



TRIBUNALE DI MILANO

Sezione Lavoro

Il giudice designato Dott. SILVIA RAVAZZONI,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento cautelare iscritto al N. 10016/2011 R.G. promossa da:

MAHDI HAMMAMI

CGIL MILANO

CISL MILANO

UIL MILANO E LOMBARDIA

APN AVVOCATI PER NIENTE ONLUS

ARCI MILANO

COMUNITA' NUOVA ONLUS

con l'avv. GUARISO e l'avv. NERI LIVIO VIALE REGINA MARGHERITA, 30 20122
MILANO ;

RICORRENTE

contro:

MINISTERO INTERNO,

PREFETTURA DI MILANO,

con l'avv. AVVOCATURA DELLO STATO

RESISTENTI

Il Giudice, a scioglimento della riserva assunta in data 6 luglio 2011 , osserva quanto segue:

In fatto

Con il ricorso introduttivo proposto ai sensi dell'articolo 4 decreto legislativo 215 / 03 e art. 44 decreto legislativo 286/98 il ricorrente MAHDI HAMMAMI e le associazioni indicate in epigrafe hanno convenuto in giudizio il Ministero dell'Interno e il Comune di Milano per chiedere l'accertamento del carattere discriminatorio del comportamento tenuto dal Ministero convenuto, consistito nell'aver emanato la circolare 4027/2011 di sospensione della circolare 3958/2011 e nel

non aver adeguato le rispettive condotte ai principi del diritto comunitario fissati dalla sentenza CGE C 66/2011 PU, chiedendo di ordinare alle amministrazioni convenute di cessare la condotta discriminatoria e di rimuoverne gli effetti e in particolare di ordinare al Ministero convenuto di ripristinare immediatamente le disposizioni di cui alla circolare 3958/11 e agli organi periferici di darne immediata applicazione. Le parti ricorrenti chiedevano inoltre la condanna delle amministrazioni convenute al risarcimento del danno, individuato nell'ammontare delle retribuzioni mensili nella misura minima di € 400 dalla data di emanazione della pronuncia della Corte di Giustizia alla cessazione del comportamento discriminatorio, oltre all'ordine di pubblicazione del provvedimento su un quotidiano a tiratura nazionale a spese del Ministero, la pubblicazione sul sito internet del Ministero. In sede di discussione le parti ricorrenti hanno chiesto, alla luce della ultima circolare 17102/2011 di ordinare al Ministero e ai suoi organi periferici il riesame d'ufficio di tutte le posizioni in questione o in subordine il riesame ad istanza del lavoratore interessato come da circolare 3958/2011

Le parti convenute con note difensive depositate in udienza hanno eccepito preliminarmente la carenza di giurisdizione del giudice ordinario, incompetenza funzionale del giudice adito, la carenza di interesse del ricorrente a seguito della sospensiva del provvedimento di annullamento del contratto di soggiorno, pronunciata dal TAR Lombardia a seguito del ricorso del ricorrente, la inammissibilità della procedura azionata e nel merito la infondatezza del ricorso.

In diritto

Giurisdizione del Giudice Ordinario

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite con più ordinanze ha affermato che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in ogni caso di comportamento discriminatorio da parte di privati o della PA.

" In tema di azione ai sensi dell'art. 44 del T.U. sull'immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998), il legislatore, al fine di garantire parità di trattamento e vietare ingiustificate discriminazioni per "ragioni di razza ed origine etnica", ha configurato una posizione di diritto soggettivo assoluto a presidio di un'area di libertà e potenzialità del soggetto, possibile vittima delle discriminazioni, rispetto a qualsiasi tipo di violazione posta in essere sia da privati che dalla P.A., senza che assuma rilievo, a tal fine, che la condotta lesiva sia stata attuata nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento, da parte della P.A., di utilità rispetto a cui il privato fruisca di posizioni di interesse legittimo, restando assicurata una tutela secondo il modulo del diritto soggettivo e con attribuzione al giudice del potere, in relazione alla variabilità del tipo di condotta lesiva e della preesistenza in capo al soggetto di posizioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo a determinate prestazioni, di ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento

idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione". Ne consegue che è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario l'azione promossa contro la decisione dell'amministrazione datrice di lavoro di escludere dalle procedure di stabilizzazione, previste dalla legge finanziaria del 2007, alcuni lavoratori extracomunitari perché privi della cittadinanza italiana, dovendosi ritenere che le questioni relative a dette procedure riguardino solo la fase successiva all'esercizio dell'azione antidiscriminatoria, restando esclusa ogni asserita violazione del principio del giudice naturale. "(ordin. 7186/2011)

"L'azione proposta in relazione alla denunciata natura ritorsiva del provvedimento con cui un Comune - dopo l'istituzione di un c.d. "bonus bebè" riservato a famiglie con almeno un genitore italiano, ed a seguito di ordine giudiziale di estensione del beneficio anche alle famiglie composte da genitori stranieri - aveva, viceversa, deliberato di revocarlo per tutte le famiglie, sia italiane che straniere, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, sia nella fase cautelare rivolta all'ottenimento di un provvedimento anticipatorio urgente, sia nella successiva fase della cognizione piena, così come previsto nell'art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, in considerazione del quadro normativo costituzionale (art. 3 Cost.), sovranazionale (Direttiva 2000/43/CE) ed interno (art. 3 e 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 nonché l'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) di riferimento, che configura il diritto a non essere discriminati come un diritto soggettivo assoluto; né la giurisdizione può essere negata ai sensi degli artt. 4 e 5 del r.d. n. 2248 del 1865 all. E, in quanto il giudice ordinario è tenuto alla disapplicazione incidentale del provvedimento emesso in violazione del principio di parità ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi, pur non interferendo nella potestà della P.A. "(Cass. SU ord. 3670/2011)

Alla luce di tale costante interpretazione giurisprudenziale deve pertanto riconoscersi che anche nella fattispecie, in cui viene censurata la portata discriminatoria della circolare del Ministero dell'Interno n. 4027/201, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario.

Competenza del Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro.

Deve essere disattesa l'eccezione di incompetenza del giudice del lavoro a favore di quella del giudice ordinario, sollevata dai convenuti sul presupposto che l'azione introdotta non rientri tra quelle previste dall'art 409 e 442 c.p.c. Secondo la consolidata interpretazione del giudice di legittimità "È ormai pacifico il principio secondo cui la ripartizione delle funzioni fra le sezioni lavoro e le sezioni ordinarie di un organo giudicante è estranea al concetto di competenza e attiene alla distribuzione degli affari all'interno dello stesso ufficio"(cfr. Cass. ord. n. 23891/2006). Ciò premesso, e dato atto che dalla eventuale violazione di tale normativa non potrebbe comunque

derivare alcun motivo di nullità della decisione, si osserva che la presente causa ha ad oggetto la procedura di emersione del lavoro irregolare, riconducibile pertanto alle materie di cui all'art 409 c.p.c.

Nel merito

Il giudice ritiene che la norma contenuta nella circolare n 4027 del Ministero dell'Interno, che ha disposto la sospensione delle indicazioni contenute nella circolare n. 3958 del 24.5.2011, abbia contenuto discriminatorio.

La circolare 3958, richiamata la sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n.7 del 2011 con cui viene recepita la giurisprudenza della corte di giustizia UE e conseguentemente rimossa l'ostatività che ha in precedenza determinato il rigetto delle domande di emersione in applicazione dell'articolo 14 co. 5 ter d.lgs 286/98, ha disposto per i procedimenti non ancora definiti la riapertura degli stessi e il riesame finalizzato all'accoglimento della domanda di emersione e con riferimento ai procedimenti definiti ha subordinato la riapertura della procedura alla espressa richiesta dello straniero.

Con la successiva circolare 4027 il ministero ha però sospeso temporaneamente le indicazioni contenute nella precedente citata circolare con la conseguenza che non viene consentito l'accesso alla procedura di emersione del lavoro regolare ai cittadini extracomunitari che abbiano riportato sentenza di condanna penale ai sensi dell'art 44 co. 5 ter d.lgs. n. 286/98, (per essersi lo straniero trattenuto illegalmente nel territorio dello stato in violazione dell'ordine impartito dal Questore), fattispecie di reato abolito con effetto retroattivo dall'entrata in vigore della normativa comunitaria di cui alla Direttiva 115/2008.

Tale previsione determina, come rilevato dalle parti ricorrenti, un comportamento discriminatorio consistente in un trattamento meno favorevole riservato ad una persona in relazione a un fattore vietato, in quanto impedisce allo straniero di pervenire ad una condizione di parità cui avrebbe diritto. Il lavoratore non regolarmente soggiornante non gode infatti di parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori. Il rifiuto di ammettere alla regolarizzazione uno straniero che invece ne abbia diritto è pertanto analogo al caso in cui allo straniero venga negato l'accesso ad uno o più beni che gli spetterebbero in virtù del principio di parità.

In particolare l'articolo 43 del decreto sulla immigrazione citato dispone 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 abbiano per scopo l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani



e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”.

È evidente quindi che alla stregua della riferita normativa è discriminatorio ogni comportamento che comporti una distinzione anche in ragione della origine nazionale e quindi della cittadinanza. La nozione di discriminazione è ripresa poi all'articolo 2 del decreto legislativo 215/03 che afferma il principio della parità di trattamento ovvero " l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della razza e dell'origine etnica", definendo poi in modo specifico che cosa si intenda per discriminazione diretta o indiretta.

Il secondo comma dell'articolo 2 espressamente fa salvo il disposto dell'articolo 43, comma 1 e 2 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione di cui al citato decreto legislativo 286/98.

Si deve pertanto ritenere che anche nella nozione di discriminazione assunta a fondamento del decreto legislativo 215/03 rientri a pieno titolo la discriminazione fondata sull'origine nazionale e dunque sulla cittadinanza.

Il Ministero convenuto ha eccepito il venir meno dell'interesse dei ricorrenti alla pronuncia a seguito della emissione, in data successiva al deposito del ricorso della circolare n. 17102/124 del 23.06.2011, con la quale sostiene di aver rimosso il comportamento discriminatorio. L'eccezione non può essere accolta.

Deve infatti ritenersi permanere l'interesse dei ricorrenti alla pronuncia in quanto la nuova circolare è stata emessa sulla base di ragioni diverse da quella del riconoscimento della potenzialità discriminatoria del precedente provvedimento .

Accertata e dichiarata la natura discriminatoria della condotta denunciata con riferimento alla posizione del ricorrente Mahdi Hammami deve accertarsi la insussistenza della causa di esclusione dalla procedimento di emersione costituita dall'aver riportato condanna penale ai sensi dell'art. 44 comma 5 ter d.lgs. n. 286/98.

Non possono tuttavia essere accolte le ulteriori domande formulate in ricorso e in parte modificate in sede di discussione.

In primo luogo non possono essere prese in esame le domande relative alla normativa introdotta dalla circolare n.17102/124, trattandosi di domanda nuova, essendo stato il ricorso fondato sulla normativa preesistente.

Non può trovare accoglimento la domanda di condanna al risarcimento del danno, che i ricorrenti hanno configurato con riferimento alla retribuzione commisurata all'orario minimo previsto per la regolarizzazione dalla sentenza della Corte di Giustizia alla cessazione della condotta discriminatoria, in quanto non vi è prova che il ricorrente, così come in generale i soggetti che si

trovavano nelle medesime condizioni con riferimento alla domanda di emersione, fossero titolari di un rapporto di lavoro per tale periodo, dal momento che la procedura di emersione presuppone che fosse in corso da almeno tre mesi un rapporto di lavoro, il quale però ben avrebbe potuto cessare o essere risolto successivamente alla regolarizzazione.

La pubblicazione dell'ordinanza richiesta dalla parte attrice su quotidiani di alta diffusione e sul sito del Ministero, trattandosi nella fattispecie di una pubblicità per lo più diretta a lavoratori stranieri che difficilmente attingono ai quotidiani nazionali, risulta superflua.

Le spese dell'attuale fase devono essere integralmente compensate in considerazione della parziale reciproca soccombenza

P.Q.M.


- riconosce il comportamento discriminatorio tenuto dalle amministrazioni convenute e consistito nell'aver emanato e dato esecuzione alla circolare n 4027/2011 del Ministero dell'Interno;
- accerta la insussistenza per il ricorrente MAHDI HAMMAMI della causa di esclusione dalla procedura di emersione costituita dall'aver riportato condanna per il reato ex art 14 comma 5 ter;
- respinge le ulteriori domande di cui al ricorso.

Compensa le spese di lite .

Milano, 12/07/2011

Il Giudice

dr.ssa SILVIA RAVAZZONI



Depositato nella Cancelleria della Sez. Lavoro
del Tribunale Ordinario di Milano

OGGI 13 LUG. 2011

IL CANCELLIERE

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
dr. esp. Francesco GRILLO

FATTO AVVISO
TELEMATICO
IL 13 LUG. 2011
DA 