

**ORDINANZA N. 3670 DEL 15/02/2011- CORTE DI CASSAZIONE**

... *omissis*

Premesso in fatto

Il Comune di Brescia, con Delibera giunta 21 novembre 2008, istituì un contributo di mille Euro per ogni nato (c.d. "bonus bebè"), con l'espressa finalità di far fronte al problema della bassa natalità nelle famiglie cittadine meno abbienti, ponendo pertanto le condizioni, oltre a quelle dei limiti di reddito, che almeno un genitore fosse cittadino italiano e residente da non meno di due anni nel comune.

A seguito di tale provvedimento proposero ricorso al locale tribunale, ai sensi del D.Lgs. n. 286 del 1998, articolo 44 (c.d. "T.U. sull'immigrazione") e D.Lgs. n. 215 del 2003, articolo 4 (c.d. "legge sulla parità di trattamento tra persone di diversa razza e origine etnica"), gli immigrati H.A., N.S., W.M.P.G. e H.A., nonché l'ASGI- Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, lamentandone la natura discriminatoria nei confronti di quei genitori in possesso, come gli istanti, di tutti gli altri requisiti per la concessione del beneficio, ad eccezione di quello della cittadinanza.

Il ricorso venne accolto dal giudice adito, con ordinanza cautelare del 26.1.09, poi confermata dal collegio in sede di reclamo, facendosi obbligo al resistente comune di rimuovere il trattamento discriminatorio, riconoscendo il contributo anche ai genitori stranieri, ove in possesso degli altri requisiti.

Con successiva Delibera giunta 30 gennaio 2009 il Comune di Brescia, preso atto del provvedimento giudiziale e considerato che "l'estensione del beneficio...risulterebbe in contrasto con la finalità prioritaria di sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana...", dispose la revoca del contributo per tutte le famiglie, sia italiane, sia straniere.

Denunciandone la natura ritorsiva, ai sensi del D.Lgs. n. 215 del 2003, articolo 4 bis, l'ASGI, l'H. e gli altri istanti adirono ancora il tribunale per la rimozione del nuovo provvedimento, richiesta che venne accolta con ordinanza del 12.3.09, confermata in sede di reclamo, disponendosi la cessazione della condotta discriminatoria, mediante il ripristino delle condizioni di cui all'originaria delibera, eccetto quella della cittadinanza.

A seguito di tale decisione il Comune di Brescia, con citazione del 26/30.6.09, convenne l'ASGI, l'H. e gli altri innanzi al Tribunale di Brescia, instaurando ex articolo 669 octies c.p.c., il giudizio di merito, al fine precipuo di far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e revocarsi l'ordinanza cautelare del 12.3.09, tenuto conto della natura amministrativa e discrezionale del provvedimento impugnato dalle controparti, e, nel corso del conseguente giudizio, nel quale i convenuti si erano costituiti ribadendo le proprie precedenti posizioni, con ricorso dell'8.9.10 ha chiesto il regolamento preventivo di giurisdizione.

Hanno resistito, con comune controricorso, gli intimati. Sono state infine

depositate memorie da ambo le parti.

Considerato in diritto

1. Va preliminarmente disattesa l'eccezione d'inammissibilità del regolamento, essendo stato questo proposto in presenza delle condizioni previste dall'articolo 41 c.p.c..

Prevedendo l'articolo 44 del T.U. sull'immigrazione (D.Lgs. n. 286 del 1998) un procedimento di natura cautelare, cui si applicano, in forza dell'articolo 669 quaterdecies c.p.c., ed in quanto compatibili, le norme sul procedimento cautelare uniforme regolato dal capo 3 tit. 1 libro 4 c.p.c., tra cui in particolare l'articolo 669 octies sul facoltativo inizio della fase di merito (v. Cass. S.U. 6172/07), va rilevato che nel caso di specie non è stata emessa dal tribunale bresciano alcuna decisione di merito. Tale, infatti, non può considerarsi l'ordinanza emessa a seguito del ricorso D.Lgs. n. 215 del 2003, ex articolo 4 bis (aggiunto dalla Legge di Conversione n. 101 del 2008, articolo 8 sexies, del D.L. n. 59 dello stesso anno, che ha esteso agli atti di "reazione" la tutela di cui all'articolo 4, a sua volta richiamante al comma 1 le disposizioni di rito di cui all'articolo 44 sopra citato), né quella confermativa a seguito del reclamo ex articolo 669 terdecies c.p.c., trattandosi di provvedimenti di esclusiva natura cautelare che, in quanto emessi ante causarti ed essenzialmente finalizzati ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione di merito, sono privi, anche nell'attuale contesto normativo prevedente la facoltativi del successivo giudizio di merito, del carattere di stabilità e dell'attitudine ad assumere efficacia di giudicato (v. Cass., S.U. n. 27187/07) e, pertanto, non precludono la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, che nella specie è avvenuta nel corso della successiva e non definita fase, instaurata dal Comune di Brescia al precipuo fine di far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, in ordine alla pretese fatte valere dalle controparti.

2. I motivi del ricorso possono riassumersi nei seguenti termini:

1) deducendo, anzitutto, "violazione e falsa applicazione della L. 20 marzo 1865, n. 2248, articolo 4, all. E", in cui sarebbero incorsi i giudici del tribunale bresciano nei provvedimenti emessi in fase cautelarsi sostiene che la domanda, essendo diretta alla caducazione del provvedimento amministrativo, denunciato quale "ritorsivo", di revoca del beneficio, in ordine al quale gli istanti sarebbero portatori soltanto di interessi legittimi, sarebbe stata in realtà mirata ad ottenere la sostituzione del giudice ordinario a quello amministrativo;

2) ribadita la suddetta natura della posizione soggettiva, asseritamente lesa, dal provvedimento impugnato assume che una lettura, costituzionalmente orientata del complesso delle disposizioni speciali in questione (D.Lgs. n. 286 del 1998, articolo 44, D.Lgs. n. 215 del 2003, articoli 4 e 4 bis), condurrebbe, in assenza della previsione di una giurisdizione esclusiva ed in considerazione del preminente sistema di riparto dettato dagli articoli 103 e 113 Cost., ad attribuire la controversia alla cognizione del giudice amministrativo; in subordine si eccipe l'illegittimità costituzionale, sotto i suesposti profili, delle citate disposizioni;

3) si nega, poi, che la delibera di revoca abbia in concreto violato il diritto soggettivo dei cittadini stranieri a non essere discriminati, essendosi trattato di una scelta discrezionale, attuativa del precedente provvedimento giurisdizionale antidiscriminatorio, che, tenuto conto dell'impossibilità, per limiti di bilancio, di far fronte a tutte le prevedibili richieste del contribuente, avrebbe optato per la revoca generalizzata del beneficio;

4) sicché il provvedimento, avendo ripristinato, nel legittimo esercizio L. n. 241 del 1990, ex articolo 21 quinquies, del potere di autotutela della P.A., la parità di trattamento tra cittadini e stranieri, non avrebbe potuto essere considerato ritorsivo e, pertanto sottratto alla cognizione del giudice amministrativo, peraltro e significativamente anche adito, nelle more, dalla ricorrente ASGI.

3. I controricorrenti oppongono le seguenti essenziali argomentazioni:

a) il dato normativo (combinato disposto del D.Lgs. n. 215 del 2003, articoli 4 e 4 bis e D.Lgs. n. 286 del 1998, articolo 44), espressamente prevedente una "azione civile contro la discriminazione", a tutela del diritto soggettivo, di rango costituzionale, non tollerante limitazioni;

b) la natura di atti adottati in carenza di potere, di quelli compiuti dalla P.A. in violazione del diritto a non essere discriminati o in ritorsione, con conseguente attribuzione della giurisdizione al g.o.;

c) costituendo la parità di trattamento un parametro che la P.A. è tenuta ad osservare nell'esercizio sia di potestà discrezionali, sia di attività vincolate, la rimozione della situazione di disparità, imposta dal giudice con il primo provvedimento, non avrebbe potuto dar luogo ad arretramento delle situazioni soggettive in questione, dovendo essere invece ripristinata con le modalità indicate nel secondo;

d) la natura assistenziale delle prestazioni avrebbe, comunque, comportato ex articolo 442 c.p.c., la giurisdizione del g.o., in funzione del giudice del lavoro;

e) l'intrinseca contraddittorietà della tesi del ricorrente, non potendo un diritto soggettivo già riconosciuto giudizialmente, degradare ad interesse legittimo;

f) l'impossibilità di attribuire la cognizione piena sull'azione antidiscriminatoria ad un giudice diverso da quello, per legge, espressamente previsto per la fase cautelare.

4. Tanto premesso, ritiene la Corte che il ricorso sia privo di fondamento, la chiarezza del dato normativo non consente dubbi in ordine all'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione, in ordine alla tutela contro gli atti ed i comportamenti, ritenuti lesivi del principio di parità, che il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215 (di "attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica"), all'articolo 3 riconosce "senza distinzione di razza e di origine etnica... a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato", con riferimento, tra l'altro anche alle "prestazioni sociali" (v. sub g), rinviando, con il successivo articolo 4, per la relativa tutela giurisdizionale, alle forme

previste dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, articolo 44, commi 1, 6 e 8 ed articolo 11 (T.U. delle "disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), vale dire ad un procedimento di tipo cautelare, già attribuito alla cognizione del Pretore (oggi sostituita da quella del Tribunale), a conclusione del quale il giudice adotta un'ordinanza, di accoglimento o rigetto della domanda (che, come previsto dall'articolo 44, comma 8 cit. T.U., può contenere anche statuizioni risarcitorie), avverso il quale è dato reclamo al collegio. La suddetta tutela giurisdizionale è stata poi estesa, dall'articolo 4. Raggiunto al D.Lgs. n. 215 del 2008, dalla n. 101 del 2008, articolo 8 sexies di conversione con modifiche del D.L. n. 59 del 2008 (recanti disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europee), ai "casi di comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento".

Tali previsioni normative, imposte dalla natura delle situazioni soggettive tutelate veri e propri diritti assoluti, derivanti dal fondamentale principio costituzionale (articolo 3 Cost.) di parità e dalle analoghe norme sovranazionali, in attuazione delle quali il legislatore italiano le ha adottate, comportano che anche nella successiva fase cognitiva di merito la giurisdizione non possa che spettare a quello stesso giudice, quello ordinario, cui è stata demandata la tutela provvisoria ed urgente delle suddette situazioni soggettive; tanto in considerazione della strumentalità dei menzionati provvedimenti rispetto a quelli definitivi, cui effetti, non diversamente dalla funzione cui assolvono quelli in via generale previsti dall'articolo 669 bis c.p.c., e segg. (al cui modulo processuale risultano conformati: v. Cass. S.U. n. 6172/08), sono finalizzati ad assicurare interinalmente o ad anticipare gli effetti della

definitiva decisione, antidiscriminatoria o antiritorsiva.

Improprio, pertanto, per la palese anomalia sistematica che implicherebbe, si palesa la tesi secondo cui il giudizio di merito, di cui all'articolo 669 octies c.p.c., pur essendo stato preceduto da quello cautelare svolto davanti al G.O., in ragione della natura dei provvedimenti in concreto richiesti ed assunti in tale fase, avrebbe dovuto essere instaurato o, comunque, proseguire nella diversa sede giurisdizionale amministrativa.

Premessa, dunque, l'esistenza nel vigente ordinamento nazionale di chiare ed inequivoche disposizioni legislative, attribuenti al giudice ordinario la potestas iudicandi in relazione alle denunce di atti discriminatori o ritorsivi astrattamente riconducibili al novero di quelli previsti dalle norme in precedenza citate e delle conseguenti richieste di provvedimenti atti a rimuoverlo, risulta agevole affermare che sarà sempre e soltanto quel giudice, in virtù di una incontestabile scelta normativa, coerente alla natura delle situazioni tutelate, a dover conoscere se, in concreto, i comportamenti denunciati integrino gli estremi dell'ingiustificata discriminazione o dell'illegittima reazione diurni all'articolo 4 bis in precedenza citato (e nella specie, da ultimo, invocato dagli odierai resistenti) e a dover adottare i conseguenti provvedimenti idonei a

rimuoverne gli effetti nei confronti di chi li abbia posti in essere, incontrando tuttavia, nell'ipotesi in cui sia stato un soggetto pubblico ad adottarli, i consueti limiti esterni che, nel vigente ordinamento, connotano il riparto di attribuzioni tra autorità giudiziaria ordinaria e pubblica amministrazione.

5. Giova ancora precisare che, nella presente sede di regolamento ex articolo 41 c.p.c. (costituente un giudizio non impugnatorio) non vi è spazio per censure (come quelle che, sostanzialmente, vengono mosse nelle menzionate ragioni del ricorso) avverso i provvedimenti cautelari (in particolare il secondo) emessi dal tribunale bresciano, spettando a questa Corte soltanto il compito di designare il giudice deputato a conoscere della causa di merito, instaurata ex articolo 669 octies c.p.c., dal Comune di Brescia a seguito della seconda ordinanza D.Lgs. n. 215 del 2003, ex articolo 4 bis, confermata dal collegio; sicché le prospettate violazioni da parte del suddetto giudice ordinario dei limiti, cognitivi e dispositivi, previsti dalle fondamentali e tuttora vigenti norme di cui alla L. 20 marzo 1865, n. 2248, articoli 4 e 5, all. E, e le connesse lamentate interferenze nel potere di autotutela della P.A. concretano doglianze irrilevanti ai fini della pronuncia regolatrice, che queste sezioni unite sono chiamate ad emettere.

Dette censure potrebbero assumere rilievo, se del caso, soltanto ai fini di una eventuale e successiva denuncia in sede di impugnazione, di vizi di legittimità eventualmente inficianti la decisione di merito, nell'ipotesi in cui quel giudice non si fosse limitato a disapplicare (così attenendosi alla mera cognizione incidenter tantum consentita dalle sopra citate norme) i provvedimenti amministrativi adottati dall'ente odierno ricorrente, ai fini dell'accertamento della spettanza del beneficio economico preteso dagli istanti, sconfinando invece, mediante l'adozione di statuizioni di più ampia portata, nell'ambito delle attribuzioni riservate alla P.A..

6. Una volta chiariti i limiti dei poteri spettanti, nella presente vicenda, al Tribunale di Brescia, che nel l'instaurato e pendente giudizio di merito è chiamato a stabilire ai fini della conferma, revoca o modifica del provvedimento cautelare, se, nonostante la revoca generalizzata dell'originaria delibera di giunta istitutrice del contributo assistenziale, lo stesso tuttora spetti all' H. ed agli altri richiedenti non cittadini italiani, e non anche a ripristinarlo con effetti erga omnes, agevole si presenta il superamento, per manifesta infondatezza, dei rilievi d'incostituzionalità, in via subordinata formulati dal ricorrente ente territoriale.

Al riguardo è sufficiente osservare come le norme censurate, finalizzate ad assicurare la tutela giurisdizionale non di interessi legittimi, bensì di diritti individuali di rilievo costituzionale e sovranazionale (quelli a non essere discriminati per ragioni etniche o simili e a non subire comportamenti ritorsivi, in reazione alla tutela antidiscriminatoria eventualmente conseguita), e, pertanto, rispondenti ad una scelta non solo incensurabile, ma addirittura imposta al legislatore da obblighi comunitari (in particolare dall'articolo 3 della Direttiva 2000/43/CE), autorizzando il G.O. alla rimozione degli effetti degli atti lesivi di tali diritti nei confronti dei relativi soggetti passivi, non risultano attributive di impropri poteri di "annullamento" o "revoca", quando le relative violazioni siano state poste in essere da soggetti pubblici non

operanti privatorum iure.

Dovendo, infatti, il giudice limitarsi a decidere la controversia, relativa alla spettanza delle prestazioni assistenziali in questione, valutando il provvedimento comunale denunciato, eventualmente disattendendolo, tamquam non esset, ove confermato lesivo del principio di non discriminazione ed integrante gli estremi dell'illegitima reazione, così dunque non interferendo nelle potestà della P.A., se non nei consueti e fisiologici limiti ordinamentali, della disapplicazione incidentale ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi, le norme in questione risultano del tutto compatibili con l'attuale assetto costituzionale, improntato al principio della separazione dei poteri e del conseguente riparto di giurisdizione, in particolare con gli articoli 97, 103 e 113 Cost..

7. Va conclusivamente dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario, davanti al quale già pende la causa di merito.

8. Le spese del presente giudizio, infine, vanno regolate secondo soccombenza.

**PQM.**

Dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e condanna il ricorrente al rimborso, in favore dei resistenti, delle spese del giudizio, che liquida in complessivi Euro 3.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi

... *omissis*