

Svolgimento del processo

Il dott. Gentian Memisha è un medico chirurgo, cittadino albanese, residente regolarmente in Italia. La sua domanda di partecipazione al concorso pubblico per l'assunzione a tempo indeterminato di 6 dirigenti medici in cardiologia, indetto nel 2004 dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Careggi di Firenze, è stato respinto per difetto del requisito della cittadinanza italiana.

Il Memisha ha proposto ricorso al Tribunale di Pistoia, depositato il 13 gennaio 2005, ex artt. 43 e 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, affermando di esser stato ingiustificatamente discriminato e chiedendo di essere ammesso al pubblico concorso.

Il giudice adito, rigettata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, in favore di quello amministrativo, proposta dalla Asl, ha accolto in parte il ricorso, disponendo l'ammissione del Memisha al concorso e rigettando nel merito la domanda di risarcimento danni.

La Corte d'appello di Firenze, adita dalla Asl in sede di reclamo (previsto dall'art. 44, comma 6, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), con decreto 30 settembre/31 dicembre 2005, riaffermata la giurisdizione del giudice ordinario, ha rigettato il reclamo.

Quanto alla giurisdizione, ha rilevato che il ricorso del Memisha era stato proposto ai sensi dell'art. 44 del

ASL

d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, il quale attribuisce al tribunale ordinario la competenza a decidere sull'azione diretta a rimuovere gli effetti della discriminazione per motivi razziali, etnici, o religiosi, determinata dal comportamento di un privato o di una pubblica amministrazione.

Nel merito, dopo un'amplissima disamina delle fonti normative internazionali e interne sull'obbligo di parità di trattamento dei lavoratori extracomunitari, ha esaminato l'articolo 1 del d.lgs. 10 dicembre 1997, n. 483 (Regolamento recante la disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del servizio sanitario nazionale), il quale consente che partecipino ai concorsi coloro che possiedono i requisiti generali della cittadinanza italiana o della cittadinanza di uno dei paesi dell'Unione Europea. Ha dichiarato tale norma inapplicabile nella presente fattispecie, nella parte in cui pone una disparità di trattamento tra le due categorie di stranieri - cittadini comunitari ed extracomunitari - perché in contrasto con la legge 10 aprile 1981 n. 158, attuativa della convenzione Oit 75-143, da considerarsi norma di rango superiore.

ASU

Avverso tale decreto ha proposto ricorso per Cassazione l'Azienda ospedaliera universitaria Careggi, con due motivi, il primo attinente alla giurisdizione, il secondo al merito.

Il dott. Memisha resiste con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

Motivi della decisione

Si deve preliminarmente esaminare d'ufficio l'ammissibilità del presente ricorso per cassazione avverso un decreto di Corte d'appello emesso in sede di reclamo in procedimento ex art. 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Costituisce *jus receptum* che il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'articolo 111 Cost. è proponibile avverso provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto solo quando essi siano definitivi ed abbiano carattere decisorio, cioè siano in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale (*ex plurimis* Cass. Sez. un. 8 marzo 2006 n. 4915; Sez. Un. 15 luglio 2003 n. 11026).

Ricorrono tali elementi quando l'ordinanza o il decreto siano emessi a conclusione di un procedimento contenzioso, anche se con rito camerale; incidano su diritti soggettivi; ed il provvedimento non sia opponibile o diversamente impugnabile.

La decisione sull'ammissibilità del presente ricorso dipende perciò dalla qualificazione del procedimento ex articolo 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 come cautelare

bifasico, nel quale l'ordinanza sarebbe sottoposta a verifica nel giudizio di merito; o come procedimento monofasico abbreviato di tutela piena, nel quale caso il decreto della Corte d' Appello sarebbe costituirebbe la verifica di secondo grado, conclusiva del procedimento, non diversamente impugnabile. In questo secondo caso, il ricorso del Menisha non potrebbe neppure essere convertito in regolamento preventivo di giurisdizione, inammissibile nella fase tra l'emissione del provvedimento cautelare e l'eventuale inizio della causa di merito (*ex plurimis* Cass. 8 giugno 2007 n. 13396, Cass. 25 maggio 2007 n. 12252).

L' art. 42 Legge 6 marzo 1998, n.40, ripreso dall'art. 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), intitolato "Azione civile contro la discriminazione", dispone: "1 . Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, 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 pretore del luogo di domicilio dell'istante. 3. Il pretore, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto". Il comma 5 dispone che nei casi di urgenza il giudice provvede con decreto motivato, assunte sommarie informazioni; il comma 6 prevede il reclamo avanti alla Corte d' Appello; il comma 7: "Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale".

ASU

Sulla natura del procedimento in questione la dottrina dominante è per il carattere cautelare.

In favore di questa tesi sono spesi i seguenti argomenti: sul piano lessicale il procedimento disciplinato dai commi 2-5 dell'articolo 44 ripete la formulazione dell'articolo 669 septies c.p.c., che detta la disciplina del procedimento cautelare uniforme; il comma 7 dell'articolo 44, nel disporre che il giudice, con la decisione che definisce il giudizio, può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, prefigurerebbe chiaramente un giudizio di merito.

Una dottrina minoritaria ritiene che gli elementi testuali configurino un procedimento monofasico: l'articolo 44 non

riproduce né rinvia all'articolo 669 octies c.p.c., che, nel disciplinare il passaggio al giudizio di merito, costituisce la norma cardine per configurare il procedimento previsto dall'art. 669 bis e segg. come rigidamente strumentale al giudizio di merito a cognizione piena, e quindi sommario e cautelare; la previsione del comma 7 non avrebbe senso se riferita al giudizio di merito, che implica di per sé la possibilità della condanna al risarcimento del danno; al contrario, essa, consentendo una pronuncia sul risarcimento del danno, configurerebbe il procedimento come a forma semplificata, ma non cautelare.

Un terzo orientamento, pur rilevando la mancanza, nell'art. 44, di una norma sul passaggio alla fase di merito, solleva dubbi sulla legittimità costituzionale di un modello a struttura monofasica, in relazione al principio del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., e sollecita questa Corte ad intervenire nomofilaticamente sulla questione, dettando una interpretazione costituzionalmente orientata.

Si deve collocare storicamente e dottrinarmente il procedimento in esame.

Il precedente remoto è costituito dall'articolo 700 c.p.c., che ha introdotto nel codice di procedura del 1942 una tutela cautelare atipica diretta a neutralizzare i danni che possano derivare all'attore della durata del processo a cognizione piena. Il rimedio cautelare viene

AMM

definito perciò per il suo carattere sommario e necessariamente strumentale al processo a cognizione ordinaria.

L'articolo 15 legge 20 maggio 1970, n. 300 apre la stagione delle misure volte a contrastare la discriminazione sindacale e politica. Leggi successive hanno integrato, sul piano sostanziale, con il sistema della novella, questa norma base con ulteriori previsioni antidiscriminatorie: l'art. 13, legge 9 dicembre 1977, n. 903, integra l'art. 15, 2° comma, cit. con la discriminazione religiosa, razziale, di lingua o di sesso, e l'art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 con quelle basate su handicap, di età, sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

Sul piano processuale, le azioni previste dall'art. 16, 2° comma, l. 300/1970, art. 15 l. 907/1977, e dall'art. 28 legge 20 maggio 1970, n. 300 in favore delle organizzazioni sindacali contro i comportamenti antisindacali, si ispirano ad un modello fondamentale comune, sia dal punto di vista strutturale, sia da quello lessicale: domanda, anche personale, dell'interessato; competenza del giudice ordinario, individuato, dopo la esperienza positiva dell'art. 6, ultimo comma, Legge 15 luglio 1966, n. 604, nel pretore, quale giudice periferico prossimo al domicilio dell'istante (ora Tribunale

Asy

ordinario); convocazione urgente delle parti in tempi strettissimi, decreto immediatamente esecutivo, possibilità di opposizione avanti allo stesso giudice monocratico, con il che si apre un giudizio a cognizione piena attraverso i normali tre gradi.

L'articolo 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in esame introduce un diverso modello, che sarà poi seguito dall'art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 e dall'art. 3 legge 1° marzo 2006 n. 67, per le discriminazioni verso i disabili in qualsiasi ambito dell'esistenza, nonché dell'art. 1 d.lgs. 6 novembre 2007 n. 196 il quale, nel disciplinare la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso ai beni e servizi e loro fornitura, ha previsto un procedimento con analoga struttura. Esso abbandona la possibilità dell'opposizione avanti al medesimo giudice monocratico e di una pronta sentenza di merito, con i successivi due gradi; e, seguendo il modello del procedimento cautelare uniforme, nel frattempo introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 74 legge 26 novembre 1990, n. 353 (con effetto dal 1993), ammette il reclamo ad un giudice collegiale.

Queste Sezioni Unite ritengono che il carattere cautelare del procedimento introdotto dall'art. 44 in esame, e seguito dalle leggi successive che ad esso rinviano, si evinca dai seguenti prevalenti elementi testuali,

134

interpretati nel quadro ordinamentale generale:

1. I commi 3, 4 e 5 dell'art. 44 riproducono pedissequamente l'art. 669 sexies c.p.c., sul procedimento cautelare uniforme; in particolare il comma 5 ripete la distinzione dell'art. 669 sexies, 2° comma, tra decreto motivato, in caso di urgenza, sulla base di sommarie informazioni, ed ordinanza sulla base degli atti di istruzione indispensabili; tale struttura conforme preclude la possibilità di considerare l'ordinanza di cui all'art. 44, 3° comma, in quanto assicura le esigenze costituzionali di parità di difesa con il rispetto del contraddittorio e la pienezza dell'istruttoria con l'assunzione delle prove indispensabili, come l'atto conclusivo di un procedimento a cognizione piena, anche se abbreviata, proprio perché le stesse garanzie sono proprie del procedimento cautelare uniforme;

2. il comma 6 ammette, contro i provvedimenti del giudice adito, il reclamo al giudice superiore, rimedio tipico contro i provvedimenti cautelari, alternativo all'appello; il passaggio operato dal legislatore dal modello precedente, basato sull'opposizione al medesimo giudice, al reclamo al giudice superiore, si spiega proprio con l'ingresso nel nostro ordinamento del processo cautelare uniforme;

3. il comma 8 prevede che "chiunque elude l'esecuzione di

provvedimenti del pretore di cui ai commi 4 e 5, e dei provvedimenti del Tribunale di cui al comma 6, è punito ai sensi dell'art. 388, primo comma, del codice penale". Così disponendo, il comma 8 adotta non la formulazione del comma 1 dell'art. 388 c.p.c., relativo a chi si sottrae agli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, ma quella del comma 2, relativo a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile (omissis) che prescriba misure cautelari. Il riferimento che l'art. 44 fa al primo comma dell'art. 388 è quoad poenam, determinata solo nel primo comma. Con tale formulazione lessicale, il comma 8 presuppone la natura cautelare del provvedimento in esame.

4.L'art. 2, comma 3, lett. e bis) n. 2.3) d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito, con modificazioni, nella legge 14 maggio 2005, n. 80, ha introdotto un sesto comma dell'art. 669 octies, che abroga, a partire dal 1° marzo 2006, limitatamente alle misure cautelari anticipatorie, quale quella in esame, l'onere, contenuto nei primi due commi dello stesso art. 669/8, di iniziare l'azione di merito entro un termine perentorio, pena la perdita di efficacia del provvedimento cautelare, ed abroga corrispondentemente il primo comma dell'art. 669/9, per il quale il mancato inizio dell'azione di merito comportava appunto l'inefficacia del provvedimento cautelare. Tale radicale innovazione raccoglie i suggerimenti della dottrina, per

A34

evidenti intenti deflattivi, e si sostanzia nel rendere facoltativo l'inizio del giudizio di merito per le misure cautelari anticipatorie ("idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito"); essa comporta la stabilizzazione dell'efficacia del provvedimento cautelare, non seguito dalla fase di merito.

Tale innovazione, che avvicina il procedimento cautelare ad uno a cognizione piena eventuale e successiva, attenua il suo carattere strumentale necessario rispetto al giudizio di merito, e depotenzia così l'argomento tratto dalla mancata previsione nell'art. 44 in esame di una norma sul passaggio alla fase di merito.

Gli argomenti testuali riferiti vanno inseriti nel quadro ordinamentale che esige, come sottolineato con forza dalla dottrina, che qualsiasi diritto, anche se oggetto di tutela sommaria o cautelare, possa poi formare, su iniziativa, non più obbligatoria, della parte, oggetto di cognizione piena da parte di un giudice; e sottolinea altresì l'esigenza di una concentrazione e semplificazione, e non dispersione o proliferazione, dei modelli processuali di tutela.

Una volta acquisito il carattere cautelare del procedimento in esame, scatta l'applicazione dell'art. 669/14, secondo cui le norme sul procedimento cautelare uniforme si applicano, in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dalle leggi speciali. Trovava così

AM

applicazione diretta (non analogica), al tempo dei fatti, l'art. 669/8, 1° comma, che imponeva al giudice di fissare, con l'ordinanza di accoglimento del ricorso cautelare, un termine perentorio per l'inizio della causa di merito, ed il 2° comma, per cui in difetto di fissazione del termine la causa di merito doveva essere iniziata nel termine perentorio di sessanta giorni.

Alla luce di tale conclusione possono essere risolti altri elementi testuali problematici o contraddittori, quali la mancanza di un rinvio all'art. 669/8, sull'inizio della fase di merito, che come abbiamo visto non costituisce più elemento caratterizzante del procedimento cautelare, o la qualificazione, contenuta nel comma 10, come sentenza del provvedimento che decide sul ricorso collettivo, in contrasto con la qualificazione del comma 5 come ordinanza. Quanto alla previsione dell'art. 7, si deve notare, da una parte, sul (problematico) piano lessicale, che la espressione "decisione che definisce il giudizio" è identica a quella usata dall'art. 279 c.p.c. per definire la conclusione del giudizio di merito; dall'altra, che tale previsione acquista significato solo se intesa come facoltà aggiuntiva del giudice cautelare di condannare la parte al risarcimento del danno patrimoniale, biologico e morale, così ottenendosi un rafforzamento ed anticipazione della tutela antidiscriminatoria, secondo l'intenzione del

284

legislatore. La previsione del comma 7 sarebbe viceversa pleonastica se riferita alla sentenza che definisce il giudizio di merito, cui già appartiene tale potere.

Costituendo il decreto della Corte d' Appello ex art. 44 in esame, sia secondo la disciplina del tempo, sia secondo quella attuale, provvedimento sottoponibile a verifica in sede di merito, la relativa fattispecie differisce dagli altri provvedimenti camerale per i quali questa Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. (ad es. decreto, pronunciato in camera di consiglio ai sensi degli artt. 739-742 bis cod. proc. civ., con il quale la Corte d'appello decide in ordine alla domanda di autorizzazione ad entrare o a permanere temporaneamente sul territorio nazionale, proposta, in deroga alle disposizioni generali sull'immigrazione, dal cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico di un familiare minorenni, ai sensi dell'art.31, comma terzo, del d.lgs. n. 286 del 1998, qui in esame (Cass. Sez. I. 11 gennaio 2006 n. 396; Cass. Sez. un. 16 ottobre 2006 n. 22216; Cass. 15 gennaio 2007 n. 747); il decreto della corte d'appello emanato in sede di reclamo, in camera di consiglio, avverso il provvedimento di radiazione dal ruolo nazionale dei periti assicurativi (Cass. Sez. un. 6 febbraio 2006 n. 2447); il provvedimento di liquidazione di onorari di avvocato, il

184

quale, ai sensi degli artt. 29 e 30 della legge 13 giugno 1942, n. 794, è emesso a seguito di procedimento in camera di consiglio, con ordinanza non impugnabile (*ex plurimis* Cass. 7 febbraio 2007 n. 2623; Cass. 11 maggio 2006 n. 10939); il provvedimento del giudice che abbia deciso sull'opposizione proposta dal custode contro il decreto di liquidazione delle spese emesso dal magistrato che procede al giudizio nell'ambito del quale è stato disposto il sequestro (Cass. Sez. un. 13 luglio 2005 n. 14696); nonché (non senza contrasti), il decreto pronunciato dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale in materia di modifica delle condizioni della separazione dei coniugi concernenti il mantenimento dei figli (Cass. 4 febbraio 2005 n. 2348; Cass. 30 dicembre 2004 n. 24265).

Si deve a questo punto esaminare la questione se la mancanza, nel procedimento cautelare, del passaggio obbligatorio alla fase di merito, e la conseguente stabilizzazione dell'efficacia del provvedimento cautelare anticipatorio, non renda ammissibile il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. o il regolamento preventivo di giurisdizione.

La questione è stata esaminata di recente da queste Sezioni Unite con riferimento alla previsione dell'art. 669/8, sesto comma, c.p.c., sopra riferita. La Corte (Cass. Sez.

un. 28 dicembre 2007 n. 27187), è pervenuta a conclusione negativa sul rilievo che la novella affida ora alla facoltà di ciascuna parte di iniziare la causa di merito, attenuando così, ma non eliminando, il carattere strumentale del provvedimento cautelare.

Si deve conclusivamente formulare il seguente principio di diritto: "Il procedimento previsto dall'art. 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) costituisce un procedimento cautelare, cui si applicano, in forza dell'art. 669/14 c.p.c., le norme sul procedimento cautelare uniforme previsto dal libro IV, titolo I, capo III, c.p.c. in quanto compatibili; in particolare si applica l'art. 669/8 sull'inizio della fase di merito. Ne deriva che, non essendo l'ordinanza resa su ricorso o il decreto della Corte d' Appello resa su reclamo provvedimento definitivo con carattere decisorio, è inammissibile contro di essa il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost., né questo può essere convertito in regolamento preventivo di giurisdizione".

ASU

Si deve pertanto dichiarare il ricorso inammissibile. Le spese del presente giudizio sono compensate.

p.q.m.

dichiara il ricorso inammissibile. Compensa le spese del

presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle
Sezioni Unite Civili il 18 dicembre 2007.

Il Presidente *Mancini*

Il Consigliere estensore *Aldo De Maffei*

IL CANCELLIERE
Giovanni Gambiotta

Depositata in Cancelleria
7 MAR. 2008



oggi,
IL CANCELLIERE
Giovanni Gambiotta

SU\azione ex art. 44 98-286-natura cautelare
RG 6295/2006