

**TRIBUNALE DI MILANO  
IN SEDE COLLEGALE**

**SEZIONE LAVORO**

Il Collegio, composto dai Magistrati:

Dr.ssa Chiarina Sala

Presidente

Dr. ssa Benedetta Pattumelli

Giudice

Dr.ssa Piera Gasparini

Giudice Relatore.

Nel procedimento di reclamo al Collegio ex art. 44, comma 6, D. Lgs. 286/98, instaurato da:

**-HAILOUA MOHAMED**

**-A.S.G.I-ASSOCIAZIONE STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE**, in persona del presidente e legale rappresentante p.t.,

**-A.P.N.-AVVOCATI PER NIENTE ONLUS**, in persona del legale rappresentante p.t.,

tutti rappresentati e difesi dagli Avv.ti Alberto Guariso e Livio Neri, elettivamente domiciliati presso lo studio degli stessi in Milano, Viale Regina Margherita n. 30

*Contro*

**AZIENDA TRASPORTI MILANESI SPA**, in persona del Presidente e legale rappresentante Ing. Elio Cosimo Catania, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alberto Rho e Claudia Muro, elettivamente domiciliata in Milano, Foro Buonaparte n. 61

**Premesso che:**

- con ricorso depositato il 19 giugno 2009 i ricorrenti indicati in epigrafe indicati hanno proposto reclamo avverso il provvedimento emesso nel procedimento ex art. 44 D. Lgs. n. 286/98. con il quale il Giudice

- monocratico in data 17/6/09 aveva respinto, per carenza dell'interesse ad agire, le richieste volte ad accertare il carattere discriminatorio del comportamento di ATM SPA, consistente nel prevedere e richiedere nelle offerte di lavoro la cittadinanza italiana o di stato europeo quale requisito per l'assunzione, e ad ordinare alla società la cessazione della condotta;
- i ricorrenti hanno ribadito, sotto il profilo processuale, la sussistenza dell'interesse individuale o comunque collettivo/diffuso alla rimozione del comportamento, e nel merito l'illegittimità di quest'ultimo perché in contrasto con la normativa internazionale, comunitaria, nazionale in materia di disciplina dell'accesso al lavoro dei cittadini stranieri;
  - con memoria depositata il 10 luglio 2009 si è costituita l'Azienda Trasporti Milanesi SPA affermando la fondatezza delle proprie ragioni, già fatte proprie dal Giudice monocratico quanto alla carenza di interesse, e ribadendo l'assoluta legittimità del comportamento adottato in esecuzione della disposizioni di cui all'art 10, all. A, del R.D. n. 148/31;
  - tutto ciò premesso

#### **OSSERVA:**

##### **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 Hailoua Mohamed è volta specificamente ad ottenere la rimozione della "condizione più svantaggiosa" nell'accesso all'occupazione ( art 43 d. Lg. N. 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 cpc.

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 Hailoua, non può riguardare quelle richieste concernenti, invece, la possibilità di accedere ad una selezione, di certo preclusa e non solo scoraggiata dalla richiesta del requisito della cittadinanza italiana o di stato europeo.

E' 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. lvo n. 215/03 e del d. L.vo n. 286/98 ( testo unico immigrazione) intendono tutelare.

Si richiama, in primo luogo, l'art 43 del D. L.vo n. 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 II. , 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 lettera e) fa riferimento alla discriminazione da parte del datore di lavoro con atti o comportamenti che "producano effetti pregiudizievoli" 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. L.vo n. 215/03, comma II.



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 lesa 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 ad un bene indipendentemente dall'impugnazione di un atto lesivo si richiama anche l'ordinanza del Tribunale di Brescia del 12 marzo 2009 a proposito del conferimento del cd "bonus bebè" 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. Hailoua Mohamed.

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 ed immediato" le persone lese dalla discriminazione (art. 5, comma III, D. Lgs. n. 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.

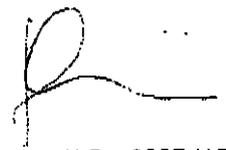
La difesa della reclamata ha sostenuto la legittimità dell'operato della società sulla scorta del RD n. 148/31, che all'art 10 , comma 1, n. 1, prevede la cittadinanza italiana quale requisito di "ammissione al servizio", nell'ambito di una normativa di carattere speciale, dettata per gli autoferrotranviari,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

A tal proposito ha infatti richiamato la sentenza della S. C. 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 del 2007 della Corte Costituzionale, deve concludersi per una valutazione in termini di incompatibilità con l'attuale assetto ordinamentale della sopravvivenza della disposizione del RD n. 148/31, norma da ritenersi implicitamente abrogata nella parte in cui richiede la cittadinanza quale requisito di accesso al lavoro nel settore, e ciò ad opera , in primo luogo, del D. l.vo n. 286/98, introdotto a seguito di una lunga evoluzione normativa.

L'art 2, comma 3, del D. L.vo n. 286/98 stabilisce che " la Repubblica Italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, 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. L.vo n. 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 del accesso al lavoro.

E' 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. n. 158/1981, quanto dall'art 2, comma II, e dall'art. 26 e l'art 27 , comma 3, del D. L.vo n. 286/98 .

In particolare, in virtù degli artt. 10,12, 14 della L. n. 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. l.vo n. 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. l.vo n. 286/98.

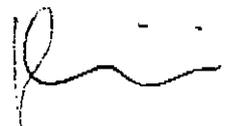


Si tratta di una norma pattizia recepita nell' ordinamento nazionale e che riguarda la condizione giuridica dello straniero. L'art 10, II comma, della Costituzione afferma che "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali" ; tale formula, come noto, non implica che le norme pattizie in tema di condizione giuridica dello straniero assumano un rango costituzionale , dovendo in realtà esse stesse 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. n. 376/00, 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. l.vo n. 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. L.vo n. 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 implicino, 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- n. 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. SSUU n. 7799/05), con riferimento in particolare all'organizzazione ed 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-), ed in particolare quella cui è interessato il ricorrente Hailoua (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".

Consegue, 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.

La complessità e novità delle questioni affrontate giustifica la compensazione delle spese di lite



**P.Q.M.**

Il Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, in sede Collegiale così provvede:

in parziale riforma dell'ordinanza reclamata

accerta e dichiara il carattere discriminatorio del comportamento di ATM SPA consistente nel prevedere e richiedere la cittadinanza italiana o di stato europeo come requisito per l'assunzione;

-ordina ad ATM SPA la cessazione del comportamento e la rimozione della richiesta della cittadinanza tra i requisiti di selezione dalle offerte di lavoro e delle proposte di assunzione, in moduli cartacei o telematici;

dichiara l'inammissibilità della domanda di cui al punto c) delle conclusioni del ricorso

compensa integralmente fra le parti le spese di lite

Milano, 13-10 luglio 2009

Il Presidente  
*Claudio Sola*

Il Giudice Rel.  
IL GIUDICE DEL LAVORO  
D.ssa Piera GASPARINI

*[Handwritten signature]*

20 LUG. 2009

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

OGGI 20 LUG. 2009

Il CAI  
D.ssa Francesca Grillo