

Numero 1 / 2018

(estratto)

Silvia Ventura, Alida Surace

**Il principio di non discriminazione in base al
fattore della nazionalità nell'accesso al
pubblico impiego: la vicenda giudiziaria del
concorso pubblico per l'assunzione di 800
assistenti giudiziari nei ruoli
dell'amministrazione della giustizia**

**Il principio di non discriminazione in base al fattore
della nazionalità nell'accesso al pubblico impiego: la
vicenda giudiziaria del concorso pubblico per l'assunzione
di 800 assistenti giudiziari nei ruoli dell'amministrazione
della giustizia.**

Silvia Ventura, Alida Surace

Avvocate giuslavoriste

Abstract

L'articolo affronta la tematica delle discriminazioni nell'accesso al pubblico impiego - con riferimento alla richiesta del requisito della cittadinanza italiana - a partire dall'esame dell'ordinanza cautelare con cui il Tribunale di Firenze ha sancito l'illegittimità di tale richiesta con riferimento al concorso per assistente giudiziario bandito nel 2017 dal Ministero della Giustizia. In particolare le autrici tracciano dapprima i confini normativi della questione, sia a livello interno che al livello europeo ed internazionale, per poi approfondire le questioni processuali nonché gli aspetti salienti del caso concreto. In attesa della definizione nel merito della causa pendente in primo grado, vengono infine tracciate le principali perplessità derivanti dal mancato adeguamento del diritto interno ai principi dettati dalle fonti comunitarie.

The article deals with the issue of discrimination in the access to public employment on grounds of foreign origins, starting with the examination of the precautionary order, issued by the Civil Court of Florence, which affirmed the illegitimacy of the "Italian citizenship" condition, with reference to a public competition for "judicial assistant", published in 2017 by the Ministry of Justice. In particular, the authors first trace the regulatory framework of the issue, both internally and at European and international level, to then deepen the procedural issues as well as the main aspects of the specific case. Waiting for the definition of the merit of the case (in first instance), the main perplexities deriving from the failure to adapt the national regulations to the European principles will be outlined.

Sommario:

1. Il quadro giuridico di riferimento

- 1.1 Il diritto internazionale e il diritto europeo

- 1.2. Il diritto interno

- 1.3. Aspetti processuali rilevanti

2. La vicenda giudiziaria

3. Conclusioni.

Il contenuto dell'ordinanza cautelare del 27 maggio 2017 emessa dalla Sezione Lavoro del Tribunale Civile di Firenze, pur non rappresentando nel contesto giurisprudenziale di merito una vera e propria novità in materia di diritto antidiscriminatorio, costituisce senz'altro l'occasione per svolgere un utile approfondimento sul tema di grande interesse teorico e pratico delle discriminazioni e, in particolare, delle discriminazioni in base al fattore della nazionalità nell'accesso al pubblico impiego.

1. Il quadro giuridico di riferimento

1.1. Il diritto internazionale ed il diritto europeo

È innanzitutto l'art. 14 della Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143/75, ratificata dall'Italia con L. n. 158/1981¹ a

¹ L'Organizzazione Internazionale del Lavoro (O.I.L.) è l'agenzia specializzata delle Nazioni Unite che ha come obiettivo il perseguimento della giustizia sociale e il riconoscimento universale dei diritti umani nel lavoro, attraverso la promozione di un lavoro dignitoso – il cosiddetto decent work – in condizioni di libertà, uguaglianza e sicurezza per tutte le donne e gli uomini. L'organizzazione, nota anche con i suoi acronimi, I.L.O. in inglese (International Labour Organization) e O.I.T. in francese (Organisation Internationale du Travail) – è stata fondata nel 1919 a seguito del Trattato di Versailles che pose fine al primo conflitto mondiale, ed è associata alle Nazioni Unite dal 1946. Ne fanno parte 181 Stati membri e la sua sede principale è a Ginevra. L'ufficio per l'Italia è a Roma, mentre a Torino ha sede il Centro internazionale di formazione. All'O.I.L. è stato assegnato nel 1969 il Premio Nobel per la pace. La Convenzione 143/1975, entrata in vigore il 9.12.1978, ha ad oggetto le migrazioni in condizioni abusive e la promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti

sancire un principio fondamentale per iniziare a delineare i confini del tema trattato, prevedendo che ogni Stato membro possa "*respingere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni*", ma solo "*qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato*".

Sussiste dunque a livello internazionale una clausola di salvaguardia degli interessi nazionali nella gestione delle assunzioni pubbliche. La stessa che ritroviamo, del resto, nell'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea in cui è confluito il previgente art. 39 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea² il quale, dopo aver stabilito in via generale che "*la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata*" e che "*essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro*", specifica tuttavia che tali disposizioni "*non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione*".

Il generale e fondamentale principio di non discriminazione sancito anche con riferimento all'accesso al lavoro viene così ridimensionato con riferimento all'accesso al pubblico impiego. Ma la previsione non deve destare stupore, atteso che l'originaria finalità del principio di non discriminazione di cui al previgente art. 39 T.C.E. aveva carattere prettamente mercantile, volto dunque ad agevolare lo scambio e la movimentazione dei lavoratori europei in ambito privato, all'interno dei paesi della Comunità Europea.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea³ è stata chiamata sin da subito a pronunciarsi sull'esatta portata della suddetta clausola di salvaguardia degli interessi degli Stati membri.

² Il trattato sul funzionamento dell'Unione europea (T.F.U.E), da ultimo modificato dall'articolo 2 del trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008, n. 130, su G.U. n. 185 dell'8-8-2008 - Suppl. ordinario n. 188 è, accanto al trattato sull'Unione europea (T.U.E.), uno dei trattati fondamentali dell'Unione europea (U.E.). Assieme costituiscono le basi fondamentali del diritto primario nel sistema politico dell'U.E.. Il trattato che istituisce la Comunità economica europea (T.C.E.E.) è il trattato internazionale che ha istituito la C.E.E.. È stato firmato il 25 marzo 1957 insieme al trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (T.C.E.E.A.): insieme sono chiamati Trattati di Roma.

³ La Corte di giustizia dell'Unione europea (C.G.U.E.) è un'istituzione dell'Unione europea (U.E.) con sede in Lussemburgo. La C.G.U.E. ha il compito di garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati fondativi dell'Unione europea. La tutela giurisdizionale dell'Unione europea è affidata alla Corte, organo unitario, suddiviso in una

Proprio ritenendo che il principio di non discriminazione oggi contenuto nell'art. 45 T.F.U.E. e sancito altresì dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴, dovesse considerarsi principio generale dell'ordinamento europeo, ha stabilito che della prevista eccezione fosse imprescindibile fornire un'interpretazione che ne limitasse la portata a quanto strettamente necessario all'obiettivo previsto di tutela degli interessi nazionali.

Ha così iniziato a delimitare con le proprie pronunce i confini dell'eccezione al principio di non discriminazione, stabilendo in definitiva che l'accesso a posti di pubblico impiego possa essere legittimamente riservato ai cittadini dello Stato membro solamente per posizioni che implicino un esercizio diretto e specifico, prevalente e abituale di pubblici poteri, finalizzato alla tutela dell'interesse nazionale. Ha altresì specificato cosa si debba intendere per esercizio di pubblici poteri, affermando che si tratti di poteri autoritativi, discrezionali, esorbitanti il diritto comune, in grado di incidere sui terzi, coercitivi, collegati ad interessi generali dello Stato e non meramente tecnici o economici e che pertanto il loro esercizio certamente non si manifesta in compiti ausiliari o preparatori l'esercizio del pubblico in quanto tale.

Proprio in ragione della necessità di individuare in concreto le posizioni legittimamente riservate ai cittadini degli Stati membri, la C.G.U.E. ha dunque avuto modo di sancire che l'individuazione di tali posizioni dovesse seguire un approccio funzionale e concreto e non settoriale o organizzativo, bocciando le soluzioni applicative nazionali che utilizzavano e continuano in certi casi ad utilizzare criteri settoriali per l'individuazione di tali posizioni.

pluralità di formazioni: la Corte di giustizia (creata nel 1952), il Tribunale (creato nel 1988) e il Tribunale della funzione pubblica (creato nel 2004 e cessato dal 1° settembre 2016).

⁴ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in Italia anche nota come Carta di Nizza, è stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo[1] da Parlamento, Consiglio e Commissione. Con l'entrata in vigore del "Trattato di Lisbona", la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea. Essa risponde alla necessità emersa durante il Consiglio europeo di Colonia (3 e 4 giugno 1999) di definire un gruppo di diritti e di libertà di eccezionale rilevanza e di fede che fossero garantiti a tutti i cittadini dell'Unione.

A titolo esemplificativo la Corte ha ritenuto illegittimo in quanto discriminatorio il comportamento dello Stato membro nelle ipotesi in cui ha riservato ai propri cittadini l'accesso a posizioni di pubblico impiego avuto riguardo alle seguenti figure professionali: tirocinante professione insegnante, ricercatore C.N.R.; lettore di lingua straniera; infermiere; presidente autorità portuale, notaio, operatore doganale, capitani e ufficiali di navi battenti bandiera italiana⁵.

Preme infine specificare, soprattutto per il rilievo di tale aspetto con riferimento alla vicenda giudiziaria che ci occupa, che quanto affermato dalla Corte in relazione alla corretta interpretazione dell'art. 45 T.F.U.E. ed in particolare all'eccezione ivi contenuta per l'accesso al pubblico impiego, trovi applicazione anche in relazione ad alcune categorie di soggetti cittadini di paesi terzi in possesso di determinati titoli di soggiorno. A tale conclusione si giunge in quanto il diritto derivato dell'Unione Europea⁶ ha equiparato ai cittadini europei - ai fini dell'applicazione del principio di non discriminazione per motivi di nazionalità con i limiti e le specificazioni sopra delineati - anche i titolari di permesso di soggiorno U.E. per lungo soggiornanti, i familiari dei cittadini U.E. in possesso di un valido titolo di soggiorno, i cittadini di paesi terzi aventi lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, i familiari cittadini di paesi terzi di cittadini italiani e i titolari di carta blu.

1.2. Il diritto interno.

Sul piano del diritto nazionale il processo di integrazione del diritto dell'U.E. sul punto è stato parzialmente diverso atteso che ancor prima del generale e fondamentale principio di non discriminazione, l'iniziale punto di riferimento era costituito dal necessario possesso della cittadinanza per l'accesso al pubblico impiego, requisito che è stato previsto sin dalla nascita della Repubblica Italiana

⁵ Anche la giurisprudenza italiana di merito si è conformata a tale orientamento. Cfr. ex multis. Tribunale di Udine, Sezione Lavoro, ordinanza del 30 giugno 2016,

⁶ Il diritto dell'Unione europea si divide in primario e derivato. I trattati, che configurano il diritto primario, costituiscono le basi e contengono le norme fondamentali per tutte le azioni dell'U.E. Il diritto derivato, che comprende i regolamenti, le direttive e le decisioni, è fondato sui principi e sugli obiettivi fissati nei trattati.

da norme nazionali di diverso rango⁷, salvo poi subire forti restrizioni e ridimensionamenti.

Il legislatore italiano, seppur vedremo in modo molto frammentario e farraginoso, si è infatti successivamente adeguato al diritto antidiscriminatorio e, con specifico riferimento all'accesso al pubblico impiego l'art. 38 del D.lgs. n. 165/2001⁸ così come opportunamente integrato dalla L. n. 97/2013⁹ costituisce oggi la norma di riferimento del sistema.

Tale disposizione prevede che possano accedere ai posti pubblici non soltanto i cittadini italiani, ma anche i cittadini U.E., i cittadini di paesi terzi familiari dei cittadini U.E. titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, i cittadini di paesi terzi titolari del permesso di soggiorno U.E. per soggiornanti di lungo periodo, i cittadini di paesi terzi titolari dello status di rifugiato o protezione sussidiaria, fatta eccezione per i posti che implicino l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri o la tutela dell'interesse nazionale. Il citato articolo rinvia poi all'adozione di un regolamento *ad hoc* per l'individuazione delle posizioni lavorative per le quali lo Stato italiano non possa prescindere dal requisito della cittadinanza italiana.

In realtà nessuna norma regolamentare è mai stata adottata dallo Stato italiano in seguito all'entrata in vigore della L. n. 97/2013 e per l'individuazione dei posti da riservarsi ai cittadini italiani le pubbliche amministrazioni hanno continuato *de facto* ad utilizzare il mai abrogato D.P.C.M. n. 174/1994¹⁰, il quale tuttavia adotta un criterio organizzativo - settoriale per l'individuazione dei posti messi a bando, in base al quale tutti i posti appartenenti ad alcune categorie o

⁷ Art. 51 Cost., art. 2 D.P.R. 3/57 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), art. 2 D.P.R. 487/94 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzioni nei pubblici impieghi) richiamato dall'art. 70 comma 13 D.lgs. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), art. 1 D.P.C.M. n. 174/1994 (Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche).

⁸ Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche

⁹ Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013

¹⁰ Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche

addirittura ad intere amministrazioni - come è il caso della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri degli Affari Esteri, dell'Interno, della Giustizia, della Difesa e dell'Economia e delle Finanze - vengono inclusi nella deroga al principio di non discriminazione, senza distinzione di sorta in relazione ai compiti oggettivamente espletati da tali pubblici dipendenti.

È dunque evidente che sul piano del diritto interno e/o comunque del comportamento della pubblica amministrazione, nonostante le ricordate modifiche legislative di adeguamento del quadro normativo interno a quello europeo, permangono alcune difformità che devono essere dunque vagliate e opportunamente corrette in sede giurisprudenziale.

Un primo punto di difformità con il quadro giuridico europeo sopra delineato si ravvisa anzitutto nella previsione dei due criteri dell'esercizio dei pubblici poteri e della salvaguardia dell'interesse nazionale come alternativi anziché cumulativi.

In secondo luogo - ma come vedremo tale punto non ha trovato accoglimento nell'ordinanza cautelare del Tribunale di Firenze - la norma nazionale non ricomprende alcune categorie di soggetti extra europei, prese invece in considerazione dal diritto della U.E. e nello specifico i titolari carta blu e i familiari non comunitari di cittadini italiani.

Ma ciò che più mina la tenuta del sistema di contrasto alle discriminazioni per nazionalità nell'accesso al pubblico impiego e che connota il comportamento reiteratamente illegittimo della pubblica amministrazione italiana nella sua veste di datore di lavoro, resta in definitiva il fatto che nella formulazione dei bandi di concorso, l'individuazione delle posizioni riservate ai cittadini italiani venga inopinatamente effettuata in ottemperanza a quanto disposto dal D.P.C.M. 174/94 - norma di fonte regolamentare si ribadisce - e dunque in applicazione di un criterio settoriale che riserva ai cittadini italiani intere carriere o addirittura l'accesso a qualsiasi posizione lavorativa dei ruoli di alcune amministrazioni, a prescindere dalle funzioni riconducibili a tali settori.

Come detto dunque tutte le posizioni lavorative alle dipendenze del Ministero della Giustizia, per quanto previsto dalla suddetta fonte normativa, devono essere riservate ai cittadini italiani ed a tale norma di diritto secondario

si riferisce e continua ostinatamente a riferirsi nella formulazione dei propri bandi di concorso la pubblica amministrazione dello Stato italiano.

1.3 Aspetti processuali di rilievo

Tanto ricostruito sul piano del diritto sostanziale, si ritengono fondamentali alcune considerazioni attinenti al piano processuale.

L'azione antidiscriminatoria è finalizzata ad ottenere un duplice risultato: da un lato la cessazione del comportamento pregiudizievole e dall'altro la rimozione degli effetti della discriminazione, caratterizzandosi dunque come azione particolarmente incisiva sul piano dei rapporti giuridici.

Secondo quanto previsto dagli artt. 44 D.lgs. n. 286/98¹¹ e 28 D.lgs. n. 150/2011¹² l'azione antidiscriminatoria va proposta ai sensi degli artt. 702 bis e ss. c.p.c. innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria anche quando la discriminazione sia rinvenibile in un comportamento o in un atto della pubblica amministrazione, con conseguente sottrazione della materia alla giurisdizione amministrativa. Ciò significa che un qualsiasi atto amministrativo che contenga clausole discriminatorie potrà sotto questo profilo essere messo in discussione innanzi alla autorità giudiziaria ordinaria.

Un elemento di enorme rilievo nel quadro normativo di contrasto alle discriminazioni è peraltro rappresentato dalla possibilità, per le associazioni iscritte in apposito elenco, di agire nei casi di discriminazione collettiva quando non siano individuabili in modo diretto ed immediato i soggetti lesi dalla discriminazione, caso quanto mai frequente nell'ipotesi di un bando pubblico che sia illegittimamente riservato ai cittadini dello Stato membro e quindi contenga una clausola discriminatoria. Per costante giurisprudenza di merito la legittimazione collettiva è infatti volta a tutelare soggetti non specificatamente individuabili, ma lesi anche e solo in via potenziale dalla disposizione discriminatoria, senza la necessità che l'idoneità a realizzare una disparità di

¹¹ Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero

¹² Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69

trattamento si sia effettivamente tradotta in un danno a carico del soggetto discriminato¹³.

Nel caso in esame la norma di riferimento è l'art. 5 del D.lgs. n. 215/2003¹⁴, contenente disposizioni volte al contrasto delle discriminazioni dirette e indirette in relazione ai fattori della razza e dell'origine etnica.

Di recente la Corte di Cassazione ha sancito che “*nelle discriminazioni collettive in ragione del fattore della nazionalità sussiste la legittimazione ad agire in capo alle associazioni ed agli enti previsti nel D.lgs. n. 215 del 2003, art. 5*”¹⁵, ritenendo di fornire così un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione che secondo la lettura fornita dall'amministrazione pubblica riguarderebbe invece le sole discriminazioni per razza e origine etnica.

2. La vicenda giudiziaria

Per quanto riguarda il caso concreto che ha costituito l'occasione per il presente approfondimento, ad oggi ancora pendente, si riportano sinteticamente i passaggi maggiormente rilevanti contenuti nell'ordinanza cautelare del Tribunale di Firenze.

La vicenda trae origine dal bando emesso dal Ministero della Giustizia per l'ammissione di 800 assistenti giudiziari da inserire a tempo indeterminato nei ruoli dell'amministrazione della giustizia, il cui art. 3 ha stabilito, in ottemperanza a quanto sul punto disposto dal D.P.C.M. n. 174/94, il necessario possesso da parte dei candidati della cittadinanza italiana.

Hanno proposto ricorso si sensi degli artt. 44 D.lgs. n. 286/98, 28 D.lgs. n. 150/2011 e 702bis e ss. c.p.c. innanzi al Tribunale Civile di Firenze - Sezione Lavoro una cittadina albanese che aveva proposto domanda di ammissione nonostante il difetto del requisito della cittadinanza italiana e l'associazione *L'altro diritto*¹⁶ a tutela dell'interesse collettivo, sostenendo che la previsione del requisito della cittadinanza italiana per accedere all'indetta procedura

¹³ Cfr. *ex multis* Tribunale di Brescia, ordinanza del 18.7.2016

¹⁴ Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica

¹⁵ Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza 08.05. 2017 n. 11165

¹⁶ *L'altro diritto* O.n.l.u.s. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità. L'associazione risulta inserita nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni.

concorsuale fosse illegittima in quanto integrante una discriminazione diretta in relazione al fattore della nazionalità sia individuale che collettiva, in considerazione del fatto che la figura professionale dell'assistente giudiziario, limitandosi a svolgere poteri ausiliari, di supporto, mai discrezionali e autoritativi, non potesse legittimamente essere riservata ai soli cittadini italiani e che pertanto il bando dovesse essere esteso a tutte le categorie ricomprese nell'art. 38 del D.lgs. n. 165/2001 e nella normativa europea.

Il Tribunale Civile di Firenze - Sezione lavoro, ha rigettato tutte le eccezioni preliminari proposte¹⁷ dal Ministero della Giustizia e ha accolto le domande cautelari, svolgendo una dettagliata ricostruzione del quadro giuridico di riferimento¹⁸.

Il giudice adito ha *in primis* affermato la giurisdizione del giudice ordinario, rilevando come il diritto di non discriminazione costituisca un diritto soggettivo assoluto e che la giurisdizione del giudice ordinario è positivamente stabilita dalla legge a prescindere dalla natura amministrativa o meno dell'atto e/o del comportamento discriminatorio in questione.

Ha poi dichiarato la piena legittimazione attiva de *L'altro diritto O.n.l.u.s.*, aderendo pienamente sul punto alla citata recente pronuncia della Corte di Cassazione¹⁹ e rilevando in particolare: che i fattori di discriminazione di razza e origine etnica di cui al D.lgs. 215/2003 si aggiungono ai fattori di discriminazione già vietati, ampliando e non restringendo la tutela, che l'art. 4 D.lgs. 215/2003 laddove stabilisce che l'azione civile avverso le discriminazioni di cui all'art. 2 del medesimo decreto venga regolata dall'art. 28 D.lgs. 150/2011 non può che riferirsi alla definizione sostanziale di discriminazione individuale e collettiva fatta salva dall'art. 2 stesso, che diversamente sarebbero evidenti i

¹⁷ Il Ministero si era infatti costituito eccependo preliminarmente: il difetto giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo che trattandosi di un atto amministrativo questo andasse impugnato innanzi al T.A.R., il difetto legittimazione attiva dell'associazione perché la proponibilità dell'azione collettiva doveva ritenersi limitata alle ipotesi di discriminazioni per etnia e razza e non anche per nazionalità, la carenza di interesse ad agire della cittadina albanese in quanto già ammessa con riserva alla procedura nonché la carenza di interesse ad agire di coloro che non avevano proposto la domanda di ammissione

¹⁸ Ordinanza cautelare del 27 maggio 2017.

¹⁹ Si veda nota 13

profili di incostituzionalità dell'esclusione dall'azione collettiva per le discriminazioni in base al fattore nazionalità.

In relazione alla supposta carenza di interesse ad agire da parte degli stranieri che non avessero proposto la domanda amministrativa, il giudice ha infine rilevato che l'associazione *L'altro diritto* ha agito in proprio a tutela di un interesse collettivo e che ciò che caratterizza l'azione antidiscriminatoria collettiva è proprio la lesione degli interessi del gruppo cui appartengono i soggetti vittime della condotta discriminatoria, la cui identificabilità personale è irrilevante, essendo la condotta discriminatoria potenzialmente lesiva del diritto del singolo proprio mediante la sua appartenenza al gruppo. Ha dunque ribadito che scopo dell'azione collettiva nel caso di specie era proteggere anche quei soggetti che, proprio perché sprovvisti dei requisiti richiesti, non avevano proposto domanda di ammissione alla procedura.

Nel merito il giudice adito ha ritenuto sussistente il *fumus boni iuris* in quanto in applicazione dei principi espressi dalla C.G.U.E. in relazione all'eccezione al principio di non discriminazione per nazionalità nell'accesso al pubblico impiego prevista dall'art. 45 T.F.U.E., ha valutato che la figura dell'assistente giudiziario, alla luce delle declaratorie contrattuali, non eserciti pubblici poteri nell'interesse generale dello Stato, essendo al contrario destinatario esclusivamente di funzioni ausiliarie e preparatorie, né discrezionali, né tanto meno autoritative.

Ha altresì ritenuto sussistente il *periculum in mora* sia con riferimento alla cittadina albanese che agli altri stranieri che avessero presentato la domanda in quanto - seppur ammessi con riserva - in qualunque momento della procedura avrebbero potuto essere esclusi in quanto privi dei requisiti richiesti, sia con riferimento ai cittadini stranieri che non avevano proposto domanda proprio per il difetto del requisito della cittadinanza italiana in quanto non avrebbero potuto altrimenti partecipare, a parità di condizioni, alla procedura concorsuale.

In sede di reclamo cautelare tuttavia il Collegio ha dichiarato il difetto di legittimazione attiva di *L'altro diritto O.n.l.u.s.*: ha infatti ritenuto di doversi attenere ad una interpretazione letterale della norma e di non aderire ai principi espressi dalla Corte di Cassazione, rilevando altresì che eventuali profili di

incostituzionalità non potessero essere vagliati in sede cautelare. Ha dunque stabilito che l'azione collettiva fosse ammissibile solamente in relazione alle discriminazioni per razza ed origine etnica e non anche in relazione al fattore della nazionalità.

3. Conclusioni

La procedura concorsuale si è conclusa *sub iudice* nel 2017 ed il Ministero della Giustizia ha proceduto ad effettuare le relative assunzioni.

Non è concretamente prevedibile il futuro comportamento della pubblica amministrazione dinanzi ad un'eventuale pronuncia di accoglimento nel merito del ricorso, soprattutto ove dovesse essere confermata la legittimazione attiva dell'associazione *L'Altro Diritto Onlus* ai sensi dell'art. 5 del D.lgs. n. 215/2003. Quel che è certo è che in tal caso il Ministero dovrà provvedere alla rimozione degli effetti discriminatori prodotti dal proprio comportamento, con conseguente rettifica del bando di concorso e riapertura dei termini per la presentazione delle domande di ammissione alla procedura.

Al di là di quelli che saranno gli esiti del giudizio ad oggi pendente, si impongono alcune considerazioni conclusive di carattere generale che coinvolgono sia aspetti di natura squisitamente tecnica che il modo complessivo di atteggiarsi della pubblica amministrazione italiana sulle questioni affrontate in questa sede.

*

Anzitutto ci si potrebbe interrogare sull'attualità o meno di conservare l'eccezione al principio di non discriminazione per nazionalità prevista dallo stesso art. 45 T.F.U.E., quanto meno con riferimento al c.d. pubblico impiego privatizzato. E ciò non solo alla luce della giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazione, ma anche in considerazione del quadro culturale e politico in cui si inserisce oggi il rapporto di pubblico impiego. Un pubblico impiego in gran parte "privatizzato" e dunque privo dei caratteri pubblicistici prima integrati, in cui i pubblici dipendenti debbono agire sempre e comunque nel rispetto della legge e con margini di discrezionalità sempre ben delimitati a livello legislativo e/o regolamentare.

In tale contesto appare anche rilevante il mutato concetto di cittadinanza (cfr. Corte Cost., sentenza 25.6.2015, n. 119 emessa in relazione ai requisiti di accesso al servizio civile): ad una nozione di cittadinanza giuridico - formale sembrerebbe potersi oggi sostituire un concetto di "cittadinanza di residenza", in grado di accogliere nel suo ambito tutti i soggetti che appartengano in maniera stabile e regolare ad una determinata comunità. In tal senso ci si potrebbe quindi chiedere quanto il possesso o meno della cittadinanza italiana possa oggi effettivamente e realisticamente essere l'elemento necessario a perseguire le finalità di protezione dell'interesse generale dello Stato protette dall'eccezione al principio di non discriminazione contenuta nell'art. 45 T.F.U.E.

Al di là di quest'ultima considerazione, ciò che emerge da questa vicenda è senz'altro la necessità di un intervento normativo di razionalizzazione dell'intera materia, soprattutto da un punto di vista processuale. È indubbio che non si possa ricorrere sempre ad articolate interpretazioni che permettano una lettura costituzionalmente orientata o compatibile con il diritto dell'U.E. quando sarebbe assolutamente agevole prevedere disposizioni chiare e univoche nella disciplina del diritto antidiscriminatorio e della sua tutela giudiziale, quanto mai necessaria affinché si possa parlare di contrasto alle discriminazioni in termini effettivi e non solo teorici.

Preme infine sottolineare un ultimo aspetto, evidentemente estraneo al piano meramente giuridico, ma che si impone in ragione della frequenza con la quale ci si imbatte in bandi di concorso pacificamente illegittimi in quanto discriminatori: desta evidente stupore che lo Stato italiano, pur essendosi adeguato alle disposizioni vigenti dell'Unione Europa, perseveri nel richiamare nei propri bandi di concorso disposizioni regolamentari risalenti nel tempo e pacificamente incompatibili con il diritto U.E., ossia il D.P.R. n. 487/94 e il D.P.C.M. n. 174/94, che annoverano tra i requisiti di ammissione il possesso della cittadinanza italiana, indipendentemente dal tipo di funzioni messe a bando.