

## Cassazione: è discriminatorio riservare ai soli cittadini italiani il bando per diventare assistenti giudiziari

*di F. Meiffret - 17 giugno 2025*

Rientra nell'ipotesi di discriminazione collettiva riservare ai soli cittadini italiani l'accesso al concorso per diventare assistenti giudiziari. Tale posizione lavorativa non comporta una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di un pubblico potere, motivo per cui non può applicarsi la cd riserva di nazionalità prevista dall'art. 38 d.lgs. 165/2001.

È questo il principio stabilito dalla Suprema Corte nella sentenza n 8674 del 1° aprile 2025 che conferma la decisione della Sezione Lavoro dalla Corte d'appello di Firenze del 4 luglio 2019 n. 572.

Oltre alla discriminatorietà del bando del Ministero della Giustizia che aveva limitato la possibilità di partecipare al concorso ai soli cittadini italiani gli Ermellini ritengono conforme al diritto altri due punti della sentenza di II grado: la legittimazione attiva dell'associazione che aveva presentato ricorso ai fini di tutela antidiscriminatoria collettiva per ragioni di nazionalità ed il riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale liquidato in via equitativa.

Una cittadina albanese ed un'associazione che si occupa di contrastare le discriminazioni avevano presentato ricorso ex artt. 44 d.lgs. 298/96, 28 d.lgs. 150/2011 ed art. 702 bis c.p.c. avverso il bando del ministero della Giustizia per l'assunzione di 800 assistenti giudiziari poiché riservato ai soli cittadini italiani.

Contestualmente alla fase di merito avevano attivato un procedimento d'urgenza ex art. 700 cpc. Nel giudizio cautelare il Tribunale di Firenze, con ordinanza pronunciata il 27 maggio 2017, aveva riconosciuto la richiesta della cittadina albanese a partecipare con riserva al concorso e la legittimazione attiva dell'associazione. Nel reclamo, invece, il tribunale in formazione collegiale, con ordinanza pronunciata il 21 giugno 2017, aveva negato la legittimazione dell'associazione ritenendo che l'azione collettiva fosse esperibile solo nell'ipotesi di discriminazione per razza o origine etnica, ma non per nazionalità, il tutto come espressamente stabilito dall'art. 5 comma 3 del d.lgs. 215/2001.

La decisione cautelare per quanto riguarda la legittimazione dell'associazione non veniva confermata nel giudizio di merito.

In via preliminare il Giudice riteneva ammissibile l'azione collettiva presentata dall'associazione per contrastare una discriminazione basata sulla nazionalità sulla base di un precedente della Suprema Corte (Cass. Civ., sez. lav., sent, 08 maggio 2017, n.11165). Gli Ermellini, nell'arresto appena richiamato, avevano, infatti, evidenziato come l'art. 2 del d.lgs. 215/2023 richiamasse il contenuto dell'art. 43 commi 1 e 2 del d.lgs. 286/1998 all'interno del quale tra le ipotesi di discriminazione viene espressamente richiamata quella per nazionalità.

Sulla base di tale esegesi normativa, volta ad estendere la tutela collettiva a diverse forme di discriminazione, ha ritenuto la sussistenza della legittimazione attiva dell'associazione.

Nel merito il giudice di I grado motivava l'accoglimento del ricorso applicando l'art. 38 comma 1 e comma 3 bis del d.lgs. 165/2001 che prevede che ai concorsi pubblici possano parteciparvi i cittadini degli stati membri dell'unione europea ed extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno di lungo periodo o che siano titolari dello status di rifugiato ovvero dello status di protezione umanitaria.

In base all'art. 38, così come novellato con la l. n. 97 del 2013, l'unica ipotesi in cui sussiste la riserva di nazionalità riguarda concorsi pubblici per posti di lavoro che comportano l'esercizio diretto o indiretto dei pubblici poteri o attengono alla tutela dell'interesse nazionale. Ma i compiti dell'assistente giudiziario, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, esulano dall'esercizio diretto o indiretto dal potere decisionale che rimangono di esclusiva competenza del magistrato al quale l'assistente è assegnato.

Per questi motivi accertava la legittimazione dell'associazione e la discriminatorietà del bando predisposto dal ministero condannandolo al pagamento del risarcimento non patrimoniale in favore della prima liquidandolo in via equitativa. Nella sentenza il danno veniva qualificato come "danno comunitario", quindi presunto e con scopo sanzionatorio. Motivo per cui il danno deve rispondere ai principi di deterrenza, proporzionalità e adeguatezza.

In ultimo dichiarava inammissibile il ricorso della cittadina albanese per sopravvenuta carenza d'interesse atteso che era stata esclusa dalle selezioni alle quali era stata ammessa con riserva.

Come già anticipato la sentenza veniva confermata in appello.

Avverso la sentenza della corte d'appello, il Ministero della Giustizia presenta ricorso in Cassazione riproponendo le difese rassegnate nei due gradi di giudizio di merito.

Contesta con il primo motivo la violazione e falsa applicazione degli artt. 1,2,3,4 e 5 del d.lgs. 215/2003 e 43 d.lgs. n. 286/1998. Eccepisce, quindi, nuovamente il difetto di legittimazione attiva dell'associazione sul presupposto che le norme richiamate, come ritenuto dal Tribunale di Firenze nel reclamo della fase cautelare, escludano la possibilità per le associazioni di contrastare presunte discriminazioni basate sulla nazionalità.

La Suprema Corte respinge tale eccezione evidenziando come sia ormai consolidato al suo interno l'orientamento che sancisce la possibilità per le associazioni e gli enti che rispettano i requisiti di cui all'art. 5 del d. lgs 215 del 2003 di agire per reprimere discriminazioni collettive fondate sulla nazionalità, ipotesi possibile non solo per ragioni di giustizia sostanziale, ma anche attraverso una lettura sinottica degli artt. 2 e 4 del d. lgs 215 del 2003 e 43 del d. lgs 286 del 1998 (cfr. *ex plurimis* Cass Civ., sez. lav. sent. 16 agosto 2023, n. 24686).

L'Impossibilità di agire per le associazioni iscritte al registro di cui all'art. 5 del d. lgs 23/2015 contro discriminazioni collettive basate sulla nazionalità, osserva la Suprema Corte, presenterebbe profili d'incostituzionalità ex artt. 3 e 24 Cost. Sarebbe, inoltre, irragionevole che la discriminazione per nazionalità sia contrastata con una forma di tutela collettiva da parte delle associazioni sindacali in ambito lavorativo in base all'art. 44 comma 10 del d. lgs 286/1998, ma non in altri contesti.

La Suprema Corte prosegue nella motivazione ricordando come non sia necessario che sia individuato un soggetto effettivamente discriminato. Quello che rileva è la potenziale di-

scriminatorietà dell'atto o della condotta. Sul punto richiama la sentenza della Grand Chambre della Corte di Giustizia del 23 aprile 2020 C.507/2018, il cd caso Taormina, nella quale si stabilisce la possibilità che associazioni siano legittimate ad agire anche qualora un soggetto leso non sia stato effettivamente individuato. Quel che è stato rilevato dalla Corte di Giustizia è la possibilità che sussista “una discriminazione da scoraggiamento”. In altri termini è possibile che alcuni soggetti non individuabili abbiano rinunciato ad esercitare un proprio diritto proprio a causa di un comportamento o di una norma di carattere discriminatorio. Questo principio era già stato espresso in una precedente pronuncia della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia CE, Sez. 2, 10 luglio 2008, C 54/07, sentenza Feyrin). Nel caso richiamato i giudici di Lussemburgo avevano statuito che le dichiarazioni pubbliche di un datore di lavoro sulla sua intenzione di non assumere immigrati costituissero una discriminazione anche in assenza di una vittima identificabile.

Nel merito il Ministero censura la violazione degli artt. 38 d.lgs. 165/2001, 1 comma 1, lett. D d.p.c.m. n. 174/1994, 45 TFUE poiché erroneamente la Corte D'appello aveva ritenuto che le mansioni svolte dagli assistenti giudiziari non comportassero esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri.

Il Ministero ritiene che detto presupposto sia errato poiché alcuni atti predisposti dagli assistenti giudiziari fanno fede sino a querela di falso. La pubblica fede comporta l'esercizio diretto di pubblici poteri.

Inoltre, con l'esaurimento della figura professionale del cancelliere l'assistente diventa l'unico profilo professionale affiancato al magistrato ed incaricato a svolgere funzioni complementari di quest'ultimo.

In ultimo secondo il Ministero la clausola di riserva di nazionalità prevista dall'art. 38 d.lgs. 165/2001 è attivabile anche nell'ipotesi in cui sussista un esercizio indiretto dei pubblici.

Anche questo motivo viene respinto la Suprema Corte con la conferma della sentenza della Corte d'appello.

Nel motivare la propria decisione gli Ermellini effettuano una digressione che analizza sia la normativa comunitaria che interna riguardante la cd “riserva di nazionalità” nei concorsi pubblici.

A livello comunitario attualmente la riserva di nazionalità è regolata dall'art. 45 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Tale norma stabilisce in via generale la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'unione con la conseguenza che è abolita qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità tra i lavoratori degli stati membri per quanto riguarda l'accesso, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. Tuttavia, il medesimo art. 45 TFUE esclude dal proprio campo di applicazione il pubblico impiego.

Ma l'eccezione alla libera circolazione dei lavoratori ed al principio di non discriminazione è stata oggetto di numerose pronunce della Corte di Giustizia che ne hanno delimitato l'ambito di applicazione.

L'orientamento ormai consolidatosi a livello di giurisprudenza comunitaria è che l'accesso ai concorsi pubblici possa essere legittimamente riservato ai soli cittadini dello Stato membro esclusivamente per posti di lavoro che comportino l'esercizio diretto, specifico e prevalente

di pubblici poteri volti alla tutela dell'interesse nazionale (in tal senso: CGUE, sent. 26 maggio 1982 in causa C-149/79 – *Commissione c/ Regno del Belgio*; *id.*, sentenza 27 novembre 1991 in causa C-4/91 – *Bleis c/ Ministère de l'Éducation Nationale*; *id.*, sentenza 2 luglio 1996 in causa C-290/94 – *Commissione c/ Repubblica Ellenica*).

Proprio il criterio della prevalenza e dell'abitudine dell'esercizio dei pubblici poteri ha comportato che la riserva di nazionalità non possa essere applicata sul presupposto del cd "criterio del contagio," nel senso che è sufficiente che il lavoratore eserciti in via marginale ed occasionale poteri di matrice pubblicistica

Quanto appena richiamato è stato ad esempio stabilito dalla Corte di Giustizia europea nella sentenza 10 settembre 2014 nella causa C-270/13 – *Iraklis Haralambidis*. La questione affrontata dai giudici comunitari era se fosse conforme al diritto europeo l'applicazione della clausola di riserva di nazionalità per l'incarico di Presidente di un'autorità portuale.

La Corte di Giustizia, pur non negando che talune delle funzioni demandate *ex lege* al Presidente di un'Autorità portuale italiana, comportino l'adozione di provvedimenti di carattere coattivo finalizzati alla tutela degli interessi generali dello Stato (e che quindi rientrino – a rigore – nell'area di possibile esenzione propria della c.d. 'riserva di nazionalità'), ha nondimeno escluso che tale circostanza legittimi *ex se* l'attivazione di tale riserva. Infatti "*il ricorso a tale deroga non può essere giustificato dal solo fatto che il diritto nazionale attribuisca poteri d'imperio (...). È necessario pure che tali poteri siano effettivamente esercitati in modo abituale da detto titolare e non rappresentino una parte molto ridotta delle sue attività*".

Come evidenziato nella sentenza in commento, l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia della riserva della nazionalità esclude la sua applicazione per il concorso finalizzato ad assumere assistenti giudiziari.

Infatti, la Suprema Corte conferma le motivazioni della sentenza della Corte D'appello di Firenze che sul punto aveva evidenziato come l'assistente giudiziario non svolgesse compiti che comportassero poteri di coercizione e d'imperio nei confronti di terzi.

Dalla disamina, infatti, delle mansioni del contratto collettivo del personale non dirigenziale del Ministero della Giustizia effettuato dai Giudici della Corte risultava come tale figura professionale si occupasse solo di assistere il magistrato senza alcun potere discrezionale o esercizio diretto o indiretto di quello decisivo.

Oltre al quadro normativo comunitario la Suprema Corte analizza anche quello domestico riguardante la c.d. riserva di nazionalità.

L'art. 38 del d.lgs 165/2001 prevede l'emanazione di un regolamento che individui quali mansioni comportino esercizio diretto o indiretto dei pubblici poteri e per i quali è, quindi, giustificata la clausola di riserva della nazionalità.

Poiché nessun regolamento è stato mai emanato, in maniera molto opinabile alla luce della normativa comunitaria ed al contenuto dello stesso art. 38, molti bandi pubblici si richiamano al d.p.c.m. 174/1994 per l'applicazione della clausola di riserva di nazionalità. Detto decreto non analizza nel merito la sussistenza di un potere pubblico in capo ad una determinata

posizione lavorativa, ma opta per una sorta di presunzione di esercizio di potere pubblico per interi settori della pubblica amministrazione o categorie di lavoratori.

Infatti, l'art.1 del richiamato d.p.c.m. precisa che il necessario possesso della cittadinanza italiana costituisce una condizione necessaria per essere impiegato, ad esempio. presso il ministero della Giustizia.

Alla luce di quanto sopra ricostruito risulta di palmare evidenza come la doglianza in merito alla violazione dell'art. 1 del d.p.c.m 174/1994 poiché il suo contenuto è in contrasto con i principi comunitari.

La disapplicazione dell'art.1 del d.p.c.m 174/1994 in quanto non conforme al contenuto dell'art. 45 TFUE era già stata dichiarata dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 25 giugno 2018.

Il Consiglio di Stato era stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del bando di concorso per diventare direttore del museo del Palazzo ducale di Mantova in quanto prevedeva la riserva di nazionalità.

Anche in questo caso il Consiglio di Stato, uniformandosi ai principi comunitari, aveva disapplicato in quanto in contrasto con il paragrafo 4 dell'art. 45 TFUE, gli artt. 1, comma 1, lett. a), d.p.c.m 174/1994 e 2, comma 1, d.p.r. 487/1994, in forza del fatto che le disposizioni in questione impediscono in modo assoluto la possibilità di attribuire posti di livello dirigenziale nelle amministrazioni dello Stato a cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea sulla presunzione che tutti i ruoli dirigenziali nella pubblica amministrazione comportino esercizio diretto e prevalente di pubblici poteri.

In conclusione, anche se la sentenza non si sofferma sul punto, occorre analizzare se l'art 38 del d.lgs. 165/2001 sia completamente conforme alla normativa comunitaria in particolar modo all'art 45 TFUE così come interpretato dalla Corte Giustizia.

Infatti, le sentenze della Corte di Giustizia dell'UE hanno efficacia vincolante, diretta e prevalente sull'ordinamento nazionale, così come confermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza, n.170 del 08 giugno 1984. Sulla base di quanto stabilito dal Giudice delle leggi hanno *“valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità”* (Cfr ex plurimis Corte di Cass ord 4 dicembre 2023 n. 33713).

È stato evidenziato come la giurisprudenza comunitaria abbia inteso restringere la cd clausola di riserva di nazionalità prevista dall'art. 38 del d.lgs. 165/2001 alle sole ipotesi di posti di lavoro in cui vi sia un esercizio diretto, specifico e prevalente di pubblici poteri volti alla tutela dell'interesse nazionale.

Orbene è evidente che laddove l'art 38 preveda la possibilità d'invocare in un concorso pubblico la riserva di nazionalità anche nell'ipotesi di esercizio indiretto del potere pubblico si sia al cospetto di un caso di restringimento della libera circolazione dei lavoratori in contrasto con l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia.

Per questo motivo anche se fosse stata accolta la tesi del ministero, volta a sostenere che gli assistenti giudiziari esercitino in maniera indiretta il potere giudiziario, a parere di chi scrive

la Suprema Corte avrebbe dovuto dichiarare comunque discriminatorio il bando perché in contrasto con l'interpretazione restrittiva della "clausola di riserva di nazionalità" fornita dalla giurisprudenza comunitaria.

Francesco Meiffret, dottore di ricerca e avvocato in Sanremo

Visualizza il documento: [Cass., 1° aprile 2025, n. 8674](#)