

TRIBUNALE DI FIRENZE
Sezione distaccata di Pontassieve
Settore civile

Proc. n. [REDACTED]

Il Giudice, dott. Alessandro Ghelardini

Sul ricorso presentato il [REDACTED] per conto della sig.ra [REDACTED] nei confronti di [REDACTED]

sentite le parti

a scioglimento della riserva assunta all'udienza 5/11/2010

OSSERVA

Parte ricorrente, cittadina senegalese con abilitazione alla professione di ostetrica, chiede, ai sensi dell'art. 44 del D. Lgs. N. 286/98 ed allegando la natura discriminatoria dell'atto, dichiararsi la illegittimità della delibera di esclusione della stessa dal concorso pubblico per la copertura a tempo indeterminato di 5 posti di collaboratore professionale sanitario – personale infermieristico – ostetrica adottato dalla amministrazione resistente con determina [REDACTED], ordinando l'ammissione della stessa alla suddetta procedura concorsuale.

A sostegno della sua pretesa la ricorrente, richiamando alcuni precedenti della giurisprudenza di merito, deduce: l'illegittimità del DPR 220/01 (Regolamento recante la disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del SSN) nella parte in cui indica, tra i requisiti per l'accesso alle professioni sanitarie, il possesso della cittadinanza italiana o di quella di uno degli Stati dell'U.E.;

1) per contrasto con quanto previsto dall'art. 10 della convenzione OIL n. 143/75, ratificata in Italia con la L. 158/1981, e con le disposizioni di cui agli artt. 2, 27 e 43 del TU Immigrazione, e perché norma contrastante con gli stessi principi costituzionali in materia di trattamento dello straniero (art. 10, II co. Cost.);

2) Perché tale regolamento si sarebbe limitato a riprodurre tralasciamente il contenuto del DPR 487/94 in materia dei requisiti per l'accesso al pubblico impiego, senza considerare che tale disposizione era senz'altro da considerarsi abrogata per

incompatibilità dall'art. 2 del D. Lgs. 286/98 cit., che vieta discriminazioni tra cittadini italiani ed extracomunitari regolarmente soggiornanti, tra l'altro nell'accesso al lavoro per motivi di nazionalità;

3) Perché l'attività di ostetrica non rientra tra quelle che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 27, III co. Del TU, è prescritta la cittadinanza italiana.

4) Perché lo stesso art. 27, così come novellato dalla L. n. 189/02 con l'introduzione della lett. R bis), espressamente prevede l'assunzione presso strutture sanitarie pubbliche di infermiere professionali, figura senz'altro affine a quella dell'ostetrica.

Parte resistente, pur ritualmente citata, non si è costituita a mezzo di difensore abilitato.

All'udienza di comparizione si sono invece presentati due funzionari che, peraltro, non hanno avanzato deduzioni.

.....

1) La giurisdizione del giudice ordinario e la competenza

Nessun dubbio può sussistere in proposito.

La ricorrente infatti prospetta la lesione del diritto soggettivo alla parità di trattamento, che assume pregiudicato da un atto della pubblica amministrazione ritenuto discriminatorio sotto il profilo della nazionalità.

Il diritto fatto valere nel presente giudizio è oggetto di specifica previsione e tutela di cui all'art. 2 comma 3 D.lvo 286/1998 secondo cui *"La Repubblica italiana garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani"*. L'art. 43 prevede inoltre 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 altro settore della vita pubblica"*.

Il successivo Art. 44 individua poi un particolare procedimento di tutela per cui *"1. Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice però, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione. 2. La domanda si propone con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella cancelleria del tribunale in composizione monocratica del luogo di domicilio dell'istante. 3. Il tribunale in composizione monocratica, ... provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi"*.

Alla luce di tale disciplina normativa non può dubitarsi che ove sia dedotto in giudizio il diritto a non essere discriminati, lamentando la violazione del riferito divieto, non può che sussistere la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi, quandanche il comportamento e/o l'atto che si assume discriminatorio provenga da una pubblica amministrazione e costituisca espressione di una potestà pubblica.

Come condivisibilmente affermato "L'ampia formulazione delle norme richiamate e, ancor prima, l'applicazione dei principi generali in materia di qualificazione delle posizioni soggettive e, conseguentemente, di riparto della giurisdizione, consentono di individuare nel giudice ordinario il giudice chiamato a conoscere anche di un comportamento discriminatorio della pubblica amministrazione, ancorché posto in essere mediante l'adozione di un provvedimento, cioè nella forma tipica dell'esercizio del potere autoritativo. Le norme suddette, infatti, pongono uno specifico e tassativo divieto di trattamenti discriminatori: nessuno, tanto meno un soggetto pubblico, ha il potere di sottrarsi all'applicazione del principio di parità di trattamento, compiendo atti discriminatori: ove l'amministrazione contravvenga a tale divieto, pone in essere un'attività in carenza di potere e, pertanto, non agisce in via autoritativa; avverso tale atto è esperibile la tutela giurisdizionale davanti al giudice ordinario, la quale, a mente degli artt. 2 all. E l. 2248/1865, 102 e 113 Cost., è attribuita la tutela dei diritti soggettivi, 'comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione'. Pertanto, il giudice ordinario, adito con ricorso ex articolo 44 D. Lgs. 286/98, a fronte di atto discriminatorio posto in essere dalla pubblica amministrazione è tenuto ad adottare quel provvedimento che siano funzionali alla rimozione degli effetti pregiudizievoli dell'atto discriminatorio, rimozione che, nel caso di specie, ben può attuarsi mediante l'ordine di ammissione della ricorrente al concorso, previa disapplicazione del bando di concorso e della determinazione dirigenziale di esclusione della ricorrente dalla partecipazione al concorso" (Trib. Biella, ord. 23.7.2010).

Va poi rilevato che la disposizione processuale di cui all'art. 44 citato, nella misura in cui individua il giudice ordinario quale AG competente in materia di atti discriminatori, costituisce norma speciale rispetto a quella che prevede in via generale la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art 63 D. Lgs. N. 165/01).

Sotto diverso profilo, si ritiene poi che nella suddetta materia non sussista la competenza funzionale del giudice del lavoro proprio perché, come detto, nella presente fattispecie, non viene in discussione il diritto della ricorrente all'assunzione, ma l'esistenza o meno di un atto discriminatorio, come tale lesivo del diritto fondamentale alla pari dignità sociale (artt. 2 e 3 cost.).

Sussiste inoltre la competenza per territorio di questa AG perché la ricorrente ha domicilio nella circoscrizione di questo tribunale (art. 44, IV co, TU).

2) La illegittimità dell'art. 2, comma 1, lett. A) del DPR 220/01

La questione è fondata.

Il bando di concorso oggetto di causa è stato emesso ai sensi delle disposizioni del DPR 220/01 (Regolamento recante la disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del SSN), il quale indica i requisiti necessari dei candidati per la partecipazione alla procedura di assunzione.

L'art. 2, in particolare, prescrive, tra l'altro, che possono partecipare ai concorsi esclusivamente coloro che hanno la "cittadinanza italiana, salve le equiparazioni stabilite dalle leggi vigenti, o la cittadinanza di uno degli Stati dell'U.E."

Ciò posto va evidenziato che, trattandosi di norma regolamentare, la stessa non è in grado di derogare al generale divieto di discriminazioni per motivi di nazionalità di cui al TU sull'immigrazione, atto, questo, avente forza di legge.

Quest'ultimo infatti assicura allo straniero regolarmente soggiornante *"parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani"*.

Va da sé che tale disposizione è senz'altro violata laddove l'atto discriminatorio attenga alla stessa possibilità di accesso all'attività lavorativa, costituendo questa presupposto ineludibile dell'uguaglianza nell'ambito del rapporto di lavoro.

In forza del principio generale della gerarchia delle fonti normative, il suddetto regolamento, nella misura in cui consente alla P.A. comportamenti, anche comportanti l'esercizio di poteri autoritativi, aventi contenuto discriminatorio per motivi di nazionalità in relazione all'accesso al lavoro, è senz'altro illegittimo.

Lo stesso pertanto ben può essere disapplicato dal giudice ordinario ex art. 5 L. n. 2248/1865 ALL. E.

3) La applicabilità alla fattispecie del D. Lgs. N. 165/01 in materia di pubblico impiego

Ciò posto deve allora valutarsi se la legittimità del bando di concorso e del relativo provvedimento di esclusione possa essere eventualmente affermata ai sensi della normativa di rango primario dettata in via generale dal D. Lgs. N. 165/01 in materia di pubblico impiego.

In proposito viene in rilievo il disposto di cui all'art. Art. 70 comma 13 D.lgs 165/2001, che in materia di reclutamento delle pubbliche amministrazioni si richiama ai presupposti di cui al DPR nr. 487/1994 (emesso ai sensi dell'art. 41 D.Lvo 29/1993) che, per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, prevede il requisito della cittadinanza italiana, aggiungendo che tale requisito non è richiesto per i soggetti UE, fatte salve le eccezioni di cui al DPCM 7.2.1994.

Così come affermato da Cass. 24170/06, a seguito del suddetto richiamo normativo, il contenuto del DPR 487/94, atto originariamente avente valore di norma secondaria, è stato "legificato" ed ha quindi valore di legge ordinaria.

Sotto il profilo interpretativo occorre pertanto verificare se la suddetta disposizione, in quanto posteriore al TU sull'immigrazione, sia idonea, nella materia in esame, a derogare al generale divieto di discriminazione ivi previsto.

In proposito, ritiene il giudicante, pur dandosi atto che la S.C. nella decisione indicata ha optato per la opposta soluzione, che la risposta non possa che essere negativa.

Invero, la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nr. 143 del 24.6.1975, ratificata con la legge ordinaria n.158/1981 all'art. 10 impegna gli Stati aderenti a *"formulare ed attuare una politica nazionale diretta promuovere e garantire la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e professione-... per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari, si trovino legalmente sul territorio"*, aggiungendo che ogni Stato può respingere l'accesso a limitate categorie di occupazioni o funzioni, quando tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato".

Premesso che nella fattispecie, trattandosi di bando di concorso per il profilo professionale di ostetrica, tale ultima condizione certamente non ricorre, si osserva che l'accesso di cittadini extracomunitari nelle strutture sanitarie pubbliche è previsto sia dall'art. 40 c. 21 DPR 394/1999 (secondo cui *"le strutture sanitarie, sia pubbliche che private, sono legittimate all'assunzione degli infermieri professionali anche a tempo indeterminato, tramite specifiche procedure"*) sia dallo stesso art. 22 lett. r bis D.lgs 286/1998, così come introdotto dalla c.d. Legge BOSSI FINI del 2002, (che prevede

particolari la possibilità di ingresso nel territorio nazionale per gli infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche e private).

In tale contesto normativo, tenuto conto degli impegni internazionali assunti dall'Italia e del tenore delle suddette disposizioni speciali, il disposto di cui all'art. 70 del D. Lgs. N. 165/01, e quindi il necessario possesso della cittadinanza italiana od UE per l'accesso al pubblico impiego nelle strutture sanitarie pubbliche non può che essere interpretato in chiave restrittiva, pena la illegittimità costituzionale della suddetta norma.

Si rileva infatti che le disposizioni di cui all'art. 2 del TU immigrazione hanno una evidente finalità attuativa della convenzione OIL n. 143 del 24.6.1975, in quanto volte a garantire allo straniero un trattamento identico a quello dei cittadini nazionali.

D'altra parte, circostanza che non pare esser stata valutata dalla S.C. nella citata sentenza, va evidenziato che il rispetto del diritto Internazionale pattizio costituisce preciso limite costituzionale per il Legislatore nazionale, ai sensi dell'art 117 Cost, così come novellato dalla L. costituzionale n. 3/2001, secondo cui "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato ... nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

Stante l'inequivoco disposto di tale disposizione sarebbe senz'altro illegittima per contrasto con l'art. 117 Cost. una norma di legge statutale che comportasse una violazione di una norma internazionale pattizia.

Così come osservato dal Tribunale di BIELLA nella citata decisione "una lettura costituzionalmente orientata delle norme che qui rilevano alla luce del diritto internazionale pattizio non può che condurre ad un'interpretazione di tali norme nel senso che il principio di parità di trattamento può essere derogato solo nei casi ed entro i limiti che le fonti sopranazionali Indicano in tema di riserva per i cittadini degli impieghi presso la pubblica amministrazione. In questo caso, la convenzione OIL si esprime in modo piuttosto ampio, statuendo che ogni Stato membro "può vietare l'accesso a limitate categorie di occupazioni e funzioni, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello stato. Trattasi di limitazione che anche la Corte di Giustizia aveva previsto per i cittadini comunitari, limitando, appunto, il campo del divieto a tutte quelle funzioni di particolare interesse per lo Stato.

Tale opzione è stata, in effetti, mantenuta anche dalla legge nazionale. posto che l'articolo 38 T.U. 168/2001 consente ai cittadini dell'Unione di concorrere alla assunzione nelle amministrazioni pubbliche purché la funzione 'non implichi esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengano alta tutela dell'interesse nazionale'. Così delimitato l'ambito delle possibili limitazioni al principio di parità di trattamento previsto dall'articolo 2, comma 3, T.U. 286/98, deve ritenersi che il requisito della cittadinanza italiana possa essere validamente richiesto solo in quanto riferito allo svolgimento di attività comportanti l'esercizio di pubblici poteri o di funzioni di interesse nazionale, venendo diversamente ad assumere un connotato discriminatorio, comportando un trattamento disuguale e più svantaggioso per il non cittadino in assenza di una differenziazione oggettiva tra le due posizioni".

Venendo alla presente fattispecie, il requisito della cittadinanza richiesto da [redacted] resistente nel bando di concorso, ed il relativo provvedimento di esclusione, è quindi illegittimo e discriminatorio.

Occorre pertanto disapplicare per quanto di interesse il bando di concorso ed il regolamento di cui al DPR 220/01, ed il conseguente provvedimento di esclusione di cui alla determina dirigenziale n. [redacted] del 31/5/2010, comunicato con atto del [redacted] con contestuale ordine ad [redacted] di ammettere la ricorrente al pubblico concorso indetto con bando di cui alla determina n. [redacted] del 19/2/10, pubblicato sul BURT

in data [redacted] e nella G.U. del [redacted] per n. 5 posti di Collaboratore Professionale Sanitario – personale infermieristico – ostetrica.

Stante la complessità delle questioni trattate e la esistenza di orientamenti giurisprudenziali difformi, sussistono giusti motivi per lasciare a carico della ricorrente le spese di lite.

P.Q.M.

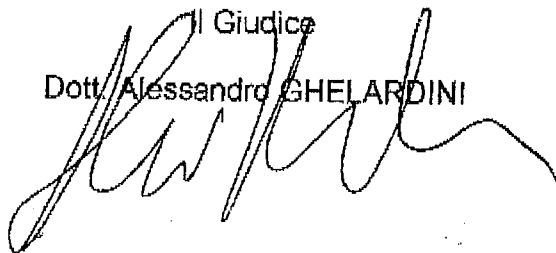
Visto l'art. 44 D. Lgs. N. 286/98

Il Tribunale di Firenze, Sez. Dist. di Pontassieve, in composizione monocratica, così provvede:

- 1) *Previa disapplicazione per quanto di interesse del bando di concorso, del regolamento di cui al DPR 220/01, e del conseguente provvedimento di esclusione di cui alla determina dirigenziale n. 801 del 31/5/2010, comunicato con atto del 3.6.2010, ORDINA ad [redacted] di ammettere la ricorrente al pubblico concorso indetto con bando di cui alla determina n. [redacted], pubblicato sul BURT in data [redacted] e nella G.U. del [redacted] per n. 5 posti di Collaboratore Professionale Sanitario – personale infermieristico – ostetrica.*
- 2) *SPESE IRRIPETIBILI.*

Pontassieve 12/11/2010

Il Giudice
Dott. Alessandro GHELARDINI



Depositato in Cancelleria

il 15/11/10

IL CANCELLIERE
Dott. Gallo Giuseppe

