

Tribunale Milano 20 luglio 2009 (ord.), pres. Sala, est. Gasparini, H., Asgi (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) e Apn (Avvocati per niente) Onlus (avv. Guariso e Neri) c. Atm Milano Spa (avv. Rho e Muro).

Parità di trattamento - Avviso di selezione per l'assunzione in azienda di trasporti pubblici - Requisito della cittadinanza italiana - Azione civile contro la discriminazione - Art. 44 TU immigrazione - Mancata preventiva presentazione della domanda di assunzione - Interesse ad agire - Sussiste. Parità di trattamento - Requisito della cittadinanza per l'assunzione nel settore dei trasporti pubblici in concessione - Art. 10, 1° comma, n. 1 RD 148/31 - Incompatibilità con le normative successive - Abrogazione implicita - Sussiste - Discriminazione in ragione della nazionalità - Sussiste.

Qualora un avviso di selezione del personale di una società concessionaria di trasporti pubblici preveda il requisito della cittadinanza italiana, lo straniero può proporre l'azione civile contro la discriminazione ex art. 44 TU immigrazione anche qualora non abbia effettivamente presentato domanda di assunzione, giacché la lesione del diritto alla parità di trattamento – e, conseguentemente, la sussistenza dell'interesse ad agire – deriva già dalla previsione di detto requisito.

Costituisce atto discriminatorio e deve pertanto essere rimosso, la previsione del requisito della cittadinanza italiana o comunitaria in un bando di selezione per l'assunzione in un'azienda concessionaria di pubblici trasporti; infatti l'art. 10, 1° comma, n. 1 RD 8/1/31 n. 148, che detto requisito prevede, deve ritenersi incompatibile (e dunque implicitamente abrogato) con le successive disposizioni nazionali, internazionali e comunitarie che hanno sancito il principio di parità di trattamento tra italiani e stranieri nell'accesso al lavoro, salve solo le attività per le quali la riserva ai cittadini sia funzionale alla tutela dell'interesse nazionale.

a) Sull'interesse ad agire

Le considerazioni del primo Giudice non sono condivisibili, e dunque l'ordinanza reclamata va in parte riformata.

L'azione promossa anche individualmente da _____ è volta specificamente a ottenere la rimozione della «condizione più svantaggiosa» nell'accesso all'occupazione (art. 43 D. Lgs. 215/03) rappresentata dall'offerta di lavoro di Atm a soggetti che, tra i vari requisiti richiesti, posseggano anche la cittadinanza europea (cfr. docc. 11, 12 e 13 prodotti dai ricorrenti). Sul punto il primo Giudice aveva ritenuto che, in assenza dell'invio di una specifica domanda e di un conseguente provvedimento di rifiuto della società, non potevano ritenersi instaurata la relazione giuridica tra le parti e dunque esistenti la concretezza e attualità della lesione, necessari presupposti per la configurazione della condizione dell'azione prevista dall'art 100 c.p.c.

Si osserva, sul punto, che se tale affermazione può valere con riferimento alla richiesta di «esame» della domanda di assunzione (punto c delle conclusioni del ricorso), pacificamente non proposta dal ricorrente _____, non può riguardare quelle richieste concernenti, invece, la possibilità di accedere a una selezione, di certo preclusa e non solo scoraggiata dalla richiesta del requisito della cittadinanza italiana o di stato europeo.

È sufficiente una lettura dei documenti indicati per evidenziare che l'azienda convenuta ha, nel proprio sito internet e nelle proprie comunicazioni, rivolto una pubblica offerta di lavoro per diverse posizioni disponibili, vincolandosi a selezionare soggetti con determinati requisiti tra i quali quello oggi contestato.

Ebbene, già tale vincolo è di per sé in grado, qualora se ne ritenga la natura discriminatoria, di ledere il bene della vita che le norme del D. Lgs. 215/03 e del D. Lgs.

286/98 (testo unico immigrazione) intendono tutelare.

Si richiama, in primo luogo, l'art. 43 del D. Lgs. 286/98 che, nel dare la definizione di «discriminazione» (la norma è così titolata dal legislatore), fa riferimento a qualsiasi comportamento che «... comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza... basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o», per quel che riguarda il caso in esame, «l'origine nazionale»; con riguardo all'accesso all'occupazione (comma 2, lett.

c) il legislatore afferma che « è atto di discriminazione» quello compiuto da chiunque imponga «condizioni più svantaggiose... allo straniero soggiornante in Italia», e ancora alla: lett. e) fa riferimento alla discriminazione da parte del datore di lavoro con atti

o comportamenti che «producano effetti pregiudizievole» direttamente o indirettamente nei confronti di lavoratori anche «in ragione della cittadinanza». La norma citata, nei commi 1 e 2, è espressamente «fatta salva», sempre ai fini dell'individuazione della nozione di discriminazione dall'art. 2 del D. Lgs. 215/03, comma 2. Dal complesso delle norme in materia, di non semplice interpretazione, si può certamente evincere che il legislatore ha inteso dare rilievo, e per ora l'affermazione è fatta per quel che interessa la questione processuale, al «bene della vita» rappresentato dalla parità di trattamento/parità di opportunità, che già può dirsi leso laddove un datore di lavoro dichiara, con un'offerta al pubblico, la sua «intenzione» di assumere solo lavoratori di una certa nazionalità. Si richiama, sempre al fine di valutare la condizione dell'azione, la sentenza Feryn della Cge (sent. 10/7/08, causa C-54/07) nella parte in cui ammette la diretta lesività di «criteri di selezione discriminatori». In conclusione, sul punto, l'attualità dell'interesse non può venir meno per l'assenza dell'invio della domanda di assunzione e del successivo diniego, dal momento che tutte le norme richiamate mirano a tutelare la possibilità di accedere al lavoro attraverso una selezione che non dipenda da ragioni fondate sulla nazionalità. Con riferimento alla rilevanza della preclusione all'accesso a un bene indipendentemente dall'impugnazione di un atto lesivo si richiama anche l'ordinanza del Tribunale di Brescia del 12/3/09 a proposito del conferimento del cd. «bonus bebé» erogato dal Comune, che ha riconosciuto la natura discriminatoria dell'esclusione degli stranieri dalla provvidenza assistenziale anche in assenza dell'impugnazione dei «provvedimenti applicativi della revoca». Deve, pertanto, nella fattispecie esaminata, affermarsi l'interesse individuale ad agire del sig.

Conseguentemente non assume più rilievo, e risulta perciò assorbita, la questione sottoposta all'esame del Collegio relativa alla legittimazione delle associazioni ricorrenti in quanto portatrici di interessi collettivi/diffusi, posto che i reclamanti hanno invocato l'applicazione delle relative norme nel caso di impossibilità di individuare «in modo diretto e immediato» le persone lese dalla discriminazione (art. 5, comma 3, D. Lgs. 215/03).

b) Nel merito

Ritiene il Collegio che il comportamento di Atm Spa, consistente nel prevedere e richiedere la cittadinanza italiana o di stato europeo come requisito per l'assunzione, rappresenti una disparità di trattamento non legittima, e rientri perciò nella nozione di «discriminazione» vietata dall'ordinamento.

La difesa della reclamata ha sostenuto la legittimità dell'operato della società sulla scorta del RD 148/31, che all'art. 10, comma 1, n. 1, prevede la cittadinanza italiana quale requisito di «ammissione al servizio», nell'ambito di una normativa di carattere speciale, dettata per gli autoferrotranviari, ancora vigente.

Atal proposito ha infatti richiamato la sentenza della SC n. 24170/06 nell'affermazione secondo la quale «la discriminazione non è configurabile se il comportamento è tenuto in esecuzione di una normativa vigente».

Va in primo luogo rilevato che la convinzione soggettiva di aver agito secondo il dettato di disposizioni normative non può di per sé escludere la sussistenza della discriminazione, essendo tale profilo certamente rilevante sul piano della «responsabilità» e dunque ai fini di un eventuale risarcimento del danno, ma non idoneo a giustificare l'oggettiva esistenza di una disparità di trattamento.

In ogni caso, dall'analisi delle disposizioni in materia di discriminazione e dell'assetto normativo in materia di accesso al lavoro, anche attraverso un'interpretazione conforme agli artt. 3, 10 e 117 Cost. come consentita dalle sentenze n. 348 e 349/07 della Corte Costituzionale, deve concludersi per una valutazione in termini di incompatibilità con l'attuale assetto ordinamentale della sopravvivenza della disposizione del RD 148/31, norma da ritenersi implicitamente abrogata nella parte in cui richiede la cittadinanza quale requisito di accesso al lavoro nel settore, e ciò a opera, in primo luogo, del D. Lgs. 286/98, introdotto a seguito di una lunga evoluzione normativa. L'art. 2, comma 3, D. Lgs. 286/98 stabilisce che «le Repubblica Italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24/6/75, ratificata con L. 10/4/81 n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento o piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani».

Una prima considerazione deve farsi con riferimento alla nozione di «lavoratori» che, secondo la difesa della reclamata, riguarderebbe solo chi ha già in essere un rapporto di lavoro; al riguardo si osserva che la Corte Costituzionale si è già pronunciata affermando che in materia di lavoro il principio generale di uguaglianza ex art. 3 Cost. e di parità di trattamento ex art. 2, comma 3, D. Lgs. 286/98, si applica non solo ai «già lavoratori» ma anche nella fase di accesso al lavoro; d'altra parte le stesse disposizioni

dell'art. 43 sopra richiamate (comma 2, lett. c) sanciscono espressamente il divieto di discriminazioni nella fase dell'accesso al lavoro.

È vero che il principio di parità di trattamento tra cittadini italiani e cittadini stranieri non opera in senso assoluto, ma ammette alcune deroghe che, come argomentato dalla difesa della reclamata, trovano fondamento tanto nella Convenzione OIL ratificata dalla L. 158/81, quanto dall'art. 2, comma 2, e dall'art. 26 e l'art. 27, comma 3, del D. Lgs. 286/98.

In particolare, in virtù degli artt. 10, 12, 14 della L. 158/81 di ratifica della convenzione OIL, ogni Stato membro può «respingere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato»; l'art. 26 stabilisce che «l'ingresso in Italia dei lavoratori stranieri non appartenenti all'Unione Europea che intendono esercitare nel territorio dello Stato un'attività non occasionale di lavoro autonomo può essere consentito a condizione che l'esercizio di tali attività non sia riservato dalla legge ai cittadini italiani o ai cittadini di uno degli Stati membri dell'Unione Europea»; l'art. 27 del D. Lgs. 286/98, al comma 3, sancisce che «rimangono ferme le disposizioni che prevedono la cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività».

Ciò premesso, si può affermare che esiste nell'ordinamento un principio di parità di trattamento, non assoluto, tra cittadini e stranieri soggiornanti in Italia per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in base alla convenzione OIL, come ratificata e richiamata dall'art. 2 D. Lgs. 286/98.

Si tratta di una norma pattizia recepita nell'ordinamento nazionale e che riguarda la condizione giuridica dello straniero. L'art. 10, 2° comma, della Costituzione afferma che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»; tale formula, come noto, non implica che le norme pattizie in tema di condizione giuridica dello straniero assumano un rango costituzionale, dovendo in realtà esse sottoporsi previamente al vaglio di costituzionalità ma, una volta superato questo vaglio, tali norme possono costituire un parametro al quale adeguare l'interpretazione di altre norme che incidono sulla condizione giuridica dello straniero (cfr. Corte Cost. 376/2000, dove la Corte, pur senza affermazioni di principio, definì la questione in concreto sottoposta assumendo a parametro della legittimità della norma legislativa oggetto del giudizio anche alcune norme di fonte internazionale pattizia).

La giurisprudenza di merito affermata in materia di accesso al pubblico impiego – in particolare Trib. Milano, ord. 30/5/08, confermata in sede di reclamo con ord. 1/8/08; Trib. Pistoia decr. 7/5/05 confermato dalla Corte d'Appello di Firenze 21/12/05 n. 415 – ha ritenuto non più operante il divieto di accesso di cittadini non italiani in alcuni settori della sanità pubblica, proprio ponendo in relazione le norme della Convenzione OIL del 1975 come recepita e le norme interne con essa confliggenti.

Ciò comporta che le deroghe al principio di parità di trattamento come affermato e sancito dall'art. 2, comma 3, D. Lgs. 286/98 possono trovare fondamento solo nel rispetto delle norme internazionali pattizie o comunitarie (quando direttamente applicabili) recepite nell'ordinamento, e dunque per specifiche «attività» (il concetto di «attività determinate» è anche utilizzato dallo stesso art. 27 del D. Lgs. 286/98) e, secondo quanto in particolare stabilito dall'art. 14 della Convenzione OIL del 1975, ove ricorra un «interesse dello Stato» a precludere l'accesso al lavoro.

Proprio la giurisprudenza di merito richiamata in materia di impiego pubblico ha al riguardo evidenziato, alla luce della Direttiva 2003/109, art. 11, comma 1, Ce (direttamente applicabile nel nostro ordinamento) che la cittadinanza per l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma non è richiesta per quelle attività che non implicano, nemmeno in via occasionale, la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri. Il riferimento all'interesse «dello Stato» e all'esercizio di pubblici poteri ha così consentito di ritenere il requisito della cittadinanza non più necessario rispetto ad alcune attività (quali quelle, ad esempio, degli infermieri) perché attività non ricollegabili a funzioni pubbliche o a interessi nazionali.

Considerando, allora, la natura della società convenuta e delle attività per cui nella specie è richiesta la cittadinanza quale requisito di accesso, si osserva che Atm è una società per azioni, non fa parte della PA e non è datore di lavoro pubblico, nella definizione dell'art. 1, comma 2, D. Lgs. 165/01.

La partecipazione di capitale pubblico alle società che esercitano il trasporto locale, infatti, non conferisce alle stesse la qualificazione di soggetto pubblico (Cass. sez. un. 7799/05), con riferimento in particolare all'organizzazione e ai rapporti con i dipendenti. In ogni caso, considerando le attività per cui è programmata nella specie l'assunzione da parte di Atm (operaio - elettricista - idraulico - macchinista), e in particolare quella cui è interessato il ricorrente (operaio elettricista), deve escludersi

qualunque esigenza pubblicistica idonea a limitare l'accesso a lavoro solo a soggetti che abbiano una determinata cittadinanza. La permanenza del requisito verrebbe perciò ad assumere i connotati di una disparità di trattamento in senso diseguale e più svantaggioso per il «non cittadino». Conseguentemente, per tutti gli esposti motivi, il parziale accoglimento delle domande formulate nel ricorso, e, accertato il carattere discriminatorio del comportamento di Atm Spa, va pertanto ordinata alla convenuta la cessazione del comportamento e la rimozione della richiesta della cittadinanza tra i requisiti di selezione dalle offerte di lavoro e dalle proposte di assunzione. In ragione dell'assenza di elementi di intenzionalità nella condotta, si ritiene, infine, estranea alle finalità della tutela invocata la pubblicazione su quotidiani richiesta al punto *d*) delle conclusioni. (...)