicito richiamo *ax art. 118 disp. Att. C.p.c.* a tutti i precedenti provvedimenti che sono stati emessi tra le parti, tuttavia appare opportuno formulare alcune censure al ricorso, che pone molta enfasi sulla discriminazione razziale (pag. 22 e ss.).

Nonostante sia lo stesso legislatore a fare un generico riferimento, nell'art. 44 cit., alla discriminazione per motivi razziali (ma anche etnici, nazionali o religiosi), una simile insistenza nel ricorso alla discriminazione per razza appare piuttosto fuori luogo.

Infatti, qualora la domanda fosse stata accolta e la condotta dell'Ospedale ritenuta legittima (ovvero fosse stata portata alla Consulta la questione sulla legittimità della norma per la diversa disciplina riservata alla discriminazione per razza rispetto a quella per genere), sarebbe stato facile equivocare le conclusioni e ritenere legittimo un diverso accesso al pubblico impiego giustificato da differenze razziali.

Chi scrive ritiene erroneo parlare di discriminazione razziale già da un punto di vista lessicale, perché è sbagliato parlare di "razza" con riferimento all'essere umano. Il concetto di razza, come distinta sottospecie dell'*Homo sapiens*, è privo di significato biologico, e numerosi scienziati respingono l'impiego di tale termine con riferimento alla specie umana.

Ma se è errato da un punto di vista scientifico parlare di discriminazione "per razza", lo è a maggior ragione, nel caso di specie, da un punto di vista giuridico, dal momento che il requisito di accesso al concorso, ritenuto illegittimo, non è basato sulla razza ma sulla cittadinanza, e quindi su ragioni nazionali e non razziali.

Pertanto, se è comprensibile il legislatore nazionale e sovranazionale quando fa riferimento alla razza - al fine di approntare una tutela antidiscriminatoria che tenga conto anche della lezione storica del XX secolo - compito del Giudice è anche quello di vigilare perché negli atti

giuridici non si faccia ricorso a espressioni prive di rigore scientifico e giuridico e che, per altro verso, possano ingenerare pericolosi errori d'interpretazione.

Quanto alla domanda riconvenzionale di rimozione dai singoli contratti della clausola di risoluzione automatica dei contratti sottoscritti in virtù delle ordinanze rese ex art. 44 TU immigrazione, sottoposta a condizione del riconoscimento da parte del Giudice della non discriminatorietà della esclusione dei non cittadini al concorso, la reiezione del ricorso comporta automaticamente il consolidarsi in capo ai lavoratori non costituiti, e in capo alla lavoratrice costituita, il venire meno della clausola.

Le spese di lite, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, in composizione monocratica, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna AZIENDA OSPEDALIERA SAN PAOLO e REGIONE LOMBARDIA alla rifusione delle spese di lite nei confronti dei convenuti che liquida in € 7.000,00 e che distrae a favore dei legali antistatari

Milano, 20/12/2011

Il Giudice del Lavoro

Dott. MARIA GABRIELLA MENNUNI

Depositato nella Cancelleria della Sez. Lavoro
del Tribunale di Milano

OGGI 20 dicembre 2011

IL CANCELLIERE

Il Giudice del Lavoro
Dott.ssa Maria Gabriella Mennuni