

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI ECONOMIA, MANAGEMENT E ISTITUZIONI

DOTTORATO
IN
DIRITTO DELL'ECONOMIA

XXV CICLO

DISCIPLINA E PROFILI DI SPECIALITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO DELLO STRANIERO

COORDINATORE
Ch.mo Prof.
Antonio Blandini

CANDIDATO
Antonio Ambrosino

RELATORE
Ch.mo Prof.
Luigi Fiorillo

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

INDICE

INTRODUZIONE.....	»	1
-------------------	---	---

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA INTERNAZIONALE E COMUNITARIA DELLA MIGRAZIONE PER MOTIVI DI LAVORO

1	Le fonti internazionali: iniziative e documenti dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.....	»	8
2	<i>Segue:</i> il progetto sulle "Norme sulla Responsabilità delle Compagnie Transnazionali ed Altre Imprese riguardo ai Diritti Umani".....	»	17
3	<i>Segue:</i> la Convenzione ONU sui lavoratori migranti ed i membri delle loro famiglie.....	»	25
4	L'attività e i documenti dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.....	»	29
5	Le clausole sociali contenute negli accordi commerciali internazionali. In particolare, l'attività dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.....	»	37
6	Il ruolo della Unione Europea nelle politiche di immigrazione: dalla cooperazione intergovernativa alla "comunitarizzazione" del fenomeno.....	»	42
7	Gli ulteriori interventi delle istituzioni comunitarie nella creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia.....	»	51

CAPITOLO II

I DIRITTI DEL LAVORATORE STRANIERO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

1	I principi costituzionali in tema di immigrazione. »	56
2	La legislazione nazionale sull'immigrazione: il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286..... »	67
3	<i>Segue</i> : la normativa antidiscriminatoria..... »	71
4	La condizione giuridica dello straniero negli statuti e nella legislazione regionale..... »	75
5	Analisi di alcune esperienze negoziali collettive in tema di immigrazione..... »	80

CAPITOLO III

GENESI CONTRATTUALE E DISCIPLINA FUNZIONALE DEL RAPPORTO DI LAVORO DELLO STRANIERO

1	L'accesso al lavoro da parte degli immigrati extracomunitari: la predeterminazione numerica degli ingressi per motivi di lavoro »	87
2	La costituzione del contratto di lavoro subordinato dello straniero: le problematiche endoprocedimentali per il rilascio del nulla osta al lavoro..... »	92
3.	<i>Segue</i> : il contenuto sostanziale ed elementi essenziali del contratto di soggiorno..... »	99
4	I rapporti di lavoro atipici e la loro applicabilità ai	

	lavoratori immigrati.....	»	107
5	Risoluzione del rapporto e ricerca di una nuova occupazione: le innovazioni introdotte dalla legge 18 giugno 2012, n. 92.....	»	113
6	Le ulteriori ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno previste dal decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109	»	118

CAPITOLO IV

TUTELE E GARANZIE DEL LAVORATORE STRANIERO

1	Le tutele in caso di licenziamento del lavoratore straniero: alcune riflessioni sul nuovo regime di tutela reale di cui alla legge 18 giugno 2012, n. 92.	»	122
2	La tutela della salute e della sicurezza dello straniero nei luoghi di lavoro.	»	131
3	Le tutele contro la discriminazione.	»	136
4	<i>Segue</i> : l'azione civile contro la discriminazione	»	146
	BIBLIOGRAFIA	»	157

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha ad oggetto il fenomeno migratorio per motivi di lavoro, la cui collocazione sistematica è sempre oscillata tra il diritto pubblico e il diritto dei privati; equilibrio precario che emerge dalla stessa analisi delle politiche migratorie che si sono susseguite in Italia, con obiettivi solo astrattamente conciliabili: «garantire l'ordine e la sicurezza pubblica con il contrasto dell'immigrazione clandestina e l'integrazione degli immigrati regolari assicurando coesione sociale¹». Ed invero, il primo obiettivo, di sicura natura pubblicistica, tende a considerare l'immigrazione come un fattore temporaneo e congiunturale, mentre il secondo, con evidenti ricadute nei rapporti privatistici, considera il fenomeno come elemento strutturale dell'ordinamento bisognoso di una metabolizzazione profonda.

La disaggregazione gestionale del fenomeno, pervasa contemporaneamente dalla repressione e dall'accettazione dello straniero, emerge nitidamente dalla lettura delle fonti giuridiche disciplinanti le migrazioni per motivi di lavoro, le stesse trattandosi di forme di mobilità territoriale che coinvolgono gruppi di persone che si spostano da un'area geografica all'altra, hanno una fisiologica vocazione internazionale, pertanto non si può prescindere da un'analisi dei documenti internazionali in materia. Nel primo capitolo dell'elaborato viene appuntato l'interesse, infatti, su numerosi interventi ed iniziative da parte degli enti e delle istituzioni agenti sul piano internazionale e comunitario volti a regolare ed ordinare tale fenomeno migratorio. Tali interventi sono considerati soppesandone la portata giuridica, studiandone il grado di vincolatività e coazione nei confronti dei soggetti destinatari, in quanto il contenuto di questi atti normativi – ovvero più specificamente paranormativi - non sempre raggiunge il crisma della

¹ Proposizioni che rappresentano l'*incipit* del testo relativo all'illustrazione delle politiche sull'immigrazione contenute sul sito ufficiale del Ministero dell'Interno, in www.interno.gov.it.

giuridicità, ma si colloca nell'alveo del *soft law*, dal momento che si tratta in larga misura di *guideline* rivolte alla diffusione delle buone pratiche già attuate in alcuni ordinamenti statuali o assunte da talune imprese multinazionali virtuose.

Tra le fonti sul tema dell'immigrazione promananti dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dall'Organizzazione Mondiale del Commercio vengono analizzati alcuni documenti che, sebbene indirizzati principalmente alle imprese che operano a livello transnazionale, si occupano del fenomeno migratorio, prevedendo garanzie e tutela incidenti sul rapporto di lavoro.

Il capitolo si chiude con l'esposizione delle politiche comunitarie in tema di immigrazione, da cui emerge la palese resistenza degli Stati membri a "comunitarizzare" il fenomeno attraverso la sua formale inclusione nelle materie di competenza del legislatore comunitario. Infatti, alla luce dei recenti interventi da parte dell'Unione, continuano a rimanere prerogativa dei singoli Stati le seguenti materie: le politiche di integrazione dei cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti nel territorio europeo, per le quali l'azione comunitaria è limitata alla possibilità di attuare misure di incentivazione e di sostegno all'azione degli Stati membri, con esclusione di qualsiasi armonizzazione della normativa di quest'ultimi; il diritto esclusivo di determinare il volume di ingresso dei cittadini di Paesi terzi che intendono accedere al territorio al fine di inserirsi nel mercato del lavoro; infine, le problematiche attinenti al mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

L'impianto giuridico complessivo - che emerge dalla trattazione dell'attività delle istituzioni comunitarie - sottolinea, dunque, le difficoltà e le resistenze nel realizzare l'auspicato passaggio dalla cooperazione intergovernativa ad un approccio comunitario globale al fenomeno migratorio,

con una impostazione generale circa gli obiettivi da raggiungere in materia di politiche migratorie e con modalità concrete di attuazione delle stesse.

Nel secondo capitolo, l'attenzione è volta alla disamina delle fonti e della disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano. Preliminarmente, ci si sofferma sulla applicazione dei principi costituzionali in favore del lavoratore immigrato con un'analisi che ha tenuto in conto il filtro applicativo della condizione di reciprocità di cui all'art. 10 Cost.. In particolare, per quanto concerne lo specifico campo di indagine, si osserva - anche attraverso una ricostruzione giurisprudenziale di natura costituzionale - come la garanzia dei diritti fondamentali della persona, quali sono appunto i diritti sociali, abbia di fatto escluso l'operatività della condizione di reciprocità, sebbene non siano mancati casi - pur minoritari - in cui essa ha trovato terreno fertile nell'ottica di limitare il godimento di certe prestazioni/diritti per chi non è cittadino.

Si prosegue poi con un'indagine sulla produzione legislativa in materia di immigrazione, esaminando l'impianto normativo del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (noto come Testo Unico sull'immigrazione), unitamente ai successivi interventi di modifica, evidenziandone i principali obiettivi: controllare e regolare il fenomeno migratorio, contrastare l'immigrazione clandestina e realizzare un percorso di integrazione nella società ricevente degli stranieri, non più considerati solo nel loro ruolo economico.

Sono considerati, inoltre, gli aspetti di non piena coerenza nella politica legislativa verso l'immigrazione - con particolare riferimento all'insufficiente attenzione per l'entità e la qualità della domanda interna di lavoro - e verso gli immigrati già residenti, destinatari di disposizioni finalizzate ad incentivarne la permanenza, ma nello stesso tempo, a sottolinearne, contraddittoriamente, la temporaneità del soggiorno.

È poi affrontata la stretta connessione esistente tra Testo Unico dell'immigrazione e la normativa antidiscriminatoria e, segnatamente, i d.lgs.

9 luglio 2003, nn. 215 e 216, attuativi rispettivamente della direttiva n. 2000/43/CE e della direttiva 2000/78/CE, quest'ultima nominata direttiva "altre discriminazioni", avendo ad oggetto, infatti, le vessazioni di natura residuale rispetto a quelle poste in essere per razza e origine etnica (ed invero motivi connessi alla religione, alle convinzioni personali, agli *handicap*, all'età e all'orientamento sessuale). Si rileva così che le nozioni di discriminazione enucleate in tali decreti, soprattutto quella indiretta, hanno il pregio di completare – seppur con qualche problema applicativo - quella di cui al Testo unico, fornendo una definizione che tutela anche una situazione solo potenzialmente foriera di un particolare svantaggio.

Nel paragrafo successivo, si compie una disamina di alcune disposizioni statutarie e delle leggi regionali in materia di lavoro degli immigrati, non sottacendo che l'art. 117 Cost., lett. *b*), annovera tra le materie di competenza esclusiva della potestà legislativa dello Stato l'immigrazione, riducendo sensibilmente l'applicabilità di tali disposizioni - già generiche nelle formulazione - e gettando dei serissimi dubbi di legittimità costituzionale su di esse.

Parte della trattazione è riservata, infine, all'analisi di alcune esperienze negoziali collettive aventi ad oggetto il rapporto di lavoro degli stranieri. L'azione sindacale e la contrattazione collettiva, prodotto ultimo e tangibile della stessa, non sempre si sono uniformate ai fini perseguiti dal legislatore in tema di immigrazione - tra cui l'integrazione sociale - ma, talvolta, in netto contrasto con altre esperienze europee, hanno perseguito delle strategie correttive del mercato del lavoro tese a rettificare un *trend* occupazionale che privilegia la domanda di lavoratori stranieri. Emerge che l'azione sindacale non sempre è in grado di porre in essere una credibile azione programmatica sul tema, ma si limita a subirne gli effetti, giungendo alla formulazione di disposizioni negoziali poco coerenti e funzionali con le esigenze di tutela dei lavoratori immigrati, istituzionalmente deputate al sindacato.

Nel terzo capitolo, viene affrontata la genesi contrattuale del rapporto di lavoro dello straniero, nonché parte della sua disciplina funzionale analizzando la tortuosa procedura per l'ingresso dei lavoratori stranieri sul territorio nazionale, tramite una riflessione in ordine al procedimento volto a definire i flussi di ingresso per motivi di lavoro, attraverso una rigida predeterminazione numerica degli stessi.

Particolare attenzione è assegnata alle problematiche endoprocedimentali relative al rilascio del nulla osta al lavoro, tra cui i peculiari controlli effettuati dallo Sportello Unico per l'immigrazione sulla conformità della regolamentazione del rapporto di lavoro, compiuta nel contratto individuale, rispetto alle disposizioni collettive applicabili al caso di specie. Siffatto controllo pone dei seri dubbi di legittimità costituzionale, realizzando un'estensione *erga omnes* delle disposizioni collettive in netto contrasto con il dettato costituzionale dell'art. 39 Cost. e, quindi, con i tentativi della dottrina e della giurisprudenza di trovare un meccanismo di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi ai non iscritti ossequioso del precetto costituzionale.

Viene rappresentato poi il contenuto sostanziale del contratto di soggiorno-contratto di lavoro, elemento determinante per l'ottenimento del permesso di soggiorno, illustrando le peculiarità formali e contenutistiche del contratto di soggiorno (l'impegno da parte del datore di fornire un alloggio al lavoratore straniero e di rimborsare le spese per il suo rientro nel Paese di origine), nonché la tipicità degli interessi pubblici coinvolti, i quali conferiscono al rapporto di lavoro dell'immigrato extracomunitario il carattere della specialità.

È inoltre trattata la condizione dello straniero in seguito alla risoluzione del rapporto di lavoro e, in particolare, l'estensione temporale del termine strumentale alla ricerca di una nuova occupazione compiuta dalla legge 18 giugno, n. 92 (c.d. riforma Fornero) che sembrerebbe favorire la permanenza

del lavoratore straniero nel mercato del lavoro italiano e la sua relativa inclusione sociale.

Si affronta, poi, l'applicabilità delle diverse ed ulteriori forme flessibili ed atipiche di lavoro ai prestatori extracomunitari, considerando altresì le recenti modifiche del mercato del lavoro da parte del legislatore riformatore, tra cui si segnala la nuova disciplina del lavoro occasionale accessorio, che prevede la possibilità per il lavoratore extracomunitario, titolare di quest'ultimo peculiare rapporto, di ottenere il rilascio ovvero il rinnovo del permesso di soggiorno.

L'analisi prosegue focalizzandosi sulle più recenti innovazioni legislative e sulle ulteriori ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di giustizia, così come previste dal d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, con cui è stata recepita nel nostro ordinamento la direttiva comunitaria n. 2009/52/CE, prevedendo puntuali sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano soggetti extracomunitari in condizione di irregolarità.

Il decreto succitato consente al lavoratore immigrato privo del permesso di soggiorno che segnali alle autorità giudiziarie, mediante una formale denuncia, il datore che proceda ad assunzioni irregolari, di continuare a soggiornare sul territorio dello Stato affinché cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro.

L'elaborato, infine, si occupa di alcune problematiche applicative relative alle tutele e alle garanzie riservate al lavoratore straniero tramite l'analisi dei diritti del lavoratore immigrato in caso di recesso datoriale ed il relativo regime di tutela, anche alla luce delle recenti innovazioni che hanno interessato la disciplina del licenziamento da parte della legge n. 92/2012. Inoltre, parte della trattazione è dedicata alla tutela della salute e della sicurezza del lavoratore straniero nei luoghi di lavoro nonché agli strumenti di tutela in caso di discriminazione e, in particolare, alla speciale azione civile di

cui all'art. 44 del Testo Unico contro la discriminazione posta in essere da un privato o da un ente pubblico per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Dall'analisi delle predette ipotesi di tutela emergono numerosi profili di criticità, frutto di una certa incongruenza normativa imputabile probabilmente alla confusa gestione del fenomeno migratorio riferita in premessa.

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA INTERNAZIONALE DELLA MIGRAZIONE PER MOTIVI DI LAVORO

Sommario: 1. Le fonti internazionali: iniziative e documenti dell'Organizzazione delle Nazioni Unite – 2. *Segue:* il progetto sulle “Norme sulla Responsabilità delle Compagnie Transnazionali ed Altre Imprese riguardo ai Diritti Umani” – 3. *Segue:* la Convenzione ONU sui lavoratori migranti ed i membri delle loro famiglie - 4. L'attività e i documenti dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro – 5. Le clausole sociali contenute negli accordi commerciali internazionali. In particolare, l'attività dell'Organizzazione Mondiale del Commercio - 6. Il ruolo della Unione Europea nelle politiche di immigrazione: dalla cooperazione intergovernativa alla “comunitarizzazione” del fenomeno - 7. Gli ulteriori interventi delle istituzioni comunitarie nella creazione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”

1. Le fonti internazionali: iniziative e documenti dell'Organizzazione delle Nazioni Unite

Il fenomeno dell'immigrazione, trattandosi di una forma di mobilità territoriale che coinvolge gruppi di persone che si spostano da un'area geografica all'altra, ha una fisiologica vocazione internazionale. Non sono mancati, infatti, numerosi interventi ed iniziative da parte degli enti e delle istituzioni agenti sul piano internazionale e comunitario volti a regolare ed ordinare tale fenomeno.

Il fervore politico-istituzionale sul tema è facilmente rilevabile dalla lettura dei *report* annuali dell'Organizzazione Internazionale per la Migrazione² (d'ora

² Fondata nel 1951, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) è la principale organizzazione intergovernativa in ambito migratorio. Pur non facendo parte del sistema della Nazioni Unite, dal 1992 mantiene lo *status* di osservatore nell'Assemblea Generale e collabora strettamente con le Agenzie specializzate delle Nazioni Unite. I rapporti tra il governo italiano e l'Organizzazione sono regolati dall'accordo di sede, concluso a Roma il 23 giugno 1967, approvato ed eseguito con la

in avanti OIM), in cui, oltre a compiersi un'analisi statistica dei flussi migratori nelle diverse macroregioni del mondo, si registrano le più importanti novità normative e si individuano i punti critici e i possibili sviluppi delle politiche migratorie³.

Dalla costante rilevazione dei flussi migratori da parte dell'OIM emerge nitidamente che la mobilità delle persone è, al tempo stesso, una conseguenza ed una delle cause della c.d. globalizzazione⁴, intesa come quel processo che crea sempre più intensi legami di interdipendenza sociale ed economica tra i paesi del mondo. Aver facilitato il movimento di capitali, beni e servizi, ha comportato anche una mobilità transnazionale del fattore umano di qualsiasi livello professionale. Certo ci sono dinamiche diverse nelle varie regioni del mondo che presentano delle proprie peculiarità.

Nel complesso, comunque, il fenomeno migratorio trova un fattore di accelerazione nelle grandi distonie relative allo sviluppo demografico ed economico (e quindi anche nei differenziali retributivi) esistenti tra paesi di

legge del 22 febbraio 1968, n. 441. In esso si definiscono le attività dell'Organizzazione in Italia e si garantisce il raggiungimento degli obiettivi comuni, in accordo con il mandato dell'OIM. Tra le attività che riguardano direttamente il nostro paese vi è la "Missione dell'OIM di Roma" con cui l'Organizzazione esercita un ruolo di coordinamento per i paesi dell'area mediterranea (Italia, Albania, Algeria, Andorra, Cipro, Grecia, Libia, Malta, Mauritania, Marocco, Portogallo, Spagna, Tunisia e Turchia) sia in termini operativi sia in termini di sviluppo di strategie per la gestione dei flussi migratori.

³ Il rapporto relativo all'anno 2010 (*World Migration Report 2010. The Future of Migration: Building Capacities for Change*) tenta di fornire una visione evolutiva dell'immigrazione, da intendere non più come fenomeno da contrastare, ma da incentivare. Risulta ovvio, però, che la massimizzazione dei suoi possibili benefici e la riduzione degli effetti negativi saranno condizionati a investimenti significativi nelle tematiche migratorie, altrimenti le criticità legate ai diritti dei migranti e alla loro integrazione, nei paesi di accoglienza, saranno destinate ad acuirsi. Il testo del rapporto è consultabile sul sito www.italy.iom.int.

⁴ Parte della dottrina, nel descrivere il fenomeno della globalizzazione, propende per l'uso della terminologia francese "mondialisation" in luogo di quella inglese "globalization" poiché il significato "mondializzazione" sembra più appropriato per descrivere un fenomeno che non si risolve esclusivamente nei suoi aspetti economici, ma presenta anche implicazioni politiche, sociali e soprattutto giuridiche. Vedi, a tal proposito, JEAMMAUD A., "Mondializzazione": banco di prova per il diritto del lavoro, in SCARPONI S. (a cura di) *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, 2001, p. 58.

destinazione (i paesi sviluppati) e paesi d'origine (i paesi e le aree in via di sviluppo)⁵.

Soprattutto, tutti gli studi effettuati dagli operatori dell'OIM evidenziano che, sebbene le motivazioni alla base della mobilità siano assai varie (turismo, ricongiungimento familiare, studio), quella relative al lavoro è senza dubbio la più problematica e preoccupante: essa richiede, infatti, politiche specifiche, sia da parte dei paesi d'origine, sia da parte di quelli di destinazione, rivolte non solo a tutelare i lavoratori coinvolti e le loro famiglie, ma anche a fare in modo che la migrazione si riveli fonte di miglioramento con riferimento alle condizioni dei singoli e delle rispettive collettività interessate.

Si intuisce, così, che la comprensione del fenomeno migratorio e dei suoi risvolti sul diritto del lavoro se circoscritti ai singoli ordinamenti nazionali interessati risulterebbe sicuramente viziata, poiché le cause e le conseguenze di tale fenomeno sono destinate a intersecarsi e riverberarsi sul piano giuridico internazionale.

Risulta necessario, pertanto, analizzare preliminarmente le norme internazionali. Il contenuto di questi atti normativi – ovvero più specificamente paranormativi - non sempre raggiunge il crisma della giuridicità, ma si colloca nell'alveo del *soft law*⁶, dal momento che si tratta in larga misura di *guidelines* rivolte alla diffusione delle buone pratiche già attuate in alcuni ordinamenti statuali o assunte da talune imprese multinazionali virtuose.

⁵ Una esaustiva analisi delle caratteristiche strutturali e dell'eziologia del fenomeno migratorio è compiuta da MONTANARI A., *Stranieri, Extracomunitari e Lavoro*, Cedam, 2010, p. 4 e ss.

⁶ Insieme di regole vincolanti moralmente ma non legalmente, a volte supportate da un sistema di incentivi; con esse si auspica che talune questioni possano essere risolte dal loro interno senza un intervento coattivo esterno. Si tratta di un diritto c.d. "morbido", anche se in realtà gli effetti possono essere dirompenti nella misura in cui le norme entrano a far parte del patrimonio culturale di tutta la collettività; vedi FOCCILLO F., *I rapporti tra la legislazione nazionale e la responsabilità sociale*, in GRECO P. (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Giappichelli, 2007, p. 83.

Molteplici iniziative, volte a favorire il rispetto dei diritti umani e sociali e ad arginare le deficienze strutturali dell'immigrazione in ambito lavorativo, sono state assunte dall'ONU (Organizzazione delle Nazioni Unite).

Tra queste appare doveroso il riferimento alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10 dicembre 1948. Questo testo giuridico, accettato da tutti gli Stati, ha acquistato, con il trascorrere del tempo, un'importanza ed un'autorità crescente.

La Dichiarazione, individuando variegati diritti, disciplina anche il mondo del lavoro⁷.

Gli articoli della Dichiarazione, nonostante possano sembrare, *ictu oculi*, generici, rappresentano una base di partenza formidabile per l'affermazione e l'evoluzione dei diritti del lavoratore straniero.

I destinatari di tali precetti sono individuati dal preambolo della Dichiarazione stessa, in cui si afferma che «*tutti gli individui e tutti gli organi della società (...) si sforzino, attraverso l'insegnamento e l'educazione, di sviluppare il rispetto di tali diritti e libertà e di assicurarne, attraverso misure progressive di ordine nazionale e internazionale, il riconoscimento e l'applicazione universale ed effettiva*».

I singoli Stati - in quanto soggetti internazionali - e le stesse imprese - in quanto organi della società con precise responsabilità - devono estendere la loro attenzione verso tutti i soggetti bisognosi di tutela, senza poter addurre quale discrimine il requisito soggettivo della cittadinanza.

⁷ L'articolo 4, infatti, statuisce il diritto alla libertà dalla schiavitù. L'articolo 23 prevede, nei commi primo e secondo, il diritto al lavoro e a condizioni di lavoro giuste e soddisfacente nonché il diritto ad uguale retribuzione a parità di lavoro; nel terzo comma, prescrive un'equa retribuzione per il lavoratore, funzionale ad un'esistenza conforme alla dignità umana, estendendo tale dimensione dignitosa alla famiglia del lavoratore. La norma suddetta, tutelando anche soggetti estranei al rapporto bilaterale impresa-lavoratore, assume un particolare rilievo negli eventuali ricongiungimenti familiari. L'ultimo comma dell'articolo 23 contempla il diritto di fondare sindacati e di aderirvi. L'articolo 24 si occupa della sfera personale del lavoratore valorizzando il diritto al riposo e allo svago, ossia il diritto ad una ragionevole limitazione delle ore di lavoro comunque remunerate. Inoltre, l'articolo 25, collegandosi all'articolo 23, stabilisce il diritto ad un tenore di vita dignitoso e alla sicurezza in caso di disoccupazione; infine, il secondo comma del medesimo articolo prevede la protezione sociale della maternità e dell'infanzia.

La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani affida, dunque, a tutte le componenti della società, il compito di rispettare e promuovere i diritti dei lavoratori, siano cittadini o non cittadini, immigrati regolari o irregolari.

La Dichiarazione indirizza, infatti, le legislazioni nazionali e guida il comportamento dei soggetti giuridici al di là dell'ordinario rispetto delle leggi esistenti senza, però, alcuna coazione, non avendo valore giuridico vincolante.

Le Dichiarazioni di principi non costituiscono un'autonoma fonte di norme internazionali generali poiché l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite non ha poteri legislativi mondiali, ma esse vengono in rilievo per quanto riguarda il diritto consuetudinario internazionale, in quanto prassi degli Stati. Una parte della dottrina considera l'adesione alla Dichiarazione come un accordo in forma semplificata, equiparando l'inosservanza alla violazione della Carta delle Nazioni Unite⁸.

Intorno all'obiettivo di fronteggiare le implicazioni negative della globalizzazione - tra cui ovviamente le distonie caratterizzanti i rapporti di lavoro degli immigrati - orbita il preciso orientamento dell'ONU di salvaguardia dei diritti, attraverso il massimo coinvolgimento di tutti gli attori delle relazioni internazionali. In linea con tale orientamento, si inserisce l'iniziativa lanciata dal Segretario Generale dell'ONU, Kofi Annan, al *World Economic Forum* di Davos, in Svizzera, nel 1999, denominata *Global Compact*⁹ - una proposta dell'ONU sulla responsabilità sociale delle imprese.

Nel suo appello, il Segretario Generale invitava i leader dell'economia mondiale ad aderire al *Global Compact*, un "Patto Globale" che unisce imprese, agenzie dell'ONU, organizzazioni sindacali e della società civile, nel promuovere la responsabilità sociale dell'impresa attraverso il rispetto

⁸ Vedi CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2002, p. 62.

⁹ Vedi il testo originale in www.unglobalcompact.org.

volontario e la promozione di dieci principi fondamentali relativi ai diritti umani, al lavoro, all'ambiente e alla lotta alla corruzione.

Si tratta di principi condivisi universalmente in quanto mutuati dalla Dichiarazione universale dei Diritti Umani, dalla Dichiarazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sui Principi e i Diritti fondamentali nel Lavoro, dalla Dichiarazione di Rio su Ambiente e Sviluppo e dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione.

Con questa iniziativa, il Segretario Generale invita le imprese a *to embrace and enact* (aderire e sostenere) una *platform of action*, ossia una piattaforma operativa che consta di tre ambiti: standard in materia di diritti umani; standard in materia di lavoro; standard in materia di salvaguardia dell'ambiente. I tre ambiti vengono sviluppati mediante l'enunciazione di dieci principi¹⁰.

I primi nove altro non sono che specificazioni di comportamenti eticamente corretti, che supportano, ormai, il nucleo del sistema normativo internazionale in tema di diritti umani.

Il primo principio, infatti, si riferisce a “diritti umani internazionalmente proclamati”, con tale locuzione si intende quell'insieme di norme che hanno raggiunto il consenso della comunità internazionale, ed eventualmente, natura consuetudinaria¹¹. Queste norme dovrebbero essere considerate imperative,

¹⁰ Nel campo dei diritti umani, essi sono: 1) difendere e rispettare, nella propria sfera di influenza, la protezione dei diritti umani proclamati a livello internazionale; 2) assicurare di non essere complici di violazioni dei diritti umani. I principi che tutelano i diritti dei lavoratori sono: 3) sostenere la libertà di associazione e riconoscere effettivamente il diritto alla contrattazione collettiva; 4) promuovere l'eliminazione di tutte le forme di lavoro forzato e obbligatorio; 5) promuovere l'effettiva abolizione del lavoro minorile; 6) promuovere l'eliminazione della discriminazione relativamente al lavoro e all'occupazione. Mentre, a favore dell'ambiente, troviamo: 7) promuovere l'approccio precauzionale di fronte alle sfide ambientali; 8) intraprendere iniziative destinate a promuovere una maggiore responsabilità ambientale; 9) incoraggiare lo sviluppo e la diffusione di tecnologie eco-compatibili. Infine, è stato aggiunto, successivamente, il decimo principio riguardante la lotta alla corruzione: 10) operare contro ogni forma di corruzione incluse l'estorsione e la frode.

¹¹ Vedi FASCIGLIONE M., *Imprese e diritti umani: il Global Compact delle Nazioni Unite*, in GRECO P. (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Giappichelli, 2007, p.187, in cui l'autore ritiene che tali norme sovrintendano a quei valori considerati essenziali da parte della comunità internazionale come la dignità della persona umana, la sua unicità, ecc..

con una valenza *erga omnes*, e quindi applicabili, non solo nei confronti degli Stati, ma anche verso le imprese ed il settore privato in genere.

In particolare, tali norme coincidono in gran parte con il catalogo di precetti contenuto nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Per un'impresa, aderire al *Global Compact*, significa assumere un duplice comportamento, passivo e attivo, ossia astenersi dal violare i diritti umani o incoraggiare la commissione di tali violazioni, ed in maniera fattiva, sostenere, incoraggiare e promuovere il rispetto di tali diritti. L'immediata conseguenza dell'adesione al *Global Compact* è una riconsiderazione della persona del lavoratore, indipendentemente dalla sua condizione di immigrato, esaltando così una dimensione personale e fiduciaria del rapporto di lavoro, scevra da qualsivoglia differenziazione o, peggio, discriminazione legate alla nazionalità. Inoltre, l'operatività del documento dell'ONU è duplice, poiché esso potrebbe esplicare i suoi effetti non solo nella classica ipotesi di costituzione del rapporto tra datore "indigeno" e lavoratore straniero, ma anche quando, viceversa, è il datore straniero ad operare nell'ordinamento del paese di accoglienza con manodopera locale (circostanza, questa, connaturale alle ipotesi di decentramento produttivo).

Va sottolineato, però, che, nonostante il *Global Compact* abbia come obiettivo la più ampia diffusione dei diritti umani, tutelando in via mediata anche le istanze di tutela degli immigrati, non tutte le norme internazionali che difendono tali posizioni sostanziali si applicano alle imprese, avendo, fisiologicamente, come destinatari gli Stati; pertanto, è necessario individuare quale sia il campo di applicazione "privato" di queste disposizioni e, quindi, quali siano le immediate ricadute sul rapporto di lavoro.

Un valido strumento discretivo può essere la "sfera di influenza"¹² dell'impresa: il legame associativo tra impresa e soggetti potenzialmente lesi dalle sue attività (lavoratori dipendenti, famiglie dei lavoratori, abitanti della

¹² Vedi FASCIGLIONE M., *Imprese e diritti umani: il Global Compact delle Nazioni Unite*, cit., pag. 189.

località in cui l'impresa opera, ecc.). La “sfera di influenza”, così intesa, individua il criterio di imputazione delle violazioni dei diritti umani compiute dall'impresa nelle relazioni aziendali con i lavoratori, mediante ad esempio l'uso di forze di polizia privata per la sicurezza dei locali aziendali, ovvero nelle relazioni con i *partner*, i fornitori e gli appaltatori dell'impresa, assicurandosi che tali soggetti non violino i diritti umani¹³.

I dieci principi enucleati dal Segretario Generale possono essere paragonati alla “puntuazione”¹⁴ di una proposta contrattuale, lasciando così alle imprese la facoltà di aderirvi producendo una esplicita e pubblica dichiarazione di sostegno al *Global Compact* e ai suoi dieci principi, attraverso un comunicato stampa o informandone i lavoratori o inserendo i principi nella propria *mission*.

Le imprese sono totalmente libere in ordine all'adesione a tali principi poiché, dal punto di vista formale, il *Global Compact* non ha natura normativa, neanche nella forma della *soft law*¹⁵. Infatti, esso non è assimilabile ai codici di condotta adottati dalle altre istituzioni internazionali e, inoltre, si discosta dalla prassi normativa delle Nazioni Unite, pertanto, in caso di violazione dei diritti umani, da parte di una impresa aderente, non vi è alcun tipo di sanzione.

Ad ogni modo, però, la struttura del *Global Compact* è stata oggetto di una procedura di istituzionalizzazione mediante la creazione del Consiglio Consultivo e attraverso la legittimazione ufficiale da parte della Assemblea Generale ONU.

¹³ Questa responsabilità legata alla scelta dei *partner* si collega direttamente al secondo principio del *Global Compact* che stigmatizza i complici di violazioni dei diritti umani.

¹⁴ Sul valore giuridico delle trattative precontrattuali vedi BIANCA C.M., *Diritto civile III. Il contratto*, Giuffrè, 2000, pag. 225.

¹⁵ Generalmente, le risoluzioni degli organi interni delle Nazioni Unite sono norme “*soft*”.

Questa istituzionalizzazione in atto riconduce il *Global Compact* agli atti di indirizzo funzionali alla gestione dell'ONU¹⁶.

La natura non normativa del *Global Compact* induce parte della dottrina a ritenere che il problema della regolamentazione giuridica, a livello internazionale, della condotta degli attori economici privati ai fini del rispetto delle norme sui diritti umani – e, in particolare, del loro rispetto nell'ambito del rapporto di lavoro - può essere risolto solo attraverso le tradizionali modalità del sistema convenzionale interstatuale, ma ciò evidentemente stride con la logica stessa del *Global Compact*, ispirata, al contrario, ad una moderna filosofia dell'integrazione sociale volontaria¹⁷.

¹⁶ Si veda il testo *Guidelines on Cooperation between the United Nation and the Business Community* consultabile al sito <http://www.un.org/parteners/business/otherpages/guide.htm>.

¹⁷ In tal senso vedi ancora FASCIGLIONE M., *Imprese e diritti umani: il Global Compact delle Nazioni Unite*, cit., pag. 193.

2. Il progetto sulle “Norme sulla Responsabilità delle Compagnie Transnazionali ed Altre Imprese riguardo ai Diritti Umani”

L’individuazione degli obblighi e delle responsabilità del settore privato, in materia di diritti umani, è stato il primario obiettivo del progetto di “Norme sulle Responsabilità delle Compagnie Transnazionali ed Altre Imprese riguardo ai Diritti Umani”, adottato dalla Sottocommissione ONU¹⁸, il 13 agosto 2003, con la Risoluzione 2003/16¹⁹.

Il documento promuove l’universale rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, rinviando alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e ad altre norme generalmente riconosciute contenute in trattati e strumenti internazionali²⁰; inoltre, il progetto fa riferimento al *Global Compact*, includendo, così, oltre ai diritti umani, anche alcune norme riferibili ai lavoratori²¹.

Il documento ribadisce le responsabilità primarie degli Stati, ma si indirizza essenzialmente alle imprese transnazionali, sensibilizzandole su alcuni

¹⁸ La Sottocommissione è composta da 26 membri, eletti per quattro anni dalla Commissione dei diritti umani sulla base di un’equa rappresentanza delle aree geografiche, che devono possedere una particolare esperienza nel campo dei diritti umani. Le funzioni principali della Sottocommissione consistono nello svolgere studi alla luce di quanto affermato nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e nel rivolgere raccomandazioni alla Commissione in merito alla prevenzione di ogni tipo di discriminazione.

¹⁹ Vedi Doc. Nazioni Unite E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

²⁰ Carta Africana sui Diritti Umani e dei Popoli, Convenzione Americana sui Diritti Umani, Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà fondamentali, Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, ecc. .

²¹ In particolare, la Sottocommissione ONU ha appuntato il suo interesse sulle seguenti problematiche: a) rispetto del diritto a pari opportunità e a trattamento non discriminatorio (con speciale attenzione alle donne, alle popolazioni indigene e alle minoranze etniche); b) rispetto del diritto alla sicurezza delle persone (con speciale attenzione alla sicurezza sui luoghi di lavoro, alla garanzia dell’ammissione alle strutture sanitarie e dell’accesso ai farmaci a prezzi adeguati ai redditi più bassi); c) rispetto dei diritti dei lavoratori (inclusi specificamente l’esclusione del lavoro forzato, del lavoro minorile, di salari inferiori ai redditi reali di sussistenza, del mancato rispetto delle legislazioni locali di tutela); d) rispetto della sovranità nazionale e dei diritti umani (specie gli accordi con governi dittatoriali, razzisti o che perseguono le minoranze); e) rispetto degli obblighi riguardanti la tutela dei consumatori.

temi controversi come il rispetto dei diritti dei lavoratori indipendentemente dalle loro origini etniche o razziali.

Si tratta dell'unico ed imponente documento che contiene diversi obblighi – o almeno questa era l'intenzione dei suoi promotori - relativi ai diritti umani che possono essere applicati a tutti i campi d'azione degli attori economici privati, tra cui le imprese multinazionali. Tali disposizioni - qualificate in senso atecnico come Norme - identificano chiaramente delle buone prassi e le relative modalità di attuazione delle stesse.

In tale documento si trovano, poi, alcune utili definizioni, le quali permettono di delineare il quadro di applicazione soggettivo delle “norme” di specie, estendendole alle società multinazionali, espressione che identifica qualunque «entità economica operante in più di un Paese o a un raggruppamento di entità economiche operanti in due o più Paesi, quale che sia la loro forma legale, sia nel Paese d'origine sia nel Paese in cui si svolge l'attività, e sia che le si consideri individualmente o collettivamente». Tra i soggetti destinatari degli pseudo-obblighi delle Norme possono essere incluse anche le "altre imprese" che con le multinazionali abbiano un qualche rapporto.

Diversamente, tra i soggetti²² che possono avanzare richieste e devono essere tutelati nei loro rapporti con le attività delle *corporations* figurano: gli «azionisti, altri proprietari, lavoratori e loro rappresentanti, come pure qualsiasi altro individuo o gruppo» e si specifica che bisognerà ricomprendere tra tali soggetti anche «parti interessate indirette quando i loro interessi sono o saranno sostanzialmente toccati dalle attività della società multinazionale o altra impresa» nonché «gruppi di consumatori, clienti, governi, comunità vicine, *popoli* e comunità indigene, organizzazioni non governative, istituti di credito pubblici e privati, fornitori, associazioni professionali ed altre». Quasi

²² Vedi TURSÌ A., *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Zanichelli, 2006, p. 90.

una sorta di nuovo diritto universale attivabile, in futuro, da chiunque. Anche qui, come nel *Global Compact*, è utile individuare la portata oggettiva dei diritti in questione ed è lo stesso redattore a chiarire il significato delle espressioni "diritti umani" e "diritti umani internazionali" che si devono salvaguardare da eventuali violazioni delle aziende multinazionali²³.

Il *corpus* di disposizioni redatto dalla Sottocommissione richiama gli Stati alla loro responsabilità primaria di «promuovere, assicurare l'attuazione, rispettare, garantire il rispetto e tutelare i diritti umani riconosciuti dal diritto internazionale come da quello nazionale, compresa la responsabilità di assicurare che le società multinazionali e le altre imprese rispettino i diritti umani». Ma, la novità essenziale è un'inedita responsabilità diretta delle società multinazionali, che hanno il dovere di «promuovere, assicurare l'attuazione, rispettare, garantire il rispetto e tutelare i diritti umani riconosciuti dal diritto internazionale come da quello nazionale, inclusi i diritti e gli interessi delle popolazioni indigene e di altri *gruppi vulnerabili*».

Queste importanti prescrizioni, per superare le inefficienze della globalizzazione, dovrebbero trovare uguale applicazione sia nel Paese o territorio d'origine della multinazionale o dell'impresa, sia nei Paesi in cui l'azienda svolge le sue attività. Sulle multinazionali ricade la responsabilità di usare la giusta diligenza per evitare violazioni, dirette o indirette, dei diritti umani.

²³ Il punto 23 fa riferimento, infatti, a quei diritti «enunciati nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e nel Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali come anche in altri trattati sui diritti umani, nonché il diritto allo sviluppo e i diritti riconosciuti dal diritto umanitario internazionale, dal diritto internazionale dei rifugiati, dal diritto internazionale del lavoro, e da altri strumenti pertinenti, adottati nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite». Prescrivendo il rispetto di tali diritti per le imprese, sembrerebbe proprio che la comunità internazionale stia facendo un passo decisivo verso l'abbattimento di quel classico principio di diritto secondo il quale "*societas delinquere non potest*", già, peraltro, incrinato da strumenti giusinternazionalistici particolari. Tra questi: la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi nel 1997, e la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee, siglata a Bruxelles nel 1995.

Inoltre, le multinazionali e le altre imprese devono astenersi da attività che potrebbero minare lo stato di diritto e gli sforzi dei governi per promuovere e garantire il rispetto dei diritti, e devono usare la loro influenza al fine di collaborare a tale promozione. Dopo aver individuato la sfera soggettiva e oggettiva di applicazione delle suddette regole è opportuno passare all'enunciazione di alcune norme rilevanti in tema di lavoro degli immigrati.

Al punto 2 del documento si prevede il diritto alle pari opportunità e a un trattamento non discriminatorio «in base a razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, *origine nazionale* o sociale, *status* sociale, condizione di indigeno, disabilità, età». Il punto 2 è foriero di un duplice obbligo per le imprese: un dovere negativo di astenersi dagli atti discriminatori e uno positivo di promuovere le pari opportunità. In particolare, per discriminazione deve intendersi ogni atto che produce l'effetto «di rendere nulla o d'indebolire l'eguaglianza d'opportunità o di trattamento nell'assunzione o nel lavoro²⁴».

Il punto 5 enuncia il divieto di ricorrere all'utilizzo di lavoro forzato o coatto ed il contestuale riconoscimento di condizioni giuste e favorevoli per i lavoratori²⁵.

Con il punto 7, invece, si ha l'obbligo per le aziende di assicurare un «ambiente di lavoro sicuro e sano», i cui requisiti sono però demandati agli ordinamenti nazionali²⁶. Le imprese devono approntare le misure di soccorso necessarie per affrontare le emergenze e gli incidenti. Devono altresì fornire, a

²⁴ È inutile sottolineare la portata della disposizione in parola per le donne, i disabili e naturalmente i lavoratori stranieri. Sul punto si veda CHIECO P., *Privacy e lavoro*, Cacucci, 2000, p.142.

²⁵ Vedi DE SIMONE S., *La SA 8000: contesto transnazionale e sistema applicativo*, in GRECO P. (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Giappichelli, 2007, p.198.

²⁶ Vedi RICCI M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 455.

loro completo carico, l'abbigliamento e l'equipaggiamento protettivi necessari. Le imprese sono tenute a sostenere, inoltre, i costi per la predisposizione delle misure di sicurezza. Le multinazionali devono collaborare con le autorità sanitarie e di sicurezza sul lavoro, nazionali e internazionali, al fine di giungere all'individuazione di standard internazionali da trasfondere in accordi sindacali collettivi.

Interessante disposizione è quella per cui le imprese non potranno chiedere ai lavoratori di prestare la propria attività per più di 48 ore settimanali o più di 10 ore in un giorno. Il lavoro straordinario, il cui compenso deve essere superiore a quello ordinario, non può superare le 12 ore settimanali e, comunque, non può essere la regola e deve essere previsto almeno un giorno di riposo settimanale²⁷. La norma di cui al punto 8 richiama, invece, un precetto cardine di molte rivendicazioni sindacali, prevedendo che «le società multinazionali e le altre imprese dovranno offrire ai lavoratori una remunerazione che assicuri un adeguato tenore di vita a loro e alle loro famiglie» in prospettiva di «un progressivo miglioramento» delle proprie condizioni²⁸. Non si è voluto stabilire uno stipendio minimo internazionale, ma la retribuzione, consegnata a intervalli regolari e brevi, deve essere equa e ragionevole in relazione al lavoro prestato, concordata liberamente o definita da leggi o regolamenti nazionali. Il livello di equità è stabilito secondo standard locali, mentre un lavoro svolto senza un equo compenso è considerato a tutti gli effetti sfruttamento. Disposizione, quest'ultima, di notevole importanza al fine di limitare il diffuso fenomeno del *dumping* lavorativo tra prestatori stranieri e autoctoni.

La Sezione del documento intitolata “Rispetto della sovranità nazionale e diritti umani”, rappresenta un'importante innovazione per il settore del

²⁷ Queste regole ammettono eccezioni limitatamente al settore edile, delle ricerche di risorse naturali e per altri lavoratori che lavorano per periodi limitati (una settimana o due).

²⁸ La norma del documento si collega direttamente all'art. 23 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

business internazionale. Si prevede, difatti, l'obbligo esplicito per le società multinazionali di riconoscere e rispettare le norme applicabili del diritto internazionale, le leggi e i regolamenti nazionali, nonché le pratiche amministrative consuetudinarie, lo stato di diritto, l'interesse pubblico, gli obiettivi di sviluppo, le politiche sociali, economiche e culturali, compresa la trasparenza, la responsabilità legale e il divieto di corruzione e l'autorità dei Paesi in cui le imprese operano. Di notevole rilievo è l'impegno delle multinazionali al rispetto del diritto delle comunità locali che subiscono gli effetti delle loro attività.

Il punto 12 di questa parte del documento prescrive il rispetto dei diritti economici, sociali e culturali al pari dei diritti civili e politici nonché il contributo alla realizzazione del più ampio «diritto allo sviluppo, a cibo ed acqua potabile adeguati, al più alto livello raggiungibile di salute fisica e mentale, ad *alloggio adeguato*, alla riservatezza personale, all'istruzione, alla libertà di pensiero, di coscienza, di religione, alla libertà di opinione ed espressione».

Ai fini attuativi del *corpus*, ciascuna multinazionale s'impegna a diffondere e a dare attuazione a regole interne conformi alle Norme che dovranno essere comunicate in forma scritta e orale a tutti i soggetti che intrattengono relazioni con l'impresa. Le stesse dovranno trovare applicazione concreta nei contratti o negli accordi e nelle relazioni con appaltatori o altri soggetti che con essa abbiano rapporti di tipo contrattuale²⁹.

Le Norme prevedono anche un impegno per gli Stati, chiamati a «costruire e rafforzare il necessario quadro giuridico ed amministrativo che garantisca l'attuazione delle Norme e delle altre leggi nazionali ed

²⁹ Con il punto 18 si prevede l'obbligo per le multinazionali di «offrire sollecito, effettivo ed adeguato indennizzo a quelle persone, entità e comunità che siano state negativamente colpite dalla mancata osservanza di queste Norme, mediante, tra l'altro, indennizzo, restituzione, risarcimento e ripristino per qualsiasi danno procurato o proprietà sottratta», indicando anche la modalità della *restitutio* e l'eventuale cumulo con sanzioni di carattere penale previste dal diritto nazionale o internazionale. Tale norma, se attuata, rappresenterebbe una nuova frontiera della responsabilità aquilana.

internazionali in materia da parte delle società multinazionali e delle altre imprese»³⁰.

Il pregio di tali disposizioni risiede nel fatto di costituire un vero e proprio statuto protettivo per i lavoratori indipendentemente dal possesso del requisito della cittadinanza e, dunque, fruibile in via immediata dai lavoratori immigrati, siano essi regolari o irregolari.

Il vero punto dolente è rappresentato, invece, dal fatto che tali norme non hanno alcun tipo di cogenza nei confronti delle aziende e delle persone fisiche che le dirigono, di conseguenza, qualsivoglia violazione delle prescrizioni ivi contenute rimarrebbe sicuramente impunita. Ciò sembra confermato anche dalla decisione 2004/116, in cui la Commissione ONU per i diritti umani, nel recepire il lavoro della Sottocommissione, afferma che, dal momento che le *Norme* non sono state da lei richieste, ed in quanto semplice proposta progettuale, esse risultano prive di qualsiasi valore legale.

Molti auspicano che questo complesso di disposizioni, seppur al momento non vincolante, si trasformi quanto prima in diritto internazionale consuetudinario irraggiandosi su tutti gli operatori economici e i poteri pubblici, andando oltre le blande regole di condotta stabilite dalla buona, ma limitata, volontà e capacità di influenza di qualche illuminato imprenditore, definendo con la massima chiarezza possibile le responsabilità delle imprese e degli Stati nazionali circa il rispetto dei diritti umani.

Alcuni ritengono che il libero mercato già preveda, in sé, quel sistema sanzionatorio automatico e naturale che espelle i *player* che non rispettano le regole del gioco, però, non sempre nel mercato sono presenti i meccanismi *socially responsible* necessari. Tale sistema di “Norme” si vuole, dunque,

³⁰ Il punto 19, infine, prevede che nessuna disposizione del presente sistema «potrà essere interpretata nel senso di diminuire, restringere o influenzare negativamente gli obblighi degli Stati in tema di diritti umani previsti dal diritto nazionale ed internazionale». Quest’ultima è una clausola che mira a garantire che le imprese adottino quei comportamenti che meglio tutelino i diritti oggetto delle Norme stesse.

porre ad integrazione di quelle volontarie che le multinazionali o le varie associazioni di categoria si stanno dando, offrendo precisi riferimenti per operare le proprie valutazioni. Inoltre, vantaggio non secondario, con queste “Norme” si ha la possibilità di operare a livello mondiale con un linguaggio comune e condiviso, necessario per il perseguimento di simili obiettivi “universali”.

3. Segue: la Convenzione ONU sui lavoratori migranti ed i membri delle loro famiglie

L'ONU - oltre a predisporre gli strumenti succitati, finalizzati principalmente al rispetto dei diritti umani e, così, solo in via mediata dei diritti dei lavoratori stranieri - si è anche occupata direttamente delle migrazioni per motivi di lavoro attraverso la "Convenzione internazionale per la protezione dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie"³¹ adottata nel 1990 - uno strumento normativo innovativo in materia di tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori migranti.

Nella Convenzione viene data una puntuale definizione di lavoratore migrante («persona che eserciterà, esercita o ha esercitato una attività remunerata in uno Stato di cui non è cittadina», art. 2.1), che, per ciò che attiene l'aspetto della migrazione economica, distingue tra i c.d. *documented or in a regular situation migrants*, ossia coloro i quali «*are authorized to enter, to stay and to engage in a remunerated activity in the State of employment pursuant to the law of that State and to international agreements to which that State is a party*» (art. 5, lett. a) e i c.d. *non-documented or in an irregular situation migrants*, ossia coloro che «*are not authorized to enter, to stay or to engage in employment in a State*» (art. 5, lett. b)³².

La predisposizione di tale convenzione appare come un'invasione dell'ONU in quelle che sono le competenze specifiche dell'OIL

³¹ La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con ris. n. A/RES/45/158, del 18 dicembre 1990 ed è entrata in vigore il 1° luglio 2003 (in *ILM*, 1991, p. 1517 ss). Si veda sull'argomento, Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo, *La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et son Comité*, Genève, 2006, pp. 1 e ss.; PERRUCHOUD R., *Migrations et protection des droits de l'homme*, OIM, 2005, p. 74 ss.; BATTISTELLA G., *Origini, sviluppo e prospettive della Convenzione internazionale sui diritti dei migranti*, in *SE*, 2004, 153 (XLI), p. 34.

³² In questa categoria rientrerebbero i clandestini, i c.d. *overstayer* e i richiedenti-asilo la cui domanda sia stata rigettata.

(Organizzazione Internazionale del Lavoro), essendo quest'ultima l'agenzia specializzata in materia di lavoro che opera in seno all'ONU.

In realtà, i rapporti tra l'ONU e l'OIL furono definiti negli anni '40 - per evitare appunto indebite sovrapposizioni - mediante un accordo che affidava alla prima la responsabilità di intervenire sulla materia dell'immigrazione per quanto attiene al trattamento dei migranti in quanto stranieri (quindi, fondamentalmente, il riferimento è ai diritti umani internazionali, tra cui il diritto di asilo), mentre alla seconda fu riconosciuta la competenza di agenzia specializzata ad intervenire per quanto attiene al trattamento dei migranti intesi come parti contrattuali di un rapporto di lavoro con soggetti di nazionalità diversa.

Tuttavia, nel corso degli anni '70 cominciò a maturare la scelta di affidare all'ONU l'adozione di una convenzione sul tema della migrazione per motivi di lavoro. Le ragioni di questo spostamento del dibattito - o meglio spodestamento - dalla sua sede "naturale" (l'OIL) a quella delle Nazioni Unite, sarebbero fondamentalmente due: lo scontento dei paesi in via di sviluppo per l'adozione della disciplina di contrasto all'immigrazione irregolare contenuta nella Convenzione OIL n. 143³³; la convinzione che la sede delle Nazioni Unite avrebbe consentito una visibilità ed una condivisione delle regole che l'OIL non riusciva a garantire.

L'ONU, però, non fu immune al contrasto tra paesi in via di sviluppo e paesi occidentali, tant'è che le diseconomie esistenti tra gli Stati si spostarono ben presto dal piano socio-economico a quello politico, fino a riverberarsi in fase di redazione del documento normativo.

L'elaborazione del testo della convenzione fu affidata ad un gruppo di lavoro appositamente costituito nel 1979, all'interno del quale si manifestarono sin da subito due opposti schieramenti: da un lato i paesi in via di sviluppo, favorevoli ad un approccio "morbido" al tema dell'immigrazione clandestina,

³³ Su cui si veda *infra* par. 4 di questo capitolo.

dall'altro i paesi dell'area scandinava e mediterranea, favorevoli ad una disciplina rigida che seguisse il solco della Convenzione OIL n. 143. Il contrasto si protrasse per anni, ma alla fine la rigidità agognata dai paesi occidentali prevalse.

La *Convenzione sui lavoratori migranti ed i membri delle loro famiglie* fu quindi adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU con la risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990 ed entrò in vigore il 1° luglio 2003. Il lungo periodo trascorso dalla data di adozione a quella di effettiva vigenza evidenzia, ancora una volta, le forti discrasie e le tensioni che il tema dell'immigrazione ingenera tra i Governi³⁴.

Nel Preambolo si richiamano le Convenzioni OIL in tema di migrazione (nn. 97 e 143) e di abolizione del lavoro forzato (nn. 29 e 105) e si afferma l'idea che i diritti fondamentali dei lavoratori migranti abbisognano di protezioni maggiori di quelle che sono state riconosciute e garantite in passato, nella convinzione che un rafforzamento delle tutele aiuti a contrastare i fenomeni di immigrazione clandestina.

Il contenuto della Convenzione consiste in una specificazione ed estensione dei diritti contenuti nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 10 dicembre 1948 in favore dei migranti per lavoro e dei loro familiari.

In particolare, a titolo esemplificativo, la Convenzione riconosce: una generale libertà di lasciare il proprio Paese di origine (salve le limitazioni di ordine pubblico) e di farvi poi ritorno; il diritto alla vita e il divieto di lavoro forzato o di trattamenti crudeli e disumani; la libertà di professare la propria religione e di esprimere le proprie opinioni; il diritto alla protezione della propria *privacy*, del proprio domicilio, della corrispondenza, ed anche della

³⁴ Nonostante la Convenzione sia stata adottata in sede ONU a larga maggioranza nel 1990, nessuno Stato membro dell'UE vi ha aderito. Questa importante Convenzione a favore dei lavoratori migranti e dei loro familiari è caduta per lungo tempo nel dimenticatoio e sono dunque necessari degli sforzi a livello europeo ed internazionale affinché i diritti in essa contenuti diventino effettivi e non rimangano ancora in una fase embrionale. Sul punto si veda l'articolo di GUBBINI C., *La Convenzione dimenticata*, in *Il Manifesto*, 19 dicembre 2002.

proprietà privata; la sicurezza personale; il diritto a trattamenti umani in caso di arresto o condanna a pene detentive; l'accesso al sistema di tutela giudiziaria in condizioni di parità rispetto ai lavoratori nazionali; ecc.

La Convenzione, poi, assume una portata innovativa poiché affronta il problema socio-giuridico della migrazione nella sua completezza, disciplinando tutte le fasi del processo migratorio, dai preparativi per la partenza al rientro, identificando di volta in volta quali siano i diritti da tutelare³⁵.

Oltre al succitato carattere volutamente analitico del fenomeno immigratorio, il documento predisposto dall'ONU ha l'ulteriore pregio di equiparare sul piano del godimento dei diritti umani internazionalmente riconosciuti sia i lavoratori stranieri regolari che quelli soggiornati irregolarmente.

L'equiparazione sostanziale tra immigrati regolari ed irregolari è stata uno dei principali ostacoli alla diffusione e formalizzazione della Convenzione, poiché essa comporterebbe per i Paesi europei l'abbandono delle restrittive politiche di filtro dei flussi migratori, aprendo nuovi scenari incentrati al riconoscimento del valore "umano" dello straniero, inteso come soggetto da tutelare e non come mera forza lavoro.

Si osserva, a tal proposito, che le problematiche impeditive della formalizzazione della Convenzione, caratterizzanti il quadro politico istituzionale europeo, sono state accentuate in Italia dagli interventi legislativi che hanno irrigidito l'accesso e la stessa permanenza dei cittadini extracomunitari.

³⁵ In ordine al carattere esaustivo della Convenzione cfr. PITTAU F., *La Convenzione dell'ONU sui lavoratori migranti: prospettive d'impegno a dieci anni di distanza*, in *Affari Sociali Internazionali*, 1999, 4, p. 97.

4. L'attività e i documenti dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro

L'Organizzazione Internazionale del Lavoro³⁶ a differenza dell'ONU, ha cercato di affrontare il problema dell'immigrazione in maniera organica, o meglio, questo era l'intento dei promotori delle varie Convenzioni succedutesi nel tempo. Intento che non si è concretizzato adeguatamente nella fase di implementazione normativa dei "prodotti" giuridici concepiti dall'OIL nelle singole realtà ordinamentali nazionali.

Le difficoltà di diffusione dei precetti e delle regole individuate dall'OIL risiedono principalmente negli stessi strumenti adoperati dall'Organizzazione: le Convenzioni e le Raccomandazioni. Ed invero, le prime per produrre effetti all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri necessitano di un'apposita ratifica, mentre le seconde sono naturalisticamente prive di effetti vincolanti.

Volendo glissare, però, sui profili "genetici" dei provvedimenti dell'OIL, va comunque rilevato che tale Organismo, oltre ai succitati intenti ambiziosi, ha

³⁶ L'Organizzazione Internazionale del Lavoro è stata fondata nel 1919 ed attualmente annovera 182 paesi membri. Dal 1946 è diventata agenzia specializzata al servizio dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. I suoi obiettivi sono ancora oggi formalizzati in un documento importante, noto come Dichiarazione di Filadelfia, adottata nel 1942. È importante rilevare che si tratta dell'unica agenzia delle Nazioni Unite ad avere struttura tripartita: fanno parte dell'OIL, infatti, e concorrono alla sua direzione, sia rappresentanti dei capi di Stato, sia rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro. In definitiva, quindi, l'OIL è un'agenzia dell'ONU tripartita e multilaterale (l'unica), il cui scopo principale è il perseguimento di migliori condizioni di vita e di lavoro per le popolazioni dei paesi ricchi e dei paesi poveri, attraverso la promozione di diritti sui luoghi di lavoro e di opportunità di lavoro "decente", il rafforzamento della protezione sociale e del dialogo su argomenti relativi al lavoro. In sintesi, l'OIL persegue i seguenti quattro obiettivi strategici: promuovere e rendere effettivi standard minimi, principi fondamentali e diritti dei lavoratori; creare maggiori opportunità per assicurare a uomini e donne un'occupazione ed una retribuzione decente; ampliare la copertura e l'effettività della protezione sociale; rafforzare il tripartitismo ed il dialogo sociale. In pratica, l'Organizzazione pone gli standard internazionali in materia di lavoro, soprattutto mediante l'adozione di Convenzioni contenenti regole minime sui diritti fondamentali in materia di lavoro, quali: la libertà di associazione e di organizzazione, la contrattazione collettiva, l'abolizione del lavoro forzato, l'eguaglianza di opportunità e di trattamento, ecc. A tale proposito si è soliti individuare un *corpus* di convenzioni fondamentali, che appunto hanno ad oggetto gli indicati diritti. Sul sito internet www.ilo.org sono reperibili i testi di tutte le Convenzioni e le Raccomandazioni adottate dall'Organizzazione, informazioni aggiornate sullo stato delle ratifiche delle convenzioni da parte degli stati membri, nonché dati statistici sul fenomeno migratorio. Di converso, per un'analisi del ruolo dell'Organizzazione quale agente internazionale si veda CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., pag. 155.

avuto l'ulteriore merito di essersi attivato sul tema dell'immigrazione sin dalla sua istituzione.

Ebbene, i primi interventi dell'OIL sul tema del lavoro degli immigrati si registrano già negli anni '20. In effetti, nel 1921 fu istituita una speciale Commissione, quale articolazione interna dell'OIL, incaricata di formulare linee guida per la definizione di una disciplina organica e completa del fenomeno migratorio; l'operatività della Commissione, in ogni modo, non si poneva in contrasto con il principio di sovranità dei singoli Stati in tema di immigrazione.

Immediato frutto del lavoro della Commissione fu la Raccomandazione n. 19 del 1922 con cui si esortarono gli Stati membri a comunicare i dati statistici dei flussi migratori in entrata ed in uscita, inserendo in tale rilevazione numerica anche i meri lavoratori stranieri in transito.

Nel 1926, poi, furono adottate contestualmente la Convenzione n. 21 e la Raccomandazione n. 26, entrambe relative al fenomeno migratorio più diffuso a quel tempo: i trasferimenti di massa dei lavoratori via mare.

Sebbene tali interventi avessero una diffusione ed un'efficacia limitata³⁷ ebbero comunque il pregio di appuntare l'interesse della comunità internazionale sul tema dell'immigrazione, sedimentandosi nel quadro normativo infrastatuale e preparando così la futura sensibilità dei singoli legislatori nazionali.

Sempre grazie all'incessante lavoro della Commissione furono emanate, agli albori del secondo conflitto mondiale, le Raccomandazioni nn. 61 e 62 del 1939 e, nello stesso anno, la Convenzione n. 66.

Quest'ultima Convenzione fu di un certo pregio ed ebbe un discreto rilievo poiché conteneva non solo alcune norme "programmatiche" ovvero dichiarazioni di principio come l'affermazione di un *generale principio di parità di trattamento*³⁸, ma anche un insieme di precetti immediatamente applicabili e

³⁷ La Convenzione n. 21 non è mai stata ratificata dall'Italia e dal 1986 non è più aperta ad ulteriori ratifiche.

³⁸ In particolare, si stabiliva, all'art. 6 della Convenzione, un generale principio di parità di trattamento relativamente: alle condizioni di lavoro ed in particolare alla retribuzione ed al diritto di aderire a

concernenti la risoluzione di problematiche concrete (come ad es. il rimpatrio a carico dello Stato ospitante in caso di insuccesso nella ricerca di un impiego).

La Convenzione n. 66, però, non fu mai aperta alle ratifiche da parte degli Stati a causa degli eventi bellici che cominciavano a funestare il mondo proprio in quegli anni.

L'OIL comprese sin dai primissimi interventi che l'immigrazione dei lavoratori non era un semplice fenomeno da disciplinare - *rectius* arginare - mediante norme internazionali di natura convenzionale, ma esso necessitava di una massiccia fase programmatica al fine di comprendere i meccanismi genetici e funzionali che consentivano una gestione preventiva e non emergenziale dell'evento.

In quest'ultima ottica, l'Organizzazione si propose come organo di coordinamento delle politiche migratorie a livello sovranazionale al fine di regolare la domanda e l'offerta di manodopera a livello internazionale.

A tale nuova veste dell'OIL si opposero fermamente gli Stati Uniti d'America, rifiutando qualsiasi piattaforma collaborativa che annoverasse tra i partecipanti i Paesi del blocco comunista.

Di conseguenza, dopo aver indetto sparute conferenze sul tema, l'OIL abbandonò tale obiettivo in favore dell'allora "occidentalissima" *Intergovernmental Committee for European Migration (ICEM)*, struttura dedicata alla questione dell'immigrazione ed oggi nota come *International Organisation for Migration (OIM)*³⁹.

Terminata bruscamente la fase della "politica dell'immigrazione", l'OIL continuò ad occuparsi dei flussi migratori dei lavoratori con l'ordinario strumento

sindacati (ma solo nella misura in cui tali materie fossero regolate per legge o regolamento o fossero comunque soggette a controlli da parte dell'autorità amministrativa); ad obblighi fiscali e contributivi; agli strumenti di tutela legale relativi al rapporto di lavoro. La parità di trattamento poteva essere, però, subordinata da parte del singolo Stato alla condizione di reciprocità di trattamento che si presumeva esistente tra tutti i paesi stipulanti la convenzione stessa.

³⁹ Si veda la nota n. 1.

della Convenzione, limitandosi così a fissare gli standard minimi internazionali in tema di diritti dei prestatori di lavoro. A tal proposito, proprio in quegli anni fu adottata la Convenzione n. 97/1949 che contiene a tutt'oggi la disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro più largamente condivisa (risulta, infatti, ratificata da 48 stati, Italia compresa⁴⁰).

Il documento rievoca, modifica e rivisita la Convenzione n. 66/1939. La Convenzione n. 97 consta di un *corpus* centrale di norme e di tre Allegati⁴¹, la cui sottoscrizione è facoltativa per i singoli Stati aderenti.

Per quanto attiene al corpo principale della Convenzione, in esso vengono sanciti innanzitutto obblighi di informazione e di assistenza medica e sociale ai migranti per motivi di lavoro. Ed infatti, si prevede, per esempio, all'art. 5, che ogni Stato debba affidare ad un adeguato servizio sanitario la responsabilità di assicurare che il migrante per lavoro ed i membri della sua famiglia godano di buone condizioni igieniche e sanitarie, sia al momento della partenza sia durante il viaggio e fino al paese di destinazione.

L'art. 6 statuisce un generale principio di non discriminazione tra lavoratori muniti di cittadinanza e migranti; in particolare, la norma afferma che ogni Stato si impegna a «ad applicare, senza discriminazione di nazionalità, razza, religione o sesso, agli immigranti che si trovano legalmente entro i limiti del suo territorio, un trattamento che non sia meno favorevole di quello che esso applica ai propri dipendenti». Il succitato dovere di non discriminazione dovrebbe accompagnare il legislatore nazionale non solo nella disciplina degli istituti diretti ed essenziali del rapporto di lavoro caratterizzanti l'ordinario sinallagma dell'obbligazione, ma anche nella regolarizzazione di quegli eventi incidenti sul regolare svolgimento del

⁴⁰ Recepita dall'Italia con legge 2 agosto 1952, n. 1305 (Suppl. ord. G.U. 17 ottobre 1952, n. 242).

⁴¹ I tre allegati sono così intitolati: I) Reclutamento, collocamento e condizioni di lavoro dei lavoratori emigranti che non sono reclutati in virtù di accordi relativi ad emigrazioni collettive stipulati con controllo governativo; II) Reclutamento, collocamento e condizioni di lavoro dei lavoratori emigranti reclutati in virtù di accordi relativi a emigrazioni collettive stipulati con controllo governativo; III) Importazione degli effetti personali, degli utensili e dell'equipaggiamento dei lavoratori migranti.

rapporto e capaci di produrre la sospensione e/o l'estinzione dello stesso: gli infortuni sul lavoro, la maternità, la malattia, l'invalidità, la vecchiaia, la morte, il recesso, la disoccupazione, ecc.

L'assolutezza del principio di non discriminazione di cui all'art. 6 viene, però, "relativizzato" dall'espressione «nella misura in cui queste questioni sono regolate dalla legislazione o dipendono dalle autorità amministrative», permettendo così al singolo Stato di riacquisire un notevole margine di discrezionalità nella determinazione della misura del trattamento da riservare ai lavoratori migranti.

Di particolare interesse, infine, appare l'art. 11 della Convenzione in cui si fornisce una peculiare definizione di lavoratore migrante, considerando come tale ogni persona che emigra da un paese verso un altro paese allo scopo di occupare un impiego che non dovrà esercitare per proprio conto e comprendendo altresì, in tale categoria, qualsiasi persona ammessa regolarmente nello Stato in qualità di lavoratore emigrante⁴².

È importante rilevare che la disciplina della Convenzione n. 97 è stata completata da quella successiva contenuta nella Convenzione n. 143.

La Convenzione n. 143⁴³ fu adottata nel 1975, in un periodo in cui la richiesta di manodopera straniera si era ridotta drasticamente a seguito della crisi economica che caratterizzò taluni settori produttivi come quello industriale⁴⁴. Ciò spiega la finalità dichiarata della Convenzione, consistente - come recita il preambolo dello stesso documento - nella necessità di evitare un'eccessiva e incontrollata o non assistita crescita dei movimenti migratori, foriera di conseguenze negative sul piano sociale ed umano.

⁴² Lo stesso articolo esclude espressamente i lavoratori frontalieri, gli artisti, i libero professionisti e la gente di mare.

⁴³ Recepita dall'Italia con L. 10 aprile 1981, n. 158 (Suppl. ord. G.U. 29 aprile 1981, n. 116).

⁴⁴ TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, in TURSI A. (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della l. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998) relative alla disciplina dell'immigrazione per il lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni nella l. n. 222 del 2002*, Giappichelli, Torino 2005, p. 71.

In concreto, il *corpus* centrale della Convenzione consta di due parti: la prima riguardante le “migrazioni in condizioni abusive”, la seconda disciplinate la “parità di opportunità e trattamento” tra lavoratori stranieri e lavoratori dotati di cittadinanza.

Nel contrasto al fenomeno del lavoro irregolare si osserva che la lotta a tali forme di migrazioni abusive dovrebbe avvenire, secondo l’OIL, sia attraverso un’opera preventiva che attraverso un rigido atteggiamento repressivo.

La fase preliminare, dunque, dovrebbe consistere nella predisposizione di un’adeguata piattaforma informativa tra gli Stati e gli stessi operatori del mercato del lavoro funzionale allo scambio di notizie circa le rotte ed i percorsi utilizzati dagli stranieri per entrare illegalmente nei paesi di destinazione, nonché circa la stima di tali flussi che, per loro natura, sono difficilmente rilevabili.

La gestione successiva della fase c.d. patologica (fase in cui i lavoratori stranieri irregolari già operano all’interno del mercato del lavoro) viene estesa anche alle parti sociali e non solo all’azione dei governi centrali.

Saggiamente l’OIL non individua quale unico responsabile delle migrazioni irregolari il prestatore di lavoro, ma indirizza l’azione di contrasto degli Stati aderenti sia nei confronti dell’organizzazioni criminali organizzatrici dei trasferimenti sia dei datori di lavoro compiacenti che utilizzano queste forme di manodopera sommersa, prevedendo tutta una serie di sanzioni di natura penale, civile ed amministrativa.

Un contributo rilevante ai fini dell’equiparazione tra lavoratori in possesso della cittadinanza e quelli migranti è dato dall’art. 8 della suindicata Convenzione, in cui si afferma che la perdita del posto di lavoro, per i lavoratori entrati regolarmente nel territorio di uno Stato, non costituisce un valido motivo di espulsione. Tale prescrizione, di difficile applicazione in considerazione delle attuali resistenze da parti di molti Paesi europei, ha il pregio di concedere una serie di garanzie non solo ai lavoratori migranti che concretamente svolgano prestazioni

di lavoro, ma anche a coloro che sono in cerca di occupazione, tutelando così anche l'accesso - o meglio – il reingresso dei lavoratori migranti nel mercato di lavoro⁴⁵.

In continuità logico-cronologica rispetto all'art. 8, si pone l'art. 10; in esso si afferma che, negli ordinamenti in cui è operante la Convenzione n. 143, le singole politiche nazionali promuoveranno e garantiranno «con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio».

Tale norma dal contenuto programmatico rappresenta un'indubbia evoluzione del principio di non discriminazione e di equiparazione tra lavoratori cittadini e migranti nonché un accrescimento del patrimonio normativo del lavoratore migrante rispetto alle pregresse Convenzioni sul tema.

Analizzando, poi, nello specifico la tecnica redazionale utilizzata nella formulazione dell'art. 10 della Convenzione n. 143, si rileva, ai fini della sua operatività, l'assenza del rinvio legislativo e/o amministrativo di cui alla Convenzione n. 97, con la conseguenza di concepire un principio di parità di trattamento tendenzialmente esteso anche ai rapporti interprivati.

All'estensione dell'ambito oggettivo della Convenzione n. 143 non è seguito, però, un ampliamento soggettivo dei destinatari, che, al contrario, hanno subito una parziale restrizione rispetto al novero individuato dalla Convenzione n. 97 (lavoratori transfrontalieri, artisti e liberi professionisti che soggiornano nel paese per brevi periodi, personale marittimo). Ed invero, la normativa contenuta nel documento promosso dall'OIL nel 1975 non trova applicazione nei confronti delle persone venute nel Paese a scopo di istruzione o addestramento, né nei confronti dei lavoratori distaccati all'estero.

⁴⁵ Vedi VISCOMI A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 114.

Dall'analisi, seppur sintetica, delle principali disposizioni convenzionali poste in essere dall'OIL, emerge chiaramente, come detto in apertura, la limitata operatività delle stesse all'interno dei singoli ordinamenti degli Stati membri.

Tale difficoltà applicativa è dovuta, oltre alla surriferita necessità di ratificazione delle Convenzioni, anche alla lacunosità dei singoli precetti; lacune che lasciano ampi margini di manovra alla sovranità statale degli Stati membri su aspetti fondamentali in tema di disciplina dell'immigrazione (condizioni di ingresso e di permanenza sul territorio dello stato).

L'Organizzazione Internazionale del Lavoro, forse ormai consapevole della limitata rigidità normativa delle disposizioni convenzionali prodotte, sta elaborando nuove proposte e documenti sussumibili nel "diritto morbido", nel *soft law*, rinunciando *ab origine* a qualsiasi velleità autoritativa.

Tra tali iniziative, si segnala il *Quadro multilaterale sul fenomeno delle migrazioni per ragioni di lavoro*⁴⁶, dal sottotitolo significativo: "principi e linee guida non vincolanti per un approccio alla migrazione per motivi di lavoro fondato sui diritti". In estrema sintesi, il documento, emesso nel 2006, intende fornire una "cornice" - o meglio, una piattaforma - utile ad orientare l'azione dei Governi e delle parti sociali nell'approccio al fenomeno della migrazione e nel contrasto ai suoi effetti maggiormente negativi (quali, ad esempio, lo sfruttamento dei lavoratori, l'immigrazione irregolare, ecc.)⁴⁷. Di conseguenza, in totale ossequio alla potestà legislativa degli Stati membri, l'OIL mediante la diffusione di buone prassi, intende massimizzare gli effetti benefici della migrazione per motivi di lavoro grazie al coinvolgimento *volontario* di tutti i soggetti interessati.

⁴⁶ Anche il testo di questo documento è disponibile al sito internet www.ilo.org.

⁴⁷ Vedi RAIMONDI G., *L'Organizzazione Internazionale del Lavoro ed i fenomeni immigratori*, in BENVENUTI P. (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Editrice il Sirente, 2008, p. 66.

5. Le clausole sociali contenute negli accordi commerciali internazionali. In particolare, l'attività dell'Organizzazione Mondiale del Commercio

Sono, ormai, note le potenziali disfunzioni che la globalizzazione economica dei mercati può comportare e, tra i suoi effetti (negativi), è possibile annoverare la ricerca - talvolta mirata - di aree geografiche in cui la legislazione garantisce un livello di protezione sociale inferiore rispetto a quella presente negli ordinamenti d'appartenenza. Ciò ingenera dei notevoli rischi sociali; il rischio più rilevante per la tutela del lavoro è un livellamento verso il basso degli standard lavorativi su scala internazionale.

L'espansione globale dei mercati, infatti, ha prodotto dei fenomeni concorrenziali basati sull'abbassamento dei costi sociali (salari ridotti, negazione dei diritti in materia di ambiente e sicurezza sul posto di lavoro); tali effetti sfociano nel c.d. *social dumping*.

Tale fenomeno si riferisce all'importazione di prodotti dai Paesi in via di sviluppo, con costi di produzione notevolmente ridotti rispetto a quelli del mercato occidentale, dovuti essenzialmente al costo sensibilmente inferiore del lavoro nel paese d'origine. Ciò è imputabile a parametri socio-lavorativi diseguali⁴⁸ - sfruttamento del lavoro minorile o del lavoro forzato o, più genericamente, carenza, se non totale assenza, di forme assistenziali e previdenziale a favore del lavoratore- e comporta discrasie commerciali basate sui differenti costi medi di produzione.

Le imprese, pertanto, per risultare vincenti sul piano economico e produttivo o devono delocalizzare ed esternalizzare l'attività produttiva ovvero pregiudicare i lavoratori già inseriti nell'organizzazione aziendale, comprimendo la loro sfera di protezione fino a sfociare in vere forme di

⁴⁸ Vedi PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Giappichelli, 1999, pag. 18.

sfruttamento⁴⁹ e, come è facile intuire, tali indebite compressioni dei diritti si realizzano soprattutto in capo ai lavoratori migranti irregolari.

La globalizzazione, generatrice di tali effetti nocivi sui diritti dei lavoratori, è stata frequentemente definita come «comunità di destini che si sovrappongono»⁵⁰; ma, sarebbe un errore pensare che tali destini siano irrimediabilmente segnati, infatti, esistono dei rimedi, dei correttivi che possono risollevare gli standard di tutela dei lavoratori e, in particolare, dei migranti: le clausole sociali.

Esse sono particolarmente importanti poiché possono eliminare le distorsioni sociali del mercato e veicolare buone prassi.

Gli accordi commerciali europei - che sollecitano maggiormente i comportamenti datoriali virtuosi - sono gli *Association Agreement*, contenenti clausole di protezione in base alle quali la Comunità Europea⁵¹ non deve importare, dai Paesi aderenti all'accordo, merci prodotte con modalità violanti gli standard dell'OIL sul lavoro, facendo rientrare tra questi anche il principio di non discriminazione e di pari opportunità tra lavoratori indigeni e quelli stranieri.

È opinione comune che l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), a cui è demandata la regolazione degli scambi commerciali a livello globale, potrebbe svolgere una faticosa opera di tutela dei diritti sociali fondamentali.

⁴⁹ Le più frequenti sono quelle delle lavoratrici, dei minori e degli immigrati.

⁵⁰ Vedi PERULLI A., *Alcune riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori nel diritto internazionale*, in SCARPONI S. (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, p. 81. Tale definizione di "globalizzazione" fornita da Perulli ricalca l'indicazione dello studioso Amartya Sen, economista indiano che nei suoi studi ha coniugato le ragioni dell'etica con quelle dell'economia.

⁵¹ Sul ruolo e la legittimazione dell'Unione europea nella fissazione dei c.d. *core labour standards* vedi DELFINO M., *Clausole sociali, competenza comunitaria e costituzionalizzazione dei diritti dei lavoratori*, in *Democrazia e diritto*, 2004, 3, p.142.

L'OMC⁵² fornisce un *forum* per lo svolgimento dei negoziati relativi alle relazioni commerciali multilaterali, tendenti alla massima liberalizzazione del commercio mondiale⁵³.

L'Organizzazione veglia, altresì, sull'esecuzione e l'adempimento di una serie di accordi e negoziati annessi allo Statuto della stessa (GATT, GATS, TRIP).

L'importanza dell'OMC è basata sul suo apparato sanzionatorio ed è in conformità a esso che si richiede di estendere la sua competenza sulle questioni non direttamente economiche, le *non trade issues*, in cui si potrebbero inserire le vicende migratorie per motivi di lavoro.

Le potenziali nuove materie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio esulano da dazi, tasse e aspetti commerciali e dovrebbero sfociare nel processo di sviluppo dei diritti umani, sociali e ambientali.

L'inclusione delle clausole sociali nei meccanismi dell'OMC rafforzerebbe il raccordo istituzionale tra essa e l'OIL, la quale gode dello *status* di osservatore permanente dei lavori dell'OMC. Le istanze in questione, se accolte, fornirebbero in via mediata all'OIL gli strumenti sanzionatori necessari per la tutela dei diritti dei lavoratori.

Le tutele derivanti dall'attività dell'OMC cui potrebbero beneficiare i lavoratori immigrati appaiono allo stato solo potenziali, ma va rilevato che l'Organizzazione, pur non conferendo agli individui un vero e proprio diritto di spostarsi, risiedere e lavorare in un Paese straniero⁵⁴, si è occupata della circolazione di prestatori di servizi tra i suoi Stati membri.

⁵² Organizzazione creata nel 1994, formata da 135 Stati nonché dalla CE. La sua attività interessa i complessi negoziati che prima si svolgevano in seno all'Accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT), fuori da un quadro istituzionale.

⁵³ Vedi CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., p. 161.

⁵⁴ Vedi DOMMEN C., *Migrants' Human Rights: Could GATS help?*, in www.migrationinformation.org, 1° marzo 2005.

In particolare, l'art. 1.2 del GATS⁵⁵ disciplina quattro modalità di commercio nel settore dei servizi: la “fornitura transfrontaliera” (c.d. “Modello 1”), ossia lo spostamento dell’oggetto della prestazione non già del prestatore del servizio (lett. *a*); il “consumo all’estero” (c.d. “Modello 2”), implicante lo spostamento del fruitore del servizio nel Paese in cui questo viene fornito (lett. *b*); la “presenza commerciale” (c.d. Modello 3”) del prestatore del servizio nel Paese dove questo deve essere reso (lett. *c*); la prestazione del servizio effettuata grazie alla “presenza fisica del prestatore” (c.d. “Modello 4”) nel territorio di uno Stato diverso dal proprio (lett. *d*).

Quest’ultim, infatti, si riferisce generalmente alle prestazioni libero professionali di un soggetto (cittadino o residente permanente di uno dei Paesi membri OMC) attraverso la sua *temporanea* presenza materiale sul territorio di un altro Stato (si veda ad esempio l’attività forense o quella medica).

Tale forma di migrazione consta di tre caratteri fondamentali: la presenza di una specifica ragione legittimante la migrazione e coincidente con la prestazione da erogare; la riconducibilità di tali prestazioni all’area dei servizi, escludendo altre aree economiche comunque interessate dalla migrazione; la temporaneità del soggiorno poiché il lavoratore straniero non mira a stabilizzarsi nel mercato del lavoro del Paese di destinazione⁵⁶.

Il Modello 4 del GATS, dunque, essendo riservato ai soli prestatori di servizi, appare *ictu oculi* limitativo ed insufficiente a disciplinare il vasto

⁵⁵ Acronimo di *General Agreement on Trade Services* (Accordo Generale sugli scambi dei servizi). Il GATS è contenuto nell’Allegato 1B all’Accordo istitutivo dell’Organizzazione Mondiale del Commercio, firmato a Marrakech nell’aprile 1994. Esso fa parte dei c.d. “Accordi commerciali multilaterali” (ACM), ossia quegli accordi che accolgono il principio dell’*impegno globale o unico* (*single undertaking*) e che possono essere accettati solo in blocco. Questa categoria di accordi va distinta da quella dei c.d. “Accordi commerciali plurilaterali”, ossia quegli accordi che vincolano solo gli Stati che vi aderiscono espressamente e non, automaticamente, tutti i Membri dell’OMC. Il GATS mira a regolamentare la liberalizzazione degli scambi internazionali di servizi tra gli Stati membri. In particolare, sulla struttura del GATS.

⁵⁶ Riguardo quest’ultimo aspetto, c’è da dire che il GATS, pur non definendo il termine “temporaneo”, esclude qualunque ipotesi di soggiorno permanente da parte del prestatore sul territorio dello Stato ospitante. Sul punto si veda DOMMEN C., *Migrants’ Human Rights: Could GATS help?*, cit., 1° marzo 2005; SANDS O., *Temporary Movement of Labor Fuels GATS Debate*, in www.migrationinformation.org, 1° giugno 2004.

fenomeno migratorio; tuttavia, si afferma pur sempre una parziale libertà di circolazione delle persone fisiche.

È doveroso segnalare, però, che il limitato campo di applicazione del GATS risente di un'ulteriore restrizione derivante dalle disposizioni contenute nell'*Allegato sul movimento di persone fisiche prestatrici di servizi ai sensi dell'Accordo*.

Nell'Allegato, infatti, si precisa che le norme GATS non si applicano nella fase di ricerca e di accesso al lavoro, nonché nella successiva fase funzionale di un rapporto di lavoro *permanente*.

Tra l'altro va considerato che le norme poc'anzi enunciate hanno un mero valore sussidiario poiché ogni Stato aderente è libero di regolare l'ingresso o il soggiorno anche temporaneo di persone fisiche sul proprio territorio, così come di controllare e, in via d'azione, di limitare i flussi transfrontalieri di persone fisiche; l'autonomia operativa dei singoli Stati, però, non può eludere gli impegni specifici assunti attraverso la partecipazione e l'adesione all'OMC.

L'analisi interpretativa dell'Allegato accessorio al GATS conduce, in definitiva, ad una riconsiderazione della reale portata applicativa dell'Accordo in tema di lavoro dei migranti, riconoscendo a tale documento una semplice funzione definitoria anziché regolativa del fenomeno.

6. Il ruolo della Unione Europea nelle politiche di immigrazione: dalla cooperazione intergovernativa alla “comunitarizzazione” del fenomeno

Nell’impianto normativo originario del Trattato di Roma - istitutivo nel 1957 della Comunità economica europea - non fu prevista alcuna competenza formale in materia di politiche di immigrazione. Lo scarso interesse dell’allora legislatore comunitario fu imputabile principalmente a due fattori: il primo, di carattere essenzialmente quantitativo, identificabile nella scarsa portata dei flussi migratori provenienti dai paesi esterni negli anni cinquanta e sessanta; il secondo, invece, di natura squisitamente politica, consistette nel fatto che il tema dell’immigrazione non fu considerato funzionale alla realizzazione degli obiettivi economici della neonata Comunità. Il tema dell’immigrazione, dunque, non era immediatamente riconosciuto come un vero problema da affrontare, ma assumeva un ruolo marginale rilevando solo in via mediata ed indiretta quale elemento ancillare alle dinamiche economiche del mercato del lavoro⁵⁷.

La politica dell’immigrazione, infatti, è rientrata a lungo nella sfera di azione “particolare” dei singoli Stati, in quanto essi hanno rivendicavano l’esclusiva potestà decisoria relativamente agli interventi politici e all’impianto normativo. Di conseguenza, la regolamentazione dell’ingresso, dello stabilimento e dell’accesso al lavoro dei cittadini extracomunitari è rimasta per lungo tempo ad appannaggio esclusivo dei vari Stati membri, con l’ovvio conclusione che in tale contesto normativo-istituzionale, la situazione giuridica e i diritti degli immigrati variavano sensibilmente da un Paese membro all’altro.

⁵⁷ Sul ruolo marginale nell’ambito degli originari obiettivi comunitari si vedano NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 75 e ss. nonché MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 26. Entrambi gli autori evidenziano che la chiara matrice economicistica della Comunità economica europea, così come congegnata nel 1957, ha sopravanzato di gran lunga la materia della politica sociale, in cui l’immigrazione si inserisce a pieno titolo.

Il predetto atteggiamento degli Stati membri ha sicuramente contribuito a relegare la materia dell'immigrazione, nell'ambito comunitario, a questione secondaria e speculare rispetto all'obiettivo primario dell'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori comunitari.

Il contegno politico-istituzionale dei singoli Paesi appartenenti alla neonata Comunità trovava un diretto riscontro nei primi atti normativi, tra cui va ricordato il regolamento n. 1612 del 1968, il quale conferì ad ogni cittadino degli Stati membri diritto di precedenza nell'assunzione al lavoro rispetto ai cittadini extracomunitari; per questi ultimi un'eventuale assunzione era ammissibile solo in caso di disponibilità di impieghi per i quali non era stata prodotta alcuna domanda dall'interno della comunità.

Nel corso degli anni '70, però, il fenomeno dell'immigrazione, dapprima sottostimato e sottovalutato, occupò uno spazio sempre più preponderante all'interno dell'agenda comunitaria, spazio proporzionale al crescere della sua portata; le dimensioni del fenomeno indussero così la Comunità a riflettere su una gestione della migrazione in senso generalizzato, regolandone tutti i suoi aspetti problematici e non solo la tematica dell'inserimento lavorativo dei cittadini extracomunitari. Venne quindi istituito un meccanismo secondo il quale gli Stati membri furono tenuti a condividere con le istituzioni comunitarie le misure (già attuate ovvero da attuare) destinate ai cittadini dei Paesi terzi. Tale “*network* informativo” doveva essere funzionale alla predisposizione a livello comunitario di iniziative congiunte volte ad armonizzare le legislazioni nazionali sugli stranieri⁵⁸.

La reazione degli Stati membri, defraudati – quantomeno *in nuce* - delle loro competenze ed attribuzione sul tema, seguì quasi immediatamente tale iniziativa ed invero il provvedimento che la regolò venne impugnato in quanto

⁵⁸ Tale determinazione venne cristallizzata e disciplinata dalla decisione n. 381 del 1985 della Commissione europea.

eccedente la politica sociale ed attinente, invece, al settore della pubblica sicurezza.

La Corte di Giustizia accolse il ricorso⁵⁹, ritenendo che l'immigrazione non rientrasse tra le competenze comunitarie, salvo eventuali determinazioni in tema di occupazione e condizioni di lavoro dei prestatori comunitari che solo incidentalmente avessero ad oggetto il fenomeno migratorio, rimanendo liberi, dunque, gli Stati membri di governare le politiche sociali, senza il bisogno di perseguire una politica in tema di immigrazione extracomunitaria comune.

Il predetto meccanismo, seppur censurato in sede giurisdizionale, rappresentò il preludio di un nuovo approccio alla gestione del fenomeno, le cui dimensioni imponevano ormai una riconsiderazione dell'osteggiato metodo di cooperazione intergovernativa.

Il primo passo delle istituzioni comunitarie verso la concertazione e la cooperazione fu l'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 e la pedissequa Convenzione di applicazione con cui si creò un nuovo livello di integrazione europea: il c.d. spazio Schengen. Esso consisteva in uno spazio privo di frontiere, in cui fosse garantita la libera circolazione di merci, servizi, capitali e persone facendo nascere l'esigenza di una disciplina comune in tema di immigrazione (visti, asilo).

In tale spazio, i cittadini dei Paesi terzi potevano circolare ma solo dopo aver superato penetranti controlli al momento dell'attraversamento delle frontiere esterne.

⁵⁹ Si veda Corte Giust. 9 luglio 1987, n. 281, , Rep. Fed. Germania ed altri c. Commissione, in *Foro it.*, 1989, IV,133 ss., la quale affermava, che la decisione n. 381 del 1985 è annullata «nella parte in cui alla commissione medesima non è riconosciuta la competenza ad estendere (con l'art. 1) la procedura di notifica e di consultazione alle materie concernenti l'integrazione culturale dei lavoratori cittadini di Paesi terzi e dei loro familiari ed a finalizzare (con l'art. 3 b) la consultazione degli Stati membri allo scopo di assicurare la conformità dei progetti di provvedimenti nazionali e degli accordi con i Paesi terzi con le politiche e le azioni della comunità».

L'accordo di Schengen non rappresentò un tentativo isolato, ma ben presto gli Stati mostrarono una certa apertura verso un approccio condiviso nella gestione di tematiche comuni, come poteva essere l'immigrazione e, infatti, tale modello collaborativo venne cristallizzato ed ufficializzato col Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992⁶⁰. Il Titolo VI di tale documento fu foriero del c.d. terzo pilastro denominato "Giustizia e affari interni"⁶¹, il quale ebbe lo scopo di incoraggiare gli Stati membri a cooperare in materia di politica di immigrazione, di asilo e attraversamento delle frontiere esterne, di flussi migratori e trattamento degli extracomunitari. Le materie sopra elencate furono dunque considerate «questioni di interesse comune»⁶², tutte strumentali alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone.

Tuttavia, sebbene l'immigrazione fosse stata espressamente enunciata tra le materie c.d. istituzionalizzate nell'ambito comunitario, essa rilevava solo indirettamente e solo in quanto funzionale alla costruzione di uno unico territorio europeo con confini interni solo virtuali, riservando i controlli ai soli *limitis* esterni. Tale costruzione politico-normativa ricalcava, nella sostanza, lo "Spazio senza frontiere" congeniato dall'Atto Unico Europeo del 1986 che ebbe il primario obiettivo di istituire un mercato comune interno senza confini territoriali tra gli Stati membri, garantendo tra essi la libera circolazione dei beni, dei servizi e delle persone e, soprattutto, il controllo comune delle

⁶⁰ Sull'evoluzione storico-normativa delle politiche comunitarie e suoi principi ispiratori che condussero al Trattato di Maastricht si veda ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2009, p. 18 e ss.

⁶¹ Il sistema comunitario venne suddiviso, in seguito al Trattato di Maastricht, in tre "pilastri": il primo pilastro era rappresentato dalla "Comunità europea" e dal "Trattato CE", il secondo dalla "Politica estera e di sicurezza comune", il terzo dalla "Cooperazione nel settore della giustizia e affari interni". Questi ultimi non afferirono direttamente alla Comunità Europea, perché in quel caso avrebbero dovuto sottostare a tutti i vincoli comunitari procedurali, quali l'iniziativa legislativa della Commissione, la cooperazione del Consiglio dei Ministri col Parlamento europeo, e il controllo giudiziario della Corte di Giustizia; al contrario, i due pilastri rimasero a tutti gli effetti affidati alla cooperazione intergovernativa.

⁶² Si veda art. K. 1, punti da 1 a 3, incluso nel titolo VI del Trattato Ue.

frontiere esterne⁶³. Alcuni autori hanno rilevato una tendenziale continuità tra la cooperazione di prima e seconda generazione, constatando una certa coincidenza di fini ed obiettivi tra i provvedimenti posti in essere dal legislatore comunitario⁶⁴.

Il Trattato di Maastricht, quindi, tracciava un assetto secondo il quale i temi dell'asilo e dell'immigrazione permanevano all'interno di una mera cooperazione intergovernativa; quest'ultima, però, svolgendosi nella cornice istituzionale comunitaria si poteva avvalere degli strumenti giuridici predisposti dal terzo pilastro: posizioni comuni, azioni comuni e convenzioni, la cui adozione spettava al Consiglio dell'Unione europea.

Nell'ambito della cooperazione nel settore giustizia e affari interni, dunque, i risultati raggiunti non rispettarono le aspettative e furono di fatto limitati⁶⁵. L'esiguità dei risultati era addebitabile a due ragioni principali: la gelosia degli Stati membri, che seppur vincolati all'obbligo di cooperazione, erano restii a devolvere la disciplina delle predette materie alle istituzioni comunitarie; l'incerto valore giuridico degli atti promananti a seguito della cooperazione, nonché la stessa macchinosità del meccanismo di produzione normativa che richiedeva il requisito dell'unanimità in seno al Consiglio⁶⁶.

Una vera e propria rivoluzione si ebbe con l'approvazione, nel 1997, del Trattato di Amsterdam, entrato ufficialmente in vigore il 1° maggio 1999 a

⁶³ Tale accordo venne firmato da nove Stati membri nel febbraio del 1986 ed entrò in vigore il 1° luglio 1987.

⁶⁴ In tal senso, NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 86.

⁶⁵ Cfr. ancora NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 87 e ss., ove l'autore è molto critico nei confronti della cooperazione in materia di immigrazione elaborata dalla politica comunitaria nel corso degli anni '90, in quanto essa si limitava a delle mere affermazioni formali senza disciplinare nella sostanza i visti di ingresso e le condizioni dell'extracomunitario ed affidandosi ai rapporti di forza tra gli Stati.

⁶⁶ Tali difetti applicativi sono rilevati da MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 31, ove l'autrice in nota evidenzia i limiti dei singoli atti derivanti dalla cooperazione, nonché sottolinea le aporie procedurali, quali l'assenza del coinvolgimento del Parlamento in funzione consultiva e del controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia, limitato alle sole convenzioni elaborate dal Consiglio.

seguito della ratifica ciascuno Stato membro. Il Trattato modificava profondamente il quadro istituzionale poiché abbandonava la logica della cooperazione in favore di una formale comunitarizzazione della politica di immigrazione. Tale innovazione normativa veniva realizzata tecnicamente attraverso lo spostamento degli Accordi di Schengen e tutti i loro atti applicativi all'interno del "primo pilastro" dell'Unione e dunque sotto la formale egida della Comunità, estendendo il regime di libera circolazione delle persone a tutti i Paesi dell'Unione (con esclusione di Regno Unito e Irlanda); lo spostamento logistico interessava inoltre il contenuto dell'Accordo sulla politica sociale⁶⁷, facendo rientrare così nella competenza comunitaria la disciplina delle condizioni di impiego dei lavoratori extracomunitari regolarmente soggiornanti nel territorio della Comunità.

Il risultato tangibile dell'opera di comunitarizzazione predetta era il nuovo Titolo IV del Trattato CE denominato " Visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone".

La scelta del legislatore comunitario di attrarre a sé la materia dell'immigrazione rientrava in un più ampio disegno istituzionale volto alla creazione e allo sviluppo di un'Unione europea intesa quale «spazio di libertà, sicurezza giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione delle criminalità e la lotta contro quest'ultima»⁶⁸.

I toni trionfalistici, però, andavano immediatamente troncati poiché l'inclusione dell'immigrazione nel primo pilastro, con la conseguente

⁶⁷ L'Accordo sulla politica sociale era stato concluso a Maastricht tra gli Stati membri (ad eccezione del Regno Unito e dell'Irlanda del nord) e tra le prescrizioni più rilevanti in esso contenute figura la possibilità, per il Consiglio di adottare le misure minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascun Stato membro, nel settore relativo alle "Condizioni di impiego dei cittadini dei Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità".

⁶⁸ Il testo richiamato appartiene all'art. 3 del Trattato UE nella versione consolidata e modificata dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ex art. 2 del Trattato UE).

estensione ad essa del metodo comunitario di gestione e produzione normativa, non era esente da critiche sia sul piano sostanziale che proceduruali per i motivi che seguono⁶⁹.

Va rilevato primariamente che il legislatore comunitario del 1997 non ha deferito l'intera politica comune sull'immigrazione, ma ha provveduto a "spezzettare" alcuni profili di essa per poi procedere ad un forzoso accorpamento con l'ovvia conseguenza di conferire all'intera operazione un carattere asistematico. Non va sottaciuto, infatti, che è stata persa l'occasione di dotare l'Unione europea di un concreto strumento di definizione ed intervento in materia di immigrazione poiché sono troppi e rilevanti i profili colposamente esclusi dal Titolo IV del Trattato⁷⁰.

In secondo luogo, il Trattato ha fissato un diverso termine temporale per l'attuazione dell'azione comunitaria, prevedendo per alcuni ambiti di intervento il termine di cinque anni e, segnatamente, per le misure in materia di asilo, per quelle applicabili ai rifugiati ed agli sfollati, nonché per quelle relative a immigrazione e soggiorno irregolari. Per altre misure invece il metodo comunitario è stato immediatamente applicabile; esse afferivano alle condizioni di ingresso e soggiorno e alle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, nonché alle misure che definiscono con quali diritti e quali condizioni i cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri. Appare evidenti, dunque, che il legislatore

⁶⁹ Vedi VENEZIANI B., *Il "popolo" degli immigrati e il diritto al lavoro*, in *RGL*, 2007, 3, p. 510 e ss., il quale parla, riferendosi al *corpus* normativo comunitario ed in generale agli obiettivi politici del legislatore comunitario, di «vistosa stonatura».

⁷⁰ Vengono disciplinati infatti solo singoli profili dell'immigrazione (asilo, attraversamento delle frontiere, trattamento dei cittadini degli Stati terzi), tralasciandone degli altri (espulsione, prevenzione dei movimenti migratori, integrazione culturale degli extracomunitari; sul punto cfr. LIGUORI F., *L'immigrazione e l'Unione europea*, in *Dir. Comm. Sc. Int.*, 2000, p. 447.

comunitario ha effettuato una graduazione dell'importanza delle misure da comunitarizzare⁷¹.

È doveroso rappresentare poi che il procedimento decisionale finalizzato all'adozione delle misure in materia di adozione è stato fortemente condizionato nei primi cinque anni di vigore normativo dal metodo intergovernativo poiché in tale periodo l'iniziativa legislativa spettava in condivisione alla Commissione ed ai singoli Stati membri, mentre al Parlamento europeo era riservata un ruolo consultivo.

Allo scadere del quinquennio la Commissione si è riappropriata della sua istituzionale funzione propositiva, anche se è previsto in ogni caso che la stessa tenga in debito conto le proposte formulate dai Paesi membri.

Anche le maggioranze richieste al fine di approvare le singole misure hanno subito dei mutamenti nel corso del tempo, richiedendosi dapprima l'unanimità e poi la maggioranza qualificata.

Infine, altra singolarità è stata la limitata cognizione della Corte di Giustizia in materia. Ed invero, la stessa poteva pronunciarsi, in via pregiudiziale sulle questioni del Titolo IV, solo se l'istanza di rimessione era stata posta in essere dall'autorità giudiziaria dello Stato membro a cui è demandata l'ultimo grado di giudizio secondo l'ordinamento interno. Su altre materie concernenti l'immigrazione, invece, la cognizione della Corte di Lussemburgo era preclusa *ab origine*; tra esse, vi sono le misure o le decisioni riguardanti i controlli personali sulle frontiere interne, motivate da ragioni di ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna.

L'interpretazione restrittiva nell'accesso alla tutela giurisdizionale comunitaria ha destato delle notevoli perplessità, potendo la stessa causare delle rilevanti discriminazioni tra i cittadini comunitari e gli stranieri

⁷¹ In tal senso MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 33 e 34.

extracomunitari, nonché tra extracomunitari soggiornati in diversi Paesi membri⁷².

Alla luce di tali considerazioni, il metodo comunitario concepito dal legislatore del 1997 per l'immigrazione risulta indubbiamente spurio poiché la gestione comune del fenomeno migratorio è solo parziale; basti ricordare che i singoli Stati appartenenti all'Unione europea detengono ancora la facoltà di mantenere o introdurre disposizioni nazionali compatibili con il Trattato e con gli accordi internazionali a cui si aggiunge, poi, la riserva espressa sulle problematiche inerenti al mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna. Il sistema di gestione del fenomeno migratorio enucleato dal Trattato di Amsterdam aspirava al metodo comunitario, ma risentiva ancora delle prerogative di sovranità dei singoli Stati, che ne hanno condizionato la procedura sin ad individuare nella stessa "tracce" della pregressa cooperazione intergovernativa.

⁷² Vedi NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 87 e ss., in cui l'autore stigmatizza il meccanismo di tutela giurisdizionale istituito dal Trattato di Amsterdam.

7. Gli ulteriori interventi delle istituzioni comunitarie nella creazione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”

Nel solco tracciato dal Trattato di Amsterdam si inseriva il Trattato costituzionale dell'Unione Europea, stipulato a Roma il 28 ottobre 2004, il quale proponeva di modificare la struttura istituzionale comunitaria, al fine di semplificare il processo decisionale e conferire all'Unione europea e alle sue istituzioni maggiori poteri. Esso ampliava, inoltre, anche i poteri comunitari in materia di immigrazione, completando l'opera di “comunitarizzazione” iniziata nel 1997 e riempiendo virtualmente i vuoti normativi e le deficienze procedurali createsi a seguito delle innovazioni apportate con il Trattato di Amsterdam.

Ed invero, dal punto di vista tecnico-normativo, nel progetto di Costituzione europea veniva rinnovato il sistema di atti giuridicamente vincolanti⁷³, il che avrebbe conferito alle determinazioni in materia di immigrazione un grado di vincolatività maggiore. Inoltre, le politiche in materia di immigrazione avrebbero dovuto raccordarsi con i principi ed i valori sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁷⁴, permettendo

⁷³ Si doveva procedere ad una modificazione strutturale sia degli atti legislativi con l'introduzione della legge europea e la legge quadro, sia degli atti non legislativi, come il regolamento e la decisione. La legge europea era un atto legislativo di portata generale, obbligatoria in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La legge quadro europea era un atto legislativo che vincolava gli Stati membri destinatari per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salvo la competenza dei singoli apparati nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi per la realizzazione dello stesso. Per quanto concerne gli atti non legislativi, il regolamento europeo doveva avere una portata generale finalizzata all'attuazione degli atti legislativi e talune disposizioni costituzionale. Esso poteva essere obbligatorio nella sua interezza ovvero vincolare gli Stati in ordine al risultato da raggiungere. Le decisioni, sempre obbligatoria, vincolava invece solo gli Stati a cui era stata destinata.

⁷⁴ La Carta dei diritti fondamentali, approvata il 14 novembre 2000 dal Parlamento europeo e proclamata nel corso del Consiglio europeo di Nizza. In ordine ai principi ispiratori della Carta si veda MARI L., *La Carta di Nizza: contenuto e principi ispiratori*, in NAPOLI M. (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 3 e ss.; invece, sull'importanza dell'inclusione della Carta di Nizza nell'articolato della Costituzione europea si veda MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 38, nonché ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 30 ss..

così l'istituzionalizzazione di valori di grande riferimento di cui avrebbero sicuramente beneficiato - in via mediata - anche i lavoratori extracomunitari.

Purtroppo, però, gli ormai noti esiti referendari in Francia ed Olanda hanno di fatto arrestato il processo di ratifica del Trattato costituzionale e con esso il potenziale approccio costruttivo delle istituzioni comunitarie alla questione dell'immigrazione extraeuropea.

Al fallimento del progetto costituzionale seguiva il Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre del 2007 ed in vigore dal 1° dicembre 2009. Il Trattato suddetto cercava di mediare tra le alte aspirazioni costituzionali espresse nel 2004 e le resistenze rappresentate da alcuni Stati membri: il risultato scaturito è sicuramente innovativo e in alcuni tratti apprezzabili.

Nello specifico, il Trattato di Lisbona ha modificato il Trattato UE e quello istitutivo della Comunità europea, cambiandone peraltro denominazione in "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea". La modificazione normativa ha comportato l'abolizione dei c.d. tre pilastri, una nuova ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri all'insegna della semplificazione e funzionalizzazione e, infine, un progressivo mutamento dei meccanismi decisionali passando dal requisito dell'unanimità a quello a maggioranza qualificata per le determinazioni del Consiglio.

In tale vasta opera di armonizzazione legislativa, foriera tra l'altro di un affinamento degli strumenti giuridici già predisposti dal Trattato di Amsterdam, si registrano rilevanti novità in materia di immigrazione.

In primo luogo se ne riconosce una rinnovata importanza in quanto, al fine di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'Unione «garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo

delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi»⁷⁵.

Si individuano così tre grandi macro aree di intervento⁷⁶ e, in riferimento specificamente alla politica di immigrazione, l'art. 79 del TFUE recita che «l'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani». Le priorità individuate in materia dall'Unione sono simili a quelle di qualsiasi singolo Stato, occupandosi primariamente della gestione previsionale del fenomeno (i flussi migratori), poi di quella funzionale (parità di trattamento dei cittadini dei Paesi Terzi) e, infine della gestione emergenziale (contrasto dell'immigrazione illegale).

Tali obiettivi rientrano, dunque, nella potestà legislativa ordinaria dell'Unione; di contro, sono ad appannaggio dei singoli Stati membri: le politiche di integrazione dei cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti nel territorio europeo, per le quali residuano competenze comunitarie solo in ordine a misure di incentivazione e di sostegno all'azione degli Stati membri, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari di quest'ultimi; il diritto esclusivo di determinare il volume di ingresso dei cittadini dei Paesi terzi che intendono entrare nel territorio nazionale al fine reperire un lavoro dipendente o autonomo; infine, le problematiche attinenti al mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna, per la quali sussiste non una

⁷⁵ In tal senso art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea così come modificato dal Trattato di Lisbona.

⁷⁶ Rispettivamente negli artt. 77,78, 79 e 80 del TFUE.

semplice competenza legislativa dei singoli Stati ma un'espressa loro responsabilità⁷⁷.

Il Trattato di Lisbona, con il nuovo processo di armonizzazione e comunitarizzazione appena delineato, sembra fornire maggiori garanzie rispetto al quadro istituzionale previgente al fine dell'emanazione di seri provvedimenti in tema di immigrazione.

In tale percorso di comunitarizzazione si registrano però anche delle inspiegabili deviazioni o arretramenti rispetto al disegno normativo perseguito dal legislatore. Pietra dello scandalo è il mancato inserimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra le fonti primarie comunitarie. Ad essa si rinvia semplicemente, attribuendole in ogni caso lo stesso valore giuridico dei Trattati. Attraverso tale semplice equiparazione non si riesce, però, a tutelare ed implementare in maniera significativa i diritti fondamentali all'interno dell'Unione europea.

Una valorizzazione differente del documento, invece, avrebbe rafforzato considerevolmente i diritti dei cittadini extracomunitari, nonché il loro effettivo esercizio.

Tra le prescrizioni della Carta di Nizza di pronta fruibilità da parte di cittadini dei Paesi terzi, va segnalato il divieto di discriminazione «fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali»⁷⁸. Assume rilevanza anche l'art. 15 che, nel conferire ad ogni individuo la libertà di esercitare una professione e il diritto a lavorare, riconosce, al comma 3, ai cittadini dei Paesi terzi legittimati ad esercitare un'attività lavorativa sui territori degli Stati membri il diritto a «condizioni di

⁷⁷ Cfr. Art. 72 del TFU.

⁷⁸ Si veda l'art. 20 del Carta di Nizza.

lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione»⁷⁹. Sulla scia della parità di trattamento, l'art. 45 prevede la possibilità di estendere la libertà di circolazione e di soggiorno entro lo spazio comunitario anche ai soggetti extracomunitari.

Non mancano poi norme proibitive della tratta degli essere umani e della schiavitù, le cui enunciazioni possono sembrare *ictu oculi* anacronistiche, ma, in considerazione dell'universalismo dei diritti fondamentali di cui è foriera la Carta, esse acquistano importanza e significato.

La Carta di Nizza è quindi costellata da disposizioni in favore dello straniero, la cui reale operatività dipenderà dalla giurisprudenza delle Corti di Giustizia, cui è affidato il delicato compito di potenziare e concretizzare le pure enunciazioni del documento comunitario⁸⁰.

⁷⁹ Vedi NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 112, che considera la disposizione una norma soprattutto di indirizzo per la regolamentazione delle condizioni di impiego dei cittadini extracomunitari.

⁸⁰ Si veda a tal proposito MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 43. Per ulteriori approfondimenti CABIDDU M.A., *Giustizia e giustiziabilità nella Carta dei diritti fondamentali*, in NAPOLI M. (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 61 e ss.

CAPITOLO II

I DIRITTI DEL LAVORATORE STRANIERO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Sommario: 1. I principi costituzionali in tema di immigrazione – 2. La legislazione nazionale sull'immigrazione: il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 - 3. *Segue:* la normativa antidiscriminatoria – 4. La condizione giuridica dello straniero negli statuti e nella legislazione regionale - 5. Analisi di alcune esperienze negoziali collettive in tema di immigrazione

1. I principi costituzionali in tema di immigrazione

La posizione giuridica dello straniero all'interno dell'architettura costituzionale, come ovvio che sia, assume una posizione marginale in quanto le situazioni soggettive attive costruite dalle norme costituzionali interessano fisiologicamente i consociati muniti dello *status civitatis*. Nell'impalcatura ordinamentale, dunque, sembra che la condizione dello straniero rilevi in via eventuale e secondaria.

Emblema della sistemazione della posizione giuridica dello straniero è l'art. 10 Cost., il quale fissa stringenti meccanismi di disciplina della sua condizione.

Nell'interpretazione della norma costituzionale richiamata, da cui deriva sostanzialmente il regime giuridico dello straniero, non può prescindersi dalla considerazione dell'attuale operatività dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, il quale prescrive – risentendo nella sua formulazione delle ideologie fasciste dell'epoca in cui è stata concepita – che lo straniero è

ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino *a condizione di reciprocità*⁸¹.

Con l'entrata in vigore della Costituzione ci si è interrogati sull'ultrattività dell'art. 16 e dunque sulla sua capacità di esplicare effetti nel neonato ordinamento costituzionale, imponendo preventivamente ai soggetti stranieri la condizione di reciprocità quale *prius* giuridico per una loro legittimazione⁸².

Va rilevato sul punto che in dottrina si registrano diversi orientamenti⁸³. Una posizione dottrinale ritiene che l'art. 10 Cost. abbia comportato un'abrogazione indiretta della disposizione delle preleggi. Un'altra, invece, sostiene che la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 disp. att. sia compatibile con la riserva di legge ed il requisito di conformità alla normativa internazionale, entrambi richiesti dall'art. 10 Cost.. Infine, va segnalata una terza teoria che, collocandosi in una posizione mediana tra le prime due, afferma che la Costituzione Repubblicana abbia di fatto cancellato l'art. 16 e la condizione di reciprocità, senza però impedire l'utilizzo di quest'ultima, da parte del legislatore, nell'operazione di ratifica di singoli e specifici provvedimenti internazionali, purché la selezione effettuata attraverso il filtro della reciprocità appaia supportata da elementi di ragionevolezza e contemporaneamente rispetti i diritti costituzionali riservati al non cittadino⁸⁴.

La *ratio* di tale ultima interpretazione è fondata sul fatto che la fruizione dei diritti dello straniero, già frutto di una riserva rafforzata di legge e già

⁸¹ A tal proposito si veda BAREL B., *Art. 16 disp. prel.*, in CIAN G., TRABUCCI A., *Commentario breve al codice civile*, Cedam, 2007, p. 47 e ss., e GIARDINA A., *Commento all'art. 16*, in SCIALOJA A. (a cura di), *Commentario del codice civile. Dell'applicazione della legge in generale (artt. 16-21)*, Zanichelli, 1978, p. 121 e ss..

⁸² Per un'ampia ricognizione sul principio della reciprocità si veda VISCOMI A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 13 e ss..

⁸³ Per una illustrazione esaustiva delle diverse posizioni dottrinali, si veda NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 140 e ss.

⁸⁴ Tra i fautori di quest'ultima tesi CASSESE A., *Art. 10*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1975, p. 514.

previsti dalla Costituzione per i cittadini, non può essere subordinata alla presenza di una legge analoga a quella italiana nell'ordinamento di provenienza dello straniero, in quanto l'applicazione – *rectius* violazione - delle norme italiane sarebbe così condizionata da elementi estranei alle logiche ordinamentali.

Di tale questione ne fu investita anche la Corte costituzionale. Essa fu chiamata a pronunciarsi sulla questione di costituzionalità relativa al diniego opposto ad un straniero relativo all'iscrizione nell'albo dei giornalisti italiani: motivo del rifiuto fu l'assenza di un trattamento analogo per i cittadini italiani nel Paese di provenienza del soggetto istante. La Corte, in merito, affermò l'inapplicabilità della condizione di reciprocità poiché rilevò nel Paese di origine dello straniero l'assenza delle libertà democratiche garantite invece dalla Costituzione italiana e quindi la reciprocità non doveva rappresentare un ostacolo alla fruizione delle libertà e dei diritti fondamentali non strettamente connessi al requisito della cittadinanza da parte dei soggetti richiedenti asilo⁸⁵.

Nella sentenza richiamata vi furono indubbiamente luci e ed ombre interpretative. Sicuramente positivo apparve il riconoscimento tra le manifestazioni delle libertà democratiche della professione giornalistica; talune perplessità destò invece la legittimità dell'assunto in base al quale si affermò la ragionevolezza della condizione di reciprocità che subordinava lo svolgimento dell'attività lavorativa dello straniero al fatto che al cittadino italiano venisse assicurata una pari possibilità nello Stato di appartenenza dello straniero.

L'attuale efficacia della condizione di reciprocità, oltre che confermata sul piano giurisprudenziale, trova un conforto normativo nel decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Ed invero, l'art. 2 afferma che «lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti

⁸⁵ Cfr. Corte Cost. 23 marzo 1968, n. 11, in *GCost* 1968, p. 311 con nota di ZAGREBELSKY G., *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963 n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*.

al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore in Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizioni di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione»⁸⁶. La limpidezza della formulazione letterale della norma fuga ogni dubbio in ordine all'attuale vigore della condizione di reciprocità all'interno del nostro ordinamento; è opportuno precisare però che essa non opera in assoluto, ma vi sono palesi flessioni applicative al meccanismo da esse imposto.

Talune deroghe sono previste dalla stessa norma regolamentare disciplinante l'accertamento della condizione, la quale esclude la "reciprocità" per gli stranieri titolari del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo, nonché per quelli titolari di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, per l'esercizio di un'impresa individuale, per motivi di famiglia, per motivi umanitari e per motivi di studio, e per i relativi familiari in regola con il soggiorno.

Si rileva come proprio l'esercizio di un'attività lavorativa impedisca differenziazioni imputabili ad eventuali distonie con gli ordinamenti giuridici di origine del prestatore che operi in Italia. La predetta circostanza, oltre a trovare conferma nella normativa regolamentare dell'art. 1, viene espressa anche dall'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998, norma di rango superiore. L'articolo del T.U., rinviando alla Convenzione OIL n. 143 del 24 giugno 1975⁸⁷, afferma che

⁸⁶ La norma regolamentare disciplinante l'accertamento delle condizioni di reciprocità è l'art. 1 del d.p.r. 394/1999. Essa deferisce il controllo al Ministero degli affari esteri, il quale fornisce, ai responsabili dei procedimenti amministrativi che ammettono gli stranieri al godimento dei diritti in materia civile, i dati relativi alle verifiche del godimento dei diritti in questione da parte dei cittadini italiani nei Paesi d'origine dei suddetti stranieri.

⁸⁷ L'art. 10 di detta Convenzione OIL recita infatti così: «Ogni Membro per il quale la convenzione sia in vigore s'impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio». Il successivo art. 12 così precisa: «Ogni Stato membro deve, con metodi adatti alle circostanze e agli usi nazionali, abrogare qualsiasi disposizione legislativa e modificare qualsiasi disposizione o prassi amministrativa incompatibili con la predetta politica».

l'ordinamento italiano garantisce a tutti i lavoratori regolarmente soggiornanti la parità di trattamento e piena uguaglianza rispetto ai lavoratori italiani.

È lecito affermare quindi che i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione - come l'uguaglianza, che, nel caso richiamato dall'art. 2 T.U., è riferita al rapporto di lavoro - non possono subire compressioni imputabili a elementi estrinseci al quadro ordinamentale, risultando credibile la ricostruzione dottrinale che ammette l'utilizzo della condizione di reciprocità solo se la stessa risulti ragionevole e necessaria, sebbene va rappresentato che non sono mancati casi in cui essa è stata adoperata in maniera mirata al fine di limitare il godimento di certe prestazioni/diritti per chi non è cittadino.

In considerazione di quanto esposto, ogni interpretazione o ricostruzione dei precetti dell'art. 10 Cost. e del connesso principio di reciprocità va letta in combinato disposto con i diritti e le libertà fondamentali individuati dalla Costituzione, tra cui, segnatamente, svettano per incisività quelli di cui agli artt. 2 e 3 Cost.. L'universalismo delle loro prescrizioni è in grado di veicolare nei confronti dei non cittadini anche altri diritti costituzionali altrimenti non attribuibili agli stranieri.

In particolare, la giurisprudenza costituzionale⁸⁸ ritiene che l'art. 2 della Cost., garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, si rivolga a tutti gli individui a prescindere dal possesso o meno del requisito della cittadinanza.

Tale tesi viene ulteriormente suffragata dall'interpretazione dell'art 3 Cost. fornita dalla Corte Costituzionale⁸⁹, seconda la quale il principio di uguaglianza e di pari dignità sociale deve essere accordato a ciascuna persona e non solo ai cittadini italiani. Ne discende, quindi, secondo tale impostazione che taluni diritti costituzionali troverebbero applicazione indipendentemente dalla condizione di reciprocità, mentre quest'ultima opererebbe solo in via residuale.

⁸⁸ Si veda Corte Cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *GCost*, 2001, 3, p. 1680 e ss.

⁸⁹ Si vedano Corte Cost., 23 novembre 1967, n. 120, in *GCost*, 1967, p. 1577; Corte Cost., 26 giugno 1969, n. 104, in *GCost*, 1969, 4-5, p. 1565; Corte Cost., 21 giugno 1979, n. 54, in *GCost*, 1979, 1, p. 413; Corte Cost. 24 febbraio 1994, n. 62 in *Riv. dir. internaz.*, 1994, p. 1054.

La Corte costituzionale ha essa stessa individuato in funzione estensiva – e a titolo esemplificativo - un novero di diritti fondamentali proprio per il tramite del principio di uguaglianza: il diritto alla vita; il diritto al segreto della corrispondenza; il diritto al decoro e alla dignità umana, alla rispettabilità, alla riservatezza, alla intimità e alla reputazione; la libertà di manifestazione del pensiero; la libertà di professione religiosa; il diritto alla difesa; la presunzione di non colpevolezza; il diritto alla riparazione degli errori giudiziari; la libertà personale; il diritto alle misure alla pena detentiva; la libertà di circolazione; il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria; il diritto all'indennità di accompagnamento e alla pensione di inabilità; il diritto all'integrità sessuale; il diritto sociale all'abitazione; i diritti della famiglia; la libertà di contrarre matrimonio; il diritto al minore di essere educato; il diritto al ricongiungimento del coniuge⁹⁰.

Ovviamente l'estensione di tali diritti costituzionali ai non cittadini non può essere assoluta, ma risente del principio di uguaglianza sostanziale, per il quale il legislatore può regolare in modo differente il godimento delle libertà di soggetti eguali che presentino concrete differenze di fatto, senza che assumi rilievo la qualificazione giuridica del singolo⁹¹.

Gli interventi legislativi che esaltano il discrimine della cittadinanza, in considerazione della delicatezza dei diritti succitati, devono seguire necessariamente il principio della ragionevolezza, il cui rispetto ed il preliminare controllo è demandato alla Corte costituzionale.

Va evidenziato, per inciso, che gran parte dei diritti sopraelencati - siano essi frutto di creazione giurisprudenziale ovvero risultato dell'elaborazione

⁹⁰ Tale elencazione non tassativa, ove emergono numerosi diritti immediatamente applicabili alla persona del lavoratore, è compiuta da GAFFURI V., *I profili costituzionalistici dell'immigrazione*, in BASSOLI E. (a cura di), *Manuale pratico dell'immigrazione*, Maggioli editore, 2012, p. 49 e ss.

⁹¹ Cfr. Corte Cost., 26 giugno 1969, n. 105, in *GCost*, 1969, 4-5, p. 1565 e ss.

legislativa - esplicano numerosi effetti e rilevano nello svolgimento del rapporto di lavoro in quanto funzionali alla tutela della persona del lavoratore straniero.

Per quanto attiene invece direttamente al “diritto al lavoro” – ossia il diritto di chi non è occupato a reperire un’occupazione o a essere messo nelle condizioni di trovarla (attraverso l’accesso al collocamento) -, enunciato all’art. 4 Cost., sembra pacifico che la norma sia riferibile ai soli cittadini.

Le posizioni di partenza, infatti, sono differenti: il cittadino italiano può rivendicare la predisposizione di strumenti giuridici che ne favoriscono la sua collocazione nel mercato; lo straniero non può vantare alcuna tutela iniziale.

Secondo questa impostazione, l’esclusione delle garanzie per gli stranieri si può configurare proprio come un mezzo per assicurare il diritto ai cittadini, privilegiandoli nel mercato del lavoro.

In questo contesto, si sviluppa quella relazione tra principio di eguaglianza e norme costituzionali secondo la quale sono consentite tra stranieri e cittadini solo quelle diversificazioni di trattamento che siano «ragionevoli»; per quanto riguarda il diritto al lavoro la discriminazione – riassunta incisivamente nella clausola di indisponibilità di manodopera locale o comunitaria cui è subordinato l’accesso dell’extracomunitario al lavoro - è legittima solo in quanto abbia come fine proprio quello e solo quello di tutelare lo stesso diritto al lavoro del cittadino.

Sembra dunque che l’art. 4 Cost. si applichi alla sola manodopera nazionale, determinazione quest’ultima basata su esigenze “ragionevoli”, come per l’appunto quelle di evitare, in un mercato del lavoro non particolarmente florido di occasioni, che accessi incontrollati dall’estero riducano ancor di più le rare occasioni di lavoro per i prestatori⁹².

La stessa Corte costituzionale ha mostrato di aderire a questo orientamento quando ha affermato che le differenti posizioni lavorative e i differenti percorsi occupazionali tra cittadino e straniero legittimano una certa discrezionalità del

⁹² In questo senso NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 156;

legislatore ordinario nel disciplinare le procedure di assunzione, che incontra un limite solo nella ragionevolezza delle diversificazioni operate.

Le differenze si rintracciano *prima facie* nel fatto che il cittadino già è inserito nel sistema di avviamento al lavoro previsto dall'ordinamento, mentre lo straniero entrerà nei gangli normativi del meccanismo di collocamento solo dopo il suo ingresso nel Paese⁹³.

È pur vero che la Corte legittima trattamenti differenziati tra stranieri e cittadini nella fase di costituzione de rapporti di lavoro, ma i primi dopo aver superato l'ostacolo dell'accertamento dell'indisponibilità della manodopera nazionale e comunitaria e quindi dopo aver regolarizzato la loro posizione lavorativa, non potranno subire ulteriori diversificazioni⁹⁴.

Secondo la suddetta interpretazione sono ammissibili in astratto eventuali disomogeneità per quanto concerne il "diritto al lavoro", mentre esse sono escluse nell'esercizio del "diritto del lavoro"⁹⁵, tutelato dall'art. 35 Cost. unitamente alla Convenzione OIL n. 143 del 1975 e al Testo Unico sull'immigrazione (di cui già si è discusso in ordine alla condizione di reciprocità).

Un breve cenno meritano i diritti costituzionali c.d. politici, che solo marginalmente rilevano nel rapporto di lavoro. La dottrina tradizionale⁹⁶ ritiene

⁹³ Le differenze "di partenza" tra cittadino e straniero sono enunciate da Corte Cost., 16 luglio 1970, n. 144, in *GCost.*, 1970, p. 1653, con nota di CASSESE A., *Principio di uguaglianza e assunzione al lavoro di stranieri*.

⁹⁴ Sul punto si veda NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 158, il quale afferma che ogni altra discriminazione, seppur tollerata in fase di pre-assunzione, dovrà necessariamente arrestarsi al momento della costituzione del rapporto.

⁹⁵ Interpretazione sposata da VISCOMI A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, cit., p. 68 e ribadita tra l'altro dalla Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 454, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 277, la quale statuisce espressamente che «le norme e le procedure speciali per l'accesso al lavoro dei cittadini extracomunitari attengono solo al primo accesso al lavoro, giacché i lavoratori stranieri – una volta autorizzati al lavoro – godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani, né li perdono per il fatto di rimanere disoccupati».

⁹⁶ Si vedano BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 31 e ss.; MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 1994, p.708.

che siano fortemente legati allo *status* di cittadino, di conseguenza, lo straniero non cittadino è escluso dalla vita politica. Un conforto testuale a tale tesi interpretativa proviene dagli artt. 48 e ss. Cost., ove i rapporti politici sono imputabili ai soli cittadini e, in particolare, l'art. 51, comma 2, Cost. consente al legislatore di parificare, ai cittadini, gli italiani non appartenenti alla Repubblica per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive; formulazione un po' contorta con cui si ritiene di estendere alcune posizioni giuridiche attive anche ai non cittadini intesi come coloro che, pur essendo di nazionalità italiana, non rivestono lo *status* di cittadini, come ad esempio gli emigrati italiani che abbiano rinunciato alla cittadinanza per motivi di lavoro.

Il concetto stesso di cittadinanza, però, ha subito una sensibile trasformazione, concependo una discrasia tra profilo formale e sostanziale, infatti talvolta gli immigrati hanno una maggiore affezione al territorio dello Stato rispetto agli emigrati italiani all'estero. Tale discrasia ha permesso di concepire i diritti politici come diritti fondamentali dei cittadini e possibili diritti legislativi dei non cittadini⁹⁷, in virtù della riserva di legge di cui all'art. 10, comma 2, Cost..

Secondo tale prospettazione, al lavoratore extracomunitario potrebbero essere riconosciuti taluni diritti politici afferenti a tre macro-aree: l'esercizio dei diritti fondamentali strumentali alla partecipazione politica, le attività riconducibili a forme di "democrazia partecipativa" e la partecipazione alla competizione elettorale⁹⁸.

In relazione alla prima branca dei diritti partecipativi, può essere estesa ai non cittadini - e dunque ai lavoratori extracomunitari - la libertà di manifestazione del pensiero *ex art.* 21, la cui dimensione può traspirarsi dal piano individuale a quello politico, avendo sicure ricadute sulla comunità politica.

⁹⁷ Sul punto si veda GAFFURI V., *I profili costituzionalistici dell'immigrazione*, cit., p. 54 e 55.

⁹⁸ Tale tripartizione è contenuta nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla partecipazione dello straniero alla vita pubblica locale stipulata a Strasburgo il 5 febbraio 1992.

Sono da includere nel patrimonio giuridico dell'extracomunitario anche il diritto di riunione *ex art. 17 Cost.* e la libertà di associazione *ex art. 18 Cost.*, sebbene il dato letterale riservi la titolarità di tali diritti ai soli cittadini.

Dubbi attuali persistono in ordine all'estensione ai non cittadini del diritto di associazione in partiti di cui all'art. 49 Cost. a causa dell'inscindibilità e della funzionalità del vincolo tra i partiti e le determinazioni circa politica nazionale. Al contrario, risulta pacifica la partecipazione all'associazione sindacale *ex art. 39 Cost.*, sebbene talune scelte delle parti sociali potrebbero condizionare l'operato della politico nazionale⁹⁹.

Tra i diritti della c.d. "democrazia partecipativa" esercitabili dallo straniero lavoratore occorre annoverare quello di petizione *ex art. 50 Cost.*, per il quale il riferimento letterale «ai cittadini» non osterebbe ad una sua inclusione nel patrimonio giuridico dello straniero.

Forme di democrazia partecipativa dello straniero immigrato si rinvencono, poi, a livello locale attraverso il riconoscimento del diritto di presentare istanze, proposte e petizioni¹⁰⁰.

Infine, va considerata l'ultima macro-area concernente l'elettorato attivo e passivo, ossia il diritto politico la cui estensione allo straniero desta maggiori perplessità in considerazione della specialità dei presupposti giuridici per la sua fruizione e la delicatezza del suo ambito applicativo.

Sul punto si registrano diverse e contrastanti teorie interpretative. Una prima esclude radicalmente l'esercizio da parte dello straniero dei diritti politici afferenti all'elettorato attivo e passivo e, invero, ogni minima deviazione da tale assunto (assoluto) dovrebbe comportare una revisione costituzionale degli artt. 48 e 51 Cost.¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. GAFFURI V., *I profili costituzionalistici dell'immigrazione*, cit., p. 57.

¹⁰⁰ Per una più ampia trattazione che privilegi i profili lavoristici negli ordinamenti regionali si rinvia al par. 4.

¹⁰¹ Tra questi si veda STAIANO S., *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *www.federalismi.it*, 2008, 21, p. 28 e ss.

Una certa apertura interpretativa – ad avviso dello scrivente, ardita - proviene, invece, da chi sostiene che il legislatore ordinario, attraverso la riserva di legge di cui all'art. 10 Cost., potrebbe introdurre nel nostro ordinamento l'elettorato degli stranieri¹⁰².

Il riconoscimento dei diritti politici agli immigrati è ancora caratterizzato da una certa rigidità degli strumenti giuridici esistenti, che potrebbe essere superata da un allargamento dei presupposti per il riconoscimento del diritto di cittadinanza, anziché dall'estensione “forzata” di tali diritti costituzionali.

¹⁰² Cfr. ancora GAFFURI V., *I profili costituzionalistici dell'immigrazione*, cit., 60.

2. La legislazione nazionale sull'immigrazione: il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286

Sino alla fine degli anni '90 gli interventi legislativi furono caratterizzati da una certa asistematicità in quanto posti in essere per lo più per arginare il fenomeno migratorio anziché disciplinarlo in via strutturale e previsionale. L'errore di fondo commesso dall'allora legislatore fu quello di considerare l'immigrazione come un fattore solo congiunturale e come tale caratterizzato da una certa temporaneità¹⁰³.

Un passo per una ricostruzione sistematica del fenomeno si ebbe proprio in quegli anni, sotto la spinta, tra l'altro, della necessità di coordinare la politica interna con quelle degli altri Stati che aderirono all'Accordo di Schengen in materia di controllo delle frontiere, controlli funzionali e necessari anche ai fini del contrasto dell'immigrazione irregolare.

Frutto di tale riconsiderazione del fenomeno fu la legge 6 marzo 1998, n. 40, chiamata in senso tecnico legge Turco-Napolitano, da cui scaturì il vigente decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, ed il suo relativo regolamento di attuazione (d.P.R. n. 394 del 31 agosto 1999)¹⁰⁴.

Il decreto legislativo ha dunque riordinato la normativa in materia di immigrazione sotto forma di Testo Unico. La scelta di una raccolta organica non è stata casuale, infatti, è possibile affermare che la veste formale è coincisa esattamente con i rinnovati intenti del legislatore in materia di immigrazione, considerata quest'ultima ormai un elemento costante se non addirittura una risorsa nel nostro ordinamento.

¹⁰³ Si veda LOY G., *Misure in favore dei lavoratori extracomunitari*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 685 e ss., il quale denuncia tuttora un atteggiamento di sottovalutazione e sottodimensionamento del fenomeno.

¹⁰⁴ Sull'evoluzione legislativa in tema di immigrazione e, in particolare, sull'introduzione del Testo Unico si veda NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 185 e ss..

Con il nuovo Testo Unico, dunque, il fenomeno è disciplinato nella sua interezza, regolando ogni singola fase di interesse del fenomeno; ed invero, sono regolamentati sia gli aspetti soggettivi (diritti fondamentali, rapporti familiari, sanità, assistenza, previdenza, istruzione, ecc.) che quelli oggettivi attinenti alle procedure di ingresso e uscita degli immigrati (primo ingresso, permanenza, allontanamento), in cui rilevano tra l'altro la costituzione e la disciplina del rapporto di lavoro.

Va precisato, sul piano prettamente metodologico, che il Testo Unico si indirizza agli stranieri intesi quali cittadini non appartenenti all'Unione europea ed apolidi.

È lecito affermare che la legge n. 40/1998 e compiutamente il Testo Unico hanno adempiuto in maniera puntuale al precetto costituzionale del comma 2 dell'art. 10 Cost., il quale prescrive che «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»¹⁰⁵; sulla scorta di tale riserva di legge, alcuni dubbi di incostituzionalità investono, invece, il successivo regolamento attuativo¹⁰⁶.

Dopo averne illustrato i presupposti, è opportuno segnalare le finalità della copiosa normativa del 1998. In particolare, essa ha avuto in animo tre obiettivi principali: controllo e regolazione programmatica delle migrazioni; repressione dell'immigrazione clandestina; integrazione sostanziale dello straniero nella società ricevente¹⁰⁷.

Il primo obiettivo è stato conseguito attraverso la preventiva determinazione delle quote di ingresso degli immigrati. Essa avviene attraverso dei provvedimenti governativi che tengono conto dei concreti meccanismi di assorbimento della manodopera straniera da parte del mercato interno,

¹⁰⁵ Cfr. CASSESE A., *Art. 10*, cit. 514.

¹⁰⁶ Tali perplessità sono espresse da LUDOVICO G., *Il lavoro subordinato degli extracomunitari*, in *DRI*, 2001, 4, p. 477, ove ritiene che la potestà regolamentare abbia superato la riserva di legge di cui all'art. 10 Cost.

¹⁰⁷ Questi obiettivi sono riportati da MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 74.

interessandosi non solo degli ingressi per lavoro subordinato, ma anche di quelli per lavoro autonomo e per l'esecuzione di lavori stagionali. Le nuove politiche migratorie, dunque, dovrebbero individuare i flussi di ingresso sulla base di una seria programmazione su base triennale e una successiva determinazione annuale auspicabilmente le più aderenti alla realtà socio-produttiva del Paese; l'uso del condizionale è necessario in quanto a seguito di una successiva modifica da parte della legge 30 luglio 2002, n. 189 - di cui si dirà innanzi - vi è la possibilità da parte del Presidente del Consiglio, in mancanza dell'annuale decreto-flussi, di intervenire discrezionalmente in via transitoria con proprio decreto¹⁰⁸.

Il secondo obiettivo è stato perseguito attraverso norme molto rigide volte alla creazione di un freno virtuale agli ingressi clandestini, nonché attraverso una severa repressione delle irregolarità.

Il contrasto all'immigrazione irregolare ha visto coinvolti, inoltre, gli Stati di origine degli stranieri attraverso specifiche convenzioni finalizzate a sviluppare controlli e azioni congiunte.

Infine, il conseguimento del terzo obiettivo concernente l'integrazione è affidato principalmente alle Regioni e agli enti locali, i quali si interessano alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti degli stranieri nel territorio dello Stato e concorrono con gli Organi nazionali a favorire l'integrazione sociale culturale degli immigrati nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone¹⁰⁹. Non va sottaciuto, però che tali obiettivi stridono con la temporaneità del soggiorno, che trova

¹⁰⁸ Sulle critiche circa al facoltà del Presidente del Consiglio dei ministri di determinare i flussi di ingresso si veda CASTELVETRI L., SCARPELLI F., *Il lavoro degli immigrati*, in *RIDL*, 2003, 1, p. 11.

¹⁰⁹ Cfr. art. 3, legge n. 40/1998, trasfuso nel d.lgs. n. 286/1998.

eccezione nel solo permesso CE *ex art. 9 T.U.*, il quale legittima la permanenza a tempo indeterminato dei soli stranieri soggiornati da più di cinque anni¹¹⁰.

Il d.lgs. n. 286/1998, sebbene abbia innovato positivamente la disciplina dell'immigrazione, non è esente da critiche. Esse attengono sia al piano procedurale che sostanziale. Le prime sono sicuramente addebitabili ai pesanti ritardi nella fase di emanazione del regolamento attuativo e dei decreti governativi determinanti i flussi. Invece, ben più ampie sono le carenze contenutistiche. Il Testo Unico, infatti, non enuclea un soddisfacente meccanismo di individuazione delle quote di ingresso che tenga in seria considerazione gli andamenti del mercato interno e, in particolare, la domanda di lavoro straniero; infine - come già riferito - l'integrazione dello straniero, tanto osannata da alcune norme, viene di fatto smentita dall'impianto normativo globale indubbiamente sbilanciato verso la temporaneità del soggiorno, rilevandosi del tutto insufficienti i meccanismi di stabilizzazione giuridica concepiti dal Testo Unico¹¹¹.

L'evoluzione normativa delle politiche in tema di immigrazione non si è arrestata con il Testo Unico, ma già nel 2002 vi è stato un incisivo intervento di modifica dello stesso da parte della legge 30 luglio 2002, n. 189, nota come "legge Bossi-Fini", la quale, in un'ottica di contingentamento del fenomeno, ha inasprito e snellito le procedure di espulsione degli stranieri irregolari¹¹².

¹¹⁰ L'art. 9 T.U. ovviamente oltre all'elemento temporale del soggiorno richiede ulteriori requisiti che saranno analizzati nel corso del Cap. III.

¹¹¹ Si veda MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit. , p. 76, la quale ripercorre la lenta attuazione delle disposizioni del T.U. ed evidenzia i limiti sostanziali dell'intero articolato normativo.

¹¹² Nel solco tracciato dalla legge Bossi-Fini si inserisce la legge 15 luglio 2009, n. 94, che introduce nell'ordinamento il reato contravvenzionale di immigrazione e soggiorno illegale. Per una ricostruzione del quadro normativo in tema di immigrazione si veda GALLO F.M., *Il diritto al lavoro e l'immigrazione in Italia*, in *LG*, 2010, 4, p. 350 e ss..

3. *Segue: la normativa antidiscriminatoria*

Un certo rilievo assumono, nella regolamentazione del lavoro degli immigrati, i d.lgs. 9 luglio 2003, nn. 215 e 216, attuativi rispettivamente della direttiva n. 2000/43/CE e della direttiva 2000/78/CE¹¹³, quest'ultima nominata direttiva "altre discriminazioni", avendo ad oggetto, infatti, le vessazioni di natura residuale rispetto a quelle poste in essere per sesso, razza e origine etnica (ed invero la seconda stigmatizza le discriminazioni per motivi connessi alla religione, alle convinzioni personali, agli handicap, all'età e all'orientamento sessuale).

Si può affermare - con un'espressione un po' colorita - che i due decreti "corrono paralleli lungo l'ordinamento" poiché hanno un diverso campo applicativo e difficilmente potrebbero sorgere commistioni operative tra l'uno e l'altro; essi, dunque, si trovano in una condizione di complementarità in quanto, indipendentemente dai motivi da cui scaturisce la discriminazione, solo il n. 216 ha ad oggetto espressamente lo svolgimento del rapporto di lavoro, mentre il n. 215 esplica i suoi effetti - o meglio estende le sue tutele - in qualsiasi rapporto contrattuale.

Il Testo Unico sull'immigrazione anticipava temporalmente la disciplina antidiscriminatoria del 2003, introducendo il principio di parità di trattamento e piena uguaglianza tra i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti ed i lavoratori italiani, nonché una specifica nozione di discriminazione diretta ed indiretta, recepita per l'appunto dai successivi decreti legislativi succitati.

Tra i diversi blocchi normativi, quello sull'immigrazione e quello antidiscriminatorio del 2003, si registrano profili di non piena coerenza sul piano applicativo; in primo luogo, le nozioni di discriminazioni offerte non sono

¹¹³ La prima concernente la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza, dal sesso e dall'origine etnica; la seconda concernente la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

coincidenti e nemmeno propriamente alternative, esse, al contrario, sono sfalsate destando seri problemi interpretativi. In ogni caso, la tenuta sistematica delle norme è salvaguardata da alcuni provvidenziali rinvii normativi e da una presunzione interpretativa di specialità in favore del Testo Unico sull'immigrazione.

La generalità dei due decreti del 2003 si coglie dunque *ictu oculi* sul piano definitorio in quanto essi offrono nozioni, a differenza di quella di cui all'art. 43 del T.U.¹¹⁴, scevre da tipizzazioni. Segnatamente, quale frutto di entrambe le elaborazioni normative del 2003, si intende per discriminazione diretta qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente i lavoratori, e realizzando oggettivamente un trattamento meno favorevole; al contrario, si realizza una discriminazione indiretta quando una norma, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento possono mettere le persone di una determinata razza o etnia, di una determinata religione o ideologia o orientamento sessuale ovvero portatrici di handicap ecc. in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone¹¹⁵.

Le nozioni di discriminazione di tali decreti, soprattutto quella indiretta, hanno il pregio di fornire una definizione che tutela anche una situazione solo potenzialmente foriera di un particolare svantaggio.

Tra le discriminazioni per razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap ed età si possono annoverare – sempre in un'ottica definitoria - anche le molestie, ossia quei comportamenti indesiderati aventi ad

¹¹⁴ Rubricato per l'appunto "Discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi".

¹¹⁵ Cfr. CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Vol. 2, Utet, 2011, p. 207. Secondo ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in CICU A., MESSINEO F. (a cura di), continuato da MENGONI L. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, vol. I, 1998, 586 ss., la nozione di discriminazione indiretta, così come concepita nell'ordinamento italiano, deriva essenzialmente dalla statuizioni di principio della giurisprudenza comunitaria.

oggetto «lo scopo o l'effetto di violare la dignità delle persone e di creare un clima intimidatorio, ostile e degradante, umiliante ed offensivo»¹¹⁶.

I decreti prevedono poi, in ossequio del principio di uguaglianza sostanziale, degli esimenti alle discriminazioni, distinguendo tra quelle dirette e indirette. Sono quindi considerati leciti alcuni trattamenti discriminatori diretti quando la differenziazione costituisca un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento di una data attività lavorativa (ad es. forze armate e di polizia) ovvero quando siano essenziali e giustificate ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa (come ad es. il caso delle organizzazioni di tendenza).

Talune eccezioni sono previste anche per alcune discriminazioni indirette quando le stesse abbiano finalità legittime e si realizzino attraverso mezzi appropriati e necessari¹¹⁷.

L'atto giuridico con il quale si pone in essere la discriminazione è affetto da nullità ai sensi dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori¹¹⁸; il soggetto discriminato oltre ad ottenere la suddetta declaratoria di nullità può far valere le sue ragioni attraverso particolari procedimenti giudiziari individuati dall'art. 44 del T.U.¹¹⁹ e dagli artt. 4 dei decreti nn. 215 e 216 del 2003. Va rilevato che la compresenza di più azioni giudiziarie volte alla repressione delle discriminazioni e i surriferiti problemi applicativi che interessano le nozioni discriminatorie hanno indotto il legislatore a semplificare le tutele sul piano processuale, abrogando e modificando gran parte delle disposizioni dei predetti

¹¹⁶ Si vedano gli artt. 2, comma 3, d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003.

¹¹⁷ Vedi CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P, TREU T, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., 208.

¹¹⁸ Per una trattazione esustiva della patologia di cui sono affetti gli atti discriminatori ai sensi dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, si veda MARIANI M., *Sub art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300*, in GRANDI M., PERA G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2009, 504 ss.

¹¹⁹ L'accertamento della discriminazione è agevolato dalla possibilità di presumere la discriminazione attraverso dati statici, invertendo così l'onere della prova. La speciale azione civile contro la discriminazione posta in essere da un privato o da una pubblica amministrazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi ex art. 44 del T.U. n. n. 286 del 1998, sarà illustrata più ampiamente nel corso della trattazione; si segnala, comunque, sul punto NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 278 e ss..

procedimenti ed istituendo, inoltre, un procedimento comune a cui le singole azioni rinviano: la procedura *ex art. 28* della decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, rubricato “Delle controversie in materia di discriminazione”¹²⁰.

¹²⁰ Si veda *infra* Cap. IV, par. 4.

4. La condizione giuridica dello straniero negli statuti e nella legislazione regionale

Il fenomeno dell'immigrazione, oltre ad essere disciplinato a livello internazionale, comunitario nonché nazionale, è stato oggetto di attenzione anche da parte del legislatore regionale. Infatti, si registrano svariati Statuti e leggi regionali che appuntano il loro interesse sulla condizione giuridica dello straniero, occupandosi, tra l'altro, di alcuni profili attinenti ai rapporti di lavoro con tali soggetti.

Va preliminarmente osservato che gli Statuti, così come previsto dall'art. 123 Cost., determinano la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento, rappresentando dunque il nucleo normativo dell'ordinamento regionale¹²¹. La giurisprudenza costituzionale interpreta tale norma in senso restrittivo, con la conseguenza che ogni altra previsione avente ad oggetto materie diverse dall'organizzazione ordinamentale della regione avrebbe un mero valore di proclama, priva dunque di «efficacia giuridica», trattandosi di enunciazioni di «di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa»¹²².

La portata applicativa della produzione normativa regionale in tema di immigrazione appare ancora più nebulosa e si complica notevolmente se si procede ad una disamina specifica delle leggi regionali anziché delle disposizioni statutarie, in quanto l'art. 117 Cost., lett. *b*), annovera tra le materie di competenza esclusiva della potestà legislativa dello Stato l'immigrazione¹²³,

¹²¹ Sulla funzione degli Statuti regionali cfr. BARTOLE S., BIN R., FALCON G., TOSI R., *Diritto Regionale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 65 ss..

¹²² Sul punto si vedano le sentenze della Corte Costituzionale nn. 372, 378 e 379 del 2004, tutte in in *GCost.*, 2004, 6, p. 4022 ss., con le quali la Corte si è pronunciata, a seguito di impugnazione governativa, sugli Statuti delle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna.

¹²³ Sul meccanismo normopoietico dell'ordinamento regionale si veda ancora BARTOLE S., BIN R., FALCON G., TOSI R., *Diritto Regionale*, cit., p. 141 ss..

riducendo sensibilmente l'applicabilità di tali disposizioni – già generiche nella formulazione – e gettando dei serissimi dubbi di legittimità costituzionale su di esse.

Dopo tale premessa di natura epistemica e parzialmente metodologica, appare rilevante esaminare nello specifico la disciplina statutaria e legislativa sugli stranieri.

Sono dodici gli Statuti regionali che trattano dell'immigrazione, in particolare, sono quelli delle Regioni Abruzzo, Calabria, Campania, Emilia-Romagna, Lazio, Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte, Puglia, Toscana e Umbria.

Tra le disposizioni più generiche figura l'art. 4, comma 1, prima parte, dello Statuto della Regione Marche che afferma che «La Regione si impegna ad assicurare le condizioni per il diritto al lavoro delle proprie cittadine e dei propri cittadini e di quelli provenienti da altre parti del mondo».

La norma surriferita risulta incerta non solo nel suo contenuto oggettivo, limitandosi a prevedere un mero impegno da parte del governo regionale nella predisposizione delle condizioni per l'accesso al lavoro, ma anche nelle sua portata soggettiva, riferendosi a cittadini provenienti da altre parti del mondo (*sic*), senza specificare se tale disposizione sia applicabile agli italiani all'estero ovvero agli stranieri in genere.

Maggiore concretezza in ordine all'individuazione dei soggetti destinatari emerge dalle disposizioni della Regione Liguria e Lombardia: lo Statuto ligure prevede che «La Regione persegue l'integrazione degli immigrati residenti nel proprio territorio, operando per assicurare loro il godimento dei diritti sociali e civili» (art. 2, comma 3); mentre quello lombardo «promuove, nel rispetto delle diverse culture, etnie e religioni, politiche di piena integrazione nella società lombarda degli stranieri residenti, in osservanza delle norme statali e comunitarie» (art. 2, comma 4, lett. *h*).

L'applicabilità di tali meccanismi promozionali sembra legata, dunque, al requisito soggettivo della residenza che cozza con quello individuato a livello nazionale dall'art. 41 del d.lgs. n. 286/1998: il soggiorno regolare¹²⁴.

Sganciati dal requisito della residenza, del soggiorno o della cittadinanza ai fini dell'inserimento e della integrazione sociale degli stranieri (da realizzarsi anche attraverso la fruizione di quei diritti fondamentali come il diritto al lavoro) sono gli Statuti dell'Abruzzo, della Puglia, della Toscana e dell'Umbria, dove si utilizza per l'identificazione dei soggetti attivi delle norme la locuzione *immigrati o persone immigrate*¹²⁵.

Maggiormente analitico e determinato sia sul piano soggettivo che oggettivo risulta lo Statuto calabrese, dove si registra anche un espresso riferimento ai diritti sociali ed economici degli immigrati, potendo annoverare tra questi - senza compiere alcuna forzatura interpretativa - il diritto al lavoro e del lavoro; in particolare, l'art. 2, comma 2 lett. h) individua tra gli obiettivi della Regione: «il pieno rispetto dei diritti naturali ed inviolabili della persona, promuovendo l'effettivo riconoscimento dei diritti sociali ed economici per gli immigrati, i profughi, i rifugiati e gli apolidi, al fine di assicurare il loro pieno inserimento nella comunità regionale»¹²⁶.

Del medesimo tenore analitico appare l'art. 11, comma 1, dello Statuto del Piemonte dove si prevede che la «La Regione riconosce e promuove i diritti di tutti e, in particolare, delle fasce più deboli della popolazione e promuove il

¹²⁴ L'art. 41 del Testo Unico recita, infatti, «Gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale [...]». In base al disposto normativo succitato l'assistenza sociale è già riconosciuta agli immigrati *regolari*.

¹²⁵ A mero titolo esemplificativo si riporta l'art 3, comma 1, dello Statuto della Regione Puglia: «La Regione riconosce nella pace, nella solidarietà e nell'accoglienza, nello sviluppo umano e nella tutela delle differenze, anche di genere, altrettanti diritti fondamentali dei popoli e della persona, con particolare riferimento ai soggetti più deboli, agli immigrati e ai diversamente abili».

¹²⁶ Norma così modificata dalla legge regionale n. 3 del 2010 di revisione statutaria.

rispetto di tutti i diritti riconosciuti dall'ordinamento agli immigrati, agli apolidi, ai profughi e ai rifugiati».

Si segnala, infine, lo Statuto dell'Emilia-Romagna che addirittura riconosce tra i diritti sociali degli stranieri immigrati il diritto di voto, rappresentando tale disposizione – come già riferito – una mera dichiarazione dalla natura culturale, ma non certo normativa¹²⁷.

Passando, invece, ad una rassegna dei provvedimenti legislativi regionali in tema di lavoro degli immigrati, va rilevato che il primo nodo da dipanare – così come per gli Statuti – è quello della loro sfera di applicazione soggettiva.

Alcune disposizioni, infatti, riconoscono taluni diritti agli stranieri anche irregolari, realizzando una forte distonia con la normativa nazionale, con seri dubbi di incostituzionalità. Tra esse, va segnalata la legge regionale del Molise n. 1 del 2000 con cui si estendono le prestazioni sociali riservate ai cittadini anche agli stranieri, agli apolidi e alle «persone occasionalmente o temporaneamente presenti sul territorio regionale qualora si trovino in condizioni di difficoltà tali da non consentire l'intervento da parte dei servizi della Regione o dello Stato di appartenenza, salvo rivalsa in base alla normativa vigente».

Va precisato che molte disposizioni regionali si limitano, come per gli Statuti, ad individuare delle misure di carattere generale senza che esse sfocino in vere e proprie situazioni giuridiche soggettive in favore degli immigrati; quando, al contrario, le norme regionali prefigurano dei veri e propri diritti soggettivi esse sono potenzialmente foriere di vizi di costituzionalità e più volte sono state oggetto di deferimento alla Corte Costituzionale, la quale però – per

¹²⁷ Si veda GENTILINI A., *Statuti e leggi regionali in materia di migrazione*, in Camera dei deputati, Osservatorio sulla legislazione - Rapporto 2011 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea - Tomo II, *Tendenze e problemi della legislazione regionale*, 2011, p. 197 ss e 201. L'autore rimarca, infatti, il carattere essenzialmente culturale e politico delle disposizioni statutarie, ricordando che anche la Corte Costituzionale con la già citata pronuncia n. 379 del 2004 ha ritenuto tali precetti privi di «inidoneità lesiva» e dunque compatibili con il dettato costituzionale.

quanto di conoscenza dello scrivente - non ha avuto modo di pronunciarsi al fine di dirimere la questione a causa di problemi endoprocessuali¹²⁸.

In ogni caso, meritevole di considerazione dal punto di vista lavoristico risulta essere l'art. 15, comma 1, della legge regionale n. 5 del 2004 dell'Emilia-Romagna¹²⁹ che prevede che «I cittadini stranieri immigrati, compresi i richiedenti asilo, hanno diritto alla formazione professionale ed all'istruzione in condizioni di parità con gli altri cittadini» e la legge regionale n. 46 del 1990 della Sardegna, interamente dedicata «*Norme di tutela di promozione delle condizioni di vita dei lavoratori extracomunitari in Sardegna*». Tra le disposizioni dell'ultima legge citata spicca l'art. 1, comma 1, che prevede l'equiparazione del trattamento dei lavoratori extracomunitari che dimorino, in conformità alla vigente legislazione, in Sardegna per motivi di lavoro o di studio.

Anche il Friuli Venezia Giulia - altra Regione a Statuto speciale - si è occupata più volte dei rapporti di lavoro degli immigrati: è il caso della legge regionale n. 18 del 2005, dal titolo «*Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro*», resa però inoperante a seguito dei numerosi rinvii all'abrogata legge regionale n. 5 del 2005¹³⁰; nonché della recente legge regionale n. 18 del 2009, finalizzata a dettare le «*Norme per la valorizzazione della residenza e dell'attività lavorativa in Italia e in regione nell'accesso ai servizi dello stato sociale*».

¹²⁸ Cfr. ancora GENTILINI A., *Statuti e leggi regionali in materia di migrazione*, cit., 202 s..

¹²⁹ Provvedimento legislativo intitolato «*Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati*».

¹³⁰ Totalmente abrogata dall'art. 9, comma 20, lett. a) della l.r. n. 9 del 2008, di assestamento del bilancio 2008 della Regione.

5. Analisi di alcune esperienze negoziali collettive in tema di immigrazione

Dalla analisi dei documenti nazionali ed internazionali di *hard* e *soft law* sono emersi nitidamente gli scopi delle politiche legislative in tema di lavoro degli immigrati: la prevenzione ed il controllo delle migrazioni attraverso la regolazione pubblica delle procedure destinate ad autorizzare l'accesso al lavoro; la parità di trattamento ed uguaglianza di diritti per l'immigrato rispetto ai lavoratori autoctoni, intesa anche in un'ottica esistenziale comprensiva della professionalità dello straniero.

L'azione sindacale e il prodotto ultimo e tangibile della stessa, ossia la contrattazione collettiva, non sempre si sono uniformate al secondo dei fini perseguiti dal legislatore in tema di immigrazione, ma, talvolta in netto contrasto con altre esperienze europee¹³¹, hanno perseguito delle strategie correttive del mercato del lavoro tese a rettificare un *trend* occupazionale che privilegia la domanda di lavoratori stranieri.

Infatti, il sindacato è stato chiamato a trattare situazioni molto delicate, dovendo scegliere tra opzioni talvolta molto distanti e incompatibili tra loro: se opporsi ai flussi migratori ovvero cercare di organizzare i lavoratori immigrati presenti in Italia; se assumersi il compito di tutelare gli interessi degli immigrati come tali e dunque destinatari di specifici bisogni culturali e professionali, cui adeguare gli istituti contrattuali consolidati ovvero limitarsi ad inserire la questione della migrazione tra il generale impegno di tutela delle fasce deboli del mercato di lavoro senza alcuna connotazione di specificità. Ed ancora, se tutelare gli immigrati solamente nell'interesse dei lavoratori e dei disoccupati

¹³¹ Cfr. i dati emergenti da WASEM R.E., *Immigration of Foreign Workers: Labor Market Tests and Protections*, Congressional Research Service, 20 December 2010, in www.adapt.it, Bollettino ordinario 9.5.2011 n.18.

autoctoni¹³². Obiettivo, quest'ultimo, di natura prettamente economica, che cozza visibilmente con i valori identificativi dei soggetti collettivi e, soprattutto, con la stessa funzione di tutela dei soggetti deboli del rapporto concettualmente assunta sin dalle origini¹³³.

La maggior parte delle problematiche “gestionali” da parte della contrattazione collettiva e la disomogeneità di fini è da ricondurre principalmente all'ingresso e alla permanenza nel mercato del lavoro di immigrati in condizione di irregolarità, poiché questi ultimi – come è noto – sono disposti ad accettare sensibili modificazioni peggiorative delle condizioni di lavoro, accettando loro stessi in via preliminare una disparità di trattamento che si risolve in un indebito vantaggio per il datore di lavoro, ma soprattutto in un'alterazione concorrenziale dei meccanismi di selezione della manodopera a netto discapito dei lavoratori regolari ovvero autoctoni muniti della cittadinanza¹³⁴. Ne deriva una evidente difficoltà nel programmare una credibile azione sindacale che riesca a comporre, prima, le diverse istanze tra lavoratori immigrati regolari ed irregolari nonché tra loro ed i prestatori nostrani e, poi, tra lavoratori e datore.

In assenza, quindi, di una precisa strategia programmatica da parte dei sindacati, è lecito affermare che l'azione sindacale “subisca” il fenomeno

¹³² Una illustrazione dei possibili interventi da parte della contrattazione collettiva viene compiuta da VISCOMI A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, cit., p. 231 ss.; l'autore evidenzia le palesi contraddizioni dell'azioni sindacale, sottolineando che le determinazioni della stessa sull'argomento dell'immigrazione sono condizionate da diverse congiunture socio-economiche: il ciclo economico, il quadro normativo, la composizione dei mercati del lavoro, le condizioni politiche, gli obbiettivi delle parti sociali, i modelli di contrattazione, la cultura diffusa dei rappresentanti sindacali e della società in genere.

¹³³ Le norme di diritto sindacale, come è noto, disciplinano la dinamica del conflitto di interessi derivante dalla ineguale distribuzione del potere nei processi produttivi; sul punto, si veda GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Cacucci Editore, 2006, p.11; in senso analogo, CORSO F., *Il diritto sindacale*, Giappichelli editore, 2011, p. 7 e ss..

¹³⁴ Ancora VISCOMI A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, cit., p. 233 ss.; nonché VISCOMI A., *Immigrati comunitari e parità di trattamento*, in *DRI*, 1992, 2, p. 119; in quest'ultima opera l'autore parla addirittura di diritto all'autosfruttamento da parte degli immigrati, ponendosi volontariamente in una posizione di debolezza al fine di risultare più “appetibili” nel mercato del lavoro.

migratorio senza essere capace di porre in essere iniziative di indirizzo ovvero di tutela preventiva dei lavoratori stranieri, limitandosi ad una mera gestione a cefala della questione.

L'assenza di una linea di condotta unitaria da parte dei soggetti sindacali emerge dalla semplice lettura di alcune delle disposizioni collettive riservate ai lavoratori immigrati, che, come già ampiamente esposto, non sempre hanno una funzione protettiva.

Esempio di un parziale ostacolo al lavoro degli immigrati è costituito dall'art. 55 del CCNL Terziario - CISL, UIL e Confcommercio¹³⁵ che, in ordine alla durata dell'apprendistato, recita: «Al fine di consentire l'apprendimento della lingua italiana, per i cittadini stranieri non facenti parte dell'UE le durate del periodo di apprendistato di cui al presente articolo saranno prolungate di ulteriori 12 mesi a condizione che nel piano formativo siano contenute iniziative volte all'apprendimento/perfezionamento della stessa» Tale disposizione sembrerebbe contraria alle norme del diritto anti-discriminatorio, stabilendo in sostanza che, per i lavoratori di nazionalità extracomunitaria, il contratto di apprendista possa avere una durata di 12 mesi superiore rispetto a quanto previsto per i lavoratori italiani e di altri Paesi membri dell'Unione europea e giustificando tale differente trattamento sulla base di presunte esigenze formative volte all'apprendimento della lingua italiana.

Il principio indirettamente leso dalla disposizione collettiva succitata è quello di parità di trattamento tra lavoratori italiani e lavoratori stranieri, contemplato sia dalla convenzione OIL n. 143/1975¹³⁶ sia dall'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998. Ugualmente, la previsione del CCNL appare in violazione dell'art. 43, comma 2, lettera *d*) del d.lgs. n. 286/1998 che vieta le

¹³⁵ Con accordo di rinnovo sottoscritto il 26 febbraio 2011.

¹³⁶ In ordine al valore giuridico ed al grado di vincolatività si rimanda al primo capitolo.

discriminazioni da parte di datori di lavoro nei confronti dei lavoratori per motivi razziali, etnici, linguistici o di cittadinanza.

La norma del CCNL, infatti, prevede per i lavoratori stranieri una proroga del contratto di apprendistato senza ancorare tale differenziazione ad un criterio ragionevole connesso alle mansioni ovvero ad una peculiare qualifica, ma giustificandola - apertamente - sul solo elemento della nazionalità.

Dal carattere assolutamente neutro risulta essere, invece, l'art. 10 del CCNL Colf e badanti¹³⁷ che prescrive per l'assunzione dei lavoratori stranieri la predisposizione della documentazione richiesta dalla legge, risolvendosi tale disposizione in una mera clausola di rinvio alla normativa in tema di lavoro degli immigrati.

Le disposizioni collettive succitate che interessano in via mediata gli immigrati mal si conciliano tra loro: quella del contratto collettivo del commercio sembrerebbe *contra legem*; viceversa, quella destinata ai lavoratori domestici, costituendo essa stessa una clausola di rinvio, è indubbiamente conforme alla norma di legge regolante l'accesso al lavoro degli immigrati.

Non mancano nel coacervo contrattuale delle relazioni industriali disposizioni dallo spiccato carattere protezionista della diversità e, segnatamente, degli elementi di specialità che accompagnano la prestazione lavorativa di un soggetto straniero. Va prontamente rilevato, sul punto, che tali peculiari tutele non trovano la loro scaturigine nella sensibilità comune delle parti sociali, ma sono il frutto di estemporanee valutazioni di merito in ordine alla efficienza organizzativa ed al benessere del prestatore «in una prospettiva di mantenimento del livello di *performance* individuale, a sua volta coordinata con quella del gruppo»¹³⁸.

¹³⁷ CCNL sulla disciplina del rapporto di lavoro domestico e familiare.

¹³⁸ In tal senso GARGIULO U., *Identità culturale e tempo di lavoro: un'analisi della contrattazione collettiva*, in SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), "Diversità" culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni, FrancoAngeli, 2009, p. 322 nonché con alcune lievissime differenze GARGIULO U., *Identità culturale e tempo di lavoro: un'analisi della contrattazione collettiva*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*,

In tale ottica è opportuno citare il CCNL 22 dicembre 2011 per dipendenti delle aziende artigiane del settore alimentare, il quale, all'art. 140, prevede che «nella programmazione delle ferie, le aziende che occupino lavoratori stranieri con il proprio nucleo familiare nei Paesi di origine, favoriranno il raggruppamento dei giorni di ferie al fine di consentire un congruo periodo di permanenza nei rispettivi Paesi di origine»¹³⁹.

In senso analogo, si registrano disposizioni di favore anche nelle fonti negoziali di secondo livello, come ad esempio, nella provincia di Ravenna, il contratto per i dipendenti delle Imprese Edili Industriali (Ance) del 31 luglio 2006 ove si prevede che ai lavoratori extracomunitari, su loro richiesta, il datore di lavoro concederà, compatibilmente con le esigenze organizzative e produttive «un'aspettativa non retribuita per un massimo di 30 giorni consecutivi di calendario, eventualmente da agganciarsi alle ferie e permessi retribuiti, per il rientro al Paese d'origine».

Tale ultima disposizione sembra ancora più stringente, in quanto si passa dalla norma collettiva nazionale da ultimo citata che prevede le misure di favore su di un piano puramente eventuale - rimesso alla volontà datoriale, trovando un'espressa conferma letterale nel termine «favoriranno» - ad un piano di immediata precettività delle disposizioni di secondo livello, la quale sembra costituire un diritto soggettivo all'aspettativa in capo al lavoratore extracomunitario a cui il datore di lavoro non potrà sottrarsi¹⁴⁰.

La contrattazione collettiva, poi, oltre ad agevolare i c.d. ricongiungimenti familiari attraverso la fruizione concentrata ovvero prolungata dei periodi di

Editoriale scientifica, 2011, p. 213. L'autore conferma, infatti, l'approccio disomogeneo della contrattazione, che talvolta affronta la questione rinviando ad apposite sessioni la verifica delle problematiche connesse all'inserimento lavorativo di lavoro di lavoratori extra-comunitari, altre volte spiega interventi più significativi incidenti direttamente sul rapporto di lavoro.

¹³⁹ Analoga disposizione si rinviene nel CCNL dei Centri di Elaborazioni Dati, il quale prevede anch'esso una maggiore libertà degli immigrati nella programmazione delle ferie.

¹⁴⁰ Tale diritto soggettivo incontra il solo limite della compatibilità con le esigenze organizzative e produttive dell'azienda; cfr. ancora GARGIULO U., *Identità culturale e tempo di lavoro: un'analisi della contrattazione collettiva*, cit., p. 221.

ferie, si è mostrata sensibile al sentimento religioso dei lavoratori stranieri impiegati in aziende italiane e alle loro esigenze di culto.

Un esempio di tale filone contrattuale è rappresentato dall'art. 14 del CCNL per i lavoratori domestici, che raccoglie in realtà le determinazioni normative dell'art. 6 della legge 2 aprile 1958, n. 339 (norma quest'ultima che tutela la dimensione religiosa nel rapporto di lavoro domestico).

La disposizione succitata, nell'individuare di regola nella domenica il giorno di riposo settimanale, prevede poi una deroga al comma 4 per i lavoratori che professino una fede religiosa in cui si solennizza un giorno differente dalla domenica, concedendo agli stessi la facoltà di accordarsi con il datore per concordare una differente giornata, ma in difetto di accordo si applicherà comunque il secondo comma.

Come per i riposi e le ferie anche per le particolari esigenze di culto degli immigrati esistono delle esperienze contrattuali di secondo livello che prevedono particolari misure volte a favorire il culto o la partecipazione ad eventi religiosi o culturali¹⁴¹. Sebbene molto interessanti tali documenti altro non sono che delle *good practices*, mere concessioni unilaterali dell'impresa che, seppur contrattate, non godono di un meccanismo serio di tutela in caso di trasgressione da parte del datore¹⁴².

Il proliferare di interventi da parte della contrattazione a livello territoriale è un ulteriore indice dell'assenza di un disegno unitario da parte della

¹⁴¹ In particolare, molti accordi aziendali riconoscono la possibilità per i lavoratori musulmani di fruire di specifiche pause giornaliere per la preghiera ovvero di assentarsi dal lavoro in determinati giorni del Ramadan; si vedano gli accordi aziendali stipulati dalla cooperativa che svolge alcuni servizi di *handling* presso l'aeroporto di Linate e dal gruppo TNT Express, come richiamati a loro volta da GARGIULO U., *Identità culturale e tempo di lavoro: un'analisi della contrattazione collettiva*, cit., p. 223.

¹⁴² Tali esperienze negoziali, più che veri accordi di cui all'art. 1321 c.c., costituiscono dei codici di condotta, ossia documenti di natura volontaria, volti a disciplinare le azioni delle categorie di soggetti cui i codici stessi sono indirizzati; sul punto PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Giappichelli, 1999, p. 264. Sulla favorevole diffusione dei codici di condotta si veda SERRA G., *Codici di condotta e prospettive di tutela dei lavoratori a livello transnazionale*, in *DRI*, 2007, 1, p.166, il quale li definisce una "terza via", complementare e non alternativa, ai fallimentari approcci statali ed interstatuali fondati su concetti e teorie generali del diritto tradizionali.

contrattazione collettiva nazionale sul tema dei lavoratori extracomunitari e stranieri in genere; difatti, gli attori sindacali a livello locale ed aziendale hanno sì sopperito a tale assenza, ma hanno contribuito a diversificare ulteriormente la disciplina del rapporto di lavoro sia da un settore merceologico all'altro che da un'area geografica all'altra.

A conclusione dell'analisi circa l'approccio metodologico dell'azione sindacale sul tema dei lavoratori stranieri, oltre all'individuazione di specifiche norme collettive - nazionali e territoriali - che regolano più o meno rigidamente taluni istituti, è opportuno segnalare che in alcuni contratti si prevede la costituzione di apposite commissioni aventi quale fine esclusivo l'integrazione e la comprensione culturale dei lavoratori migranti. Un esempio di tali peculiari istituzioni è rappresentato dalla Commissione nazionale per l'integrazione dei lavoratori migranti di cui all'art. 6 del CCNL del 15 ottobre 2009 per i dipendenti delle industrie metalmeccaniche private e della installazione di impianti.

Tra i compiti di tale istituzione¹⁴³, oltre a quello consistente in una più oculata ripartizione delle ferie e dei permessi finalizzata a favorire il ricongiungimento familiare dei migranti (scopo, tra l'altro comune anche ad altre esperienze contrattuali), figurano degli «interventi diretti a favorire l'organizzazione delle mense aziendali nel rispetto delle differenze di culto religioso», nonché la segnalazione di «esperienze di organizzazione dell'attività aziendale volta a favorire l'integrazione dei lavoratori migranti».

Sebbene sia encomiabile l'intento di tali commissioni e salvo la presenza "fisica" nel testo del contratto collettivo nazionale, non si registrano dati obiettivi - per quanto è di conoscenza allo scrivente - del loro operato, rappresentando più un mezzo propagandistico che un concreto strumento di integrazione dei lavoratori migranti in azienda.

¹⁴³ Composta da sei rappresentanti per ciascuno dei due gruppi di sindacati stipulanti.

CAPITOLO III

GENESI CONTRATTUALE E DISCIPLINA FUNZIONALE DEL RAPPORTO DI LAVORO DELLO STRANIERO

Sommario: 1. L'accesso al lavoro da parte degli immigrati extracomunitari: la predeterminazione numerica degli ingressi per motivi di lavoro – 2. La costituzione del contratto di lavoro subordinato dello straniero: le problematiche endoprocedimentali per il rilascio del nulla osta al lavoro - 3. *Segue:* il contenuto sostanziale ed elementi essenziali del contratto di soggiorno – 4. I rapporti di lavoro atipici e la loro applicabilità ai lavoratori immigrati - 5. Risoluzione del rapporto e ricerca di una nuova occupazione: le innovazioni introdotte dalla legge 18 giugno 2012, n. 92 – 6. Le ulteriori ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno previste dal decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109

1. L'accesso al lavoro da parte degli immigrati extracomunitari: la predeterminazione numerica degli ingressi per motivi di lavoro

La costituzione del rapporto di lavoro con dei soggetti estranei all'ordinamento italiano è una questione che assume profili di specialità, se non di criticità, con riferimento ai prestatori extracomunitari, poiché per i soggetti appartenenti all'Unione europea vige il noto principio della libera circolazione all'interno ed attraverso i Paesi comunitari. Tale libertà di circolazione investe fondamentalmente tutti i soggetti economici: i lavoratori subordinati godono della libertà di accesso a posizioni lavorative, mentre i lavoratori autonomi e le persone giuridiche risultano titolari delle libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi¹⁴⁴. In riferimento ai lavoratori subordinati, la libertà di circolazione si sostanzia nella garanzia di parità di trattamento in materia di

¹⁴⁴ Si veda ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2009, p. 82; dove per ogni singolo soggetto economico viene individuata la rispettiva fonte comunitaria legittimante la libertà di circolazione.

accesso ai posti di lavoro disponibili in ciascun Paese membro fra lavoratori nazionali ed altri lavoratori comunitari e, in particolare, essa è saldamente connessa al divieto di discriminazione in relazione all'accesso all'impiego, prodromo, a sua volta, del divieto di discriminazione con riguardo alle condizioni di lavoro. La parificazione assoluta in fase di accesso comporta, inoltre, per i cittadini comunitari, il godimento sul territorio di un altro Stato membro dello stesso diritto di precedenza riservato ai cittadini dello Stato di destinazione per l'accesso agli impieghi disponibili¹⁴⁵.

Arzigolato e difficoltoso è invece l'accesso alle posizioni lavorative da parte degli immigrati extracomunitari, per i quali esiste una fitta ed analitica regolamentazione contenuta nel decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (noto come Testo Unico sull'immigrazione).

La distinzione tra cittadini comunitari ed extra U.E. è compiuta - come è ovvio che fosse, recependo la disciplina comunitaria - dallo stesso legislatore all'art. 1 del predetto provvedimento legislativo in cui definisce l'ambito di applicazione del T.U., escludendo dallo stesso i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo l'applicabilità per questi ultimi di norme più favorevoli.

I principi ispiratori della politica migratoria italiana emergono nitidamente dalla regolamentazione dell'accesso al lavoro che rappresenta l'*ubi consistam* di ogni azione programmatica in tema di immigrazione.

Già nel 1998 il legislatore prevedeva - in un'ottica di contingentamento degli ingressi - che ogni anno il Presidente del Consiglio dei Ministri dovesse indicare le quote di ingresso per lavoro subordinato, lavoro stagionale e lavoro autonomo¹⁴⁶. In tale periodo storico, però, l'ingresso dell'extracomunitario era ammesso non solo a seguito della chiamata da parte del datore disponibile

¹⁴⁵ Ancora ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 98.

¹⁴⁶ In caso di ritardo di tale previsione, bisognava riferirsi alle quote indicate l'anno precedente.

all'assunzione, ma anche per la ricerca autonoma e diretta del posto di lavoro in Italia.

Con la legge 30 luglio 2002, n. 189, avente il dichiarato obiettivo di prevenire e reprimere il fenomeno dell'immigrazione degli extracomunitari in genere e non solo di quelli in condizioni di irregolarità, si rende ancora più difficoltoso l'accesso, eliminando l'ingresso finalizzato all'inserimento su iniziativa personale del lavoratore ed ammettendo solo quello per lavoro subordinato, condizionandolo però alla stipula del contratto di soggiorno e agli obblighi ulteriori - *rectius* ultronei - in esso contenuto¹⁴⁷.

La previsione di una quota numerica annuale per l'ingresso degli stranieri nel territorio italiano ha destato, sin dall'introduzione del d.lgs. n. 286/1998, dei dubbi di costituzionalità in ordine alla parità di trattamento e di opportunità tra lavoratori extracomunitari di diversa nazionalità. I dubbi succitati sono stati sciolti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 454 del 1998, che ha riconosciuto la legittimità del meccanismo di limitazione numerica in quanto atterrebbe ad un piano esclusivamente quantitativo, poiché la parità di trattamento non sarebbe intaccata per i lavoratori stranieri legittimamente presenti sul territorio italiano¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Vedi BARBIERI V., *Immigrazione e lavoro*, in BASSOLI E., (a cura di), *Manuale pratico dell'immigrazione*, Maggioli editore, 2012, p. 232 ss.

¹⁴⁸ Tra i principi giuridici massimizzati della sentenza che confermano il rispetto della parità di trattamento tra lavoratori autoctoni ed extracomunitari regolarmente soggiornati è opportuno citare il seguente: «in presenza delle garanzie legislative di parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti per i lavoratori extracomunitari rispetto ai lavoratori italiani di cui alla l. 30 dicembre 1986 n. 943 in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati (art. 1), garanzie ora ribadite e precisate nel testo unico sulla disciplina dell'immigrazione e sulla condizione dello straniero, approvato con d.lg. 25 luglio 1998 n. 286 (art. 2 commi 2 e 3), una volta che i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, fruendo di idoneo permesso di soggiorno, essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani, né perdono tali diritti per il fatto di rimanere disoccupati; tra tali diritti non può non riconoscersi, pur in assenza di espressa disposizione di legge, quello di iscriversi, avendone i requisiti, negli elenchi per il collocamento obbligatorio degli invalidi di cui alla l. 2 aprile 1968 n. 482. Non è fondata la q.l.c. degli art. 1 e 5 l. 20 dicembre 1986 n. 943, ora sostituiti dagli art. 2, 3 commi 4 e 21 d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, in riferimento agli art. 10, commi 1 e 2 cost. (in relazione alla convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, che prevede parità di opportunità e di trattamento per i lavoratori migranti) nonché agli art. 2 e 3 cost., in quanto la lacuna normativa denunciata non sussiste»; massima della Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 454, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999, p. 55.

L'attuale fonte del meccanismo di definizione preventiva della quota d'ingresso per motivi di lavoro, l'art. 3 del d.lgs. n 286/1998, prevede che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, emesso previo parere delle Commissioni parlamentari, della Conferenza Stato-Regioni e Stato-Città, vengano individuate, entro il 30 novembre di ogni anno, le quote massime di stranieri da ammettere sul territorio nell'anno successivo per motivi di lavoro subordinato, stagionale e autonomo, tenuto conto dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea correlate ad esigenze umanitarie¹⁴⁹.

Il decreto annuale sui flussi di ingresso è emanato sulla base dei criteri generali definiti dal più ampio documento programmatico, che indica, inoltre, le azioni e gli interventi che lo Stato italiano, anche in cooperazione con gli Stati membri dell'Unione europea e le organizzazioni internazionali governative e non, si propone di svolgere in materia di immigrazione; tali iniziative, inoltre, saranno condizionate ed influenzate da eventuali accordi con i Paesi di origine degli immigrati¹⁵⁰.

Sono previste delle quote di riserva per i lavoratori stranieri di origine italiana fino al terzo grado di ascendenza in linea retta; questi ultimi possono beneficiare di un apposito elenco presso le rappresentanze consolari e diplomatiche in cui specificare la propria qualifica professionale. La previsione di un canale preferenziale per gli immigrati di origine italiana stride con la c.d. apertura della nostra società al multiculturalismo; la ragione che ha ispirato il

¹⁴⁹ L'art. 20 del T.U. sull'immigrazione specifica che tali esigenze possano realizzarsi in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione europea.

¹⁵⁰ I primi documenti programmatici avevano privilegiato l'ingresso di cittadini stranieri provenienti dall'Europa orientale, dal Nord Africa e dall'Africa subsahariana e dei cittadini appartenenti ai Paesi sottoscrittori di accordi bilaterali con l'Italia per la regolazione dei flussi migratori: Albania, Tunisia, Marocco, Nigeria, Egitto, Moldavia. Per un'analisi delle quote di ingresso, si veda BARBIERI V., *Immigrazione e lavoro*, cit., p. 234.

legislatore nella predisposizione di tale meccanismo è quella di normalizzare agli occhi dell'opinione pubblica il fenomeno migratorio¹⁵¹.

Come si è detto, il documento programmatico non individua solo i criteri a cui l'esecutivo deve attenersi per la determinazione della quota (andamento dell'occupazione, numero di cittadini extracomunitari iscritti nelle liste di collocamento, variazione del tasso di disoccupazione, ecc.), ma è possibile inoltre che, tra gli interventi programmatici, vi siano azioni pubbliche aventi lo scopo di favorire l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, contemperando l'identità culturale delle persone con i dettami dell'ordinamento giuridico italiano.

Si rileva, sul punto, che gli ipotetici slanci verso un'integrazione sociale dei lavoratori stranieri vengono poi smentiti ovvero frenati dallo stesso legislatore, il quale, all'art. 3 del T.U., prevede - immediatamente dopo le azioni volte all'inserimento dell'immigrato ed a una distanza testuale quasi imbarazzante - che il documento individui gli strumenti per un positivo reinserimento nei Paesi di origine (*sic*).

¹⁵¹ Si veda a tal proposito NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 221.

2. La costituzione del contratto di lavoro subordinato dello straniero: le problematiche endoprocedimentali per il rilascio del nulla osta al lavoro

La determinazione numerica degli ingressi è solo il primo atto del tortuoso procedimento che consente l'ingresso del lavoratore immigrato e la costituzione del relativo rapporto contrattuale.

In un'ottica di semplificazione, il legislatore del 1998 ha concentrato in un unico organismo amministrativo, lo "Sportello Unico per l'immigrazione", tutte le responsabilità e la sovrintendenza dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro straniero. Tale organismo, istituito dall'art. 30 del d.P.R. n. 394 del 1999¹⁵², è collocato logisticamente in ogni provincia presso la Prefettura – Ufficio territoriale del Governo¹⁵³. Assistiamo così, per espressa scelta legislativa, ad uno spostamento della competenza nella gestione del fenomeno dal Ministero del lavoro al quello dell'interno, sebbene presso lo sportello vi siano membri della Direzione provinciale del lavoro; da tale opzione, si desume la particolare attenzione del legislatore verso gli aspetti attinenti all'ordine pubblico rispetto a quelli di regolazione del mercato del lavoro.

È dunque lo sportello ad essere destinatario delle richieste del datore di lavoro interessato ad assumere con contratto a termine ovvero a tempo indeterminato un lavoratore straniero. La richiesta del datore di nulla osta al lavoro può essere nominativa ovvero numerica. Per quanto concerne la prima, appare poco credibile che il datore indirizzi in completa autonomia una offerta

¹⁵² Regolamento attuativo del Testo Unico sull'immigrazione.

¹⁵³ La direzione dello stesso è affidata ad un dirigente della carriera prefettizia, in genere un vice prefetto aggiunto, ovvero da un dirigente della Direzione provinciale del lavoro. Presso lo sportello collaborano rappresentanti della Prefettura, della Direzione provinciale del lavoro e della Polizia di Stato. Le attività definite di *front office* saranno assolte dallo sportello in qualità di referente istituzionale e decisionale, mentre le attività di *back office*, e cioè le attività istruttorie, verranno condotte dagli uffici della Direzione provinciale del lavoro. Va precisato, infine, che è competente territorialmente per il rilascio del nulla osta al lavoro lo sportello provinciale in cui l'attività lavorativa sarà svolta ovvero, in via alternativa, lo sportello unico della provincia in cui il datore di lavoro risiede o in cui ha sede legale l'impresa.

di assunzione ad un prestatore all'estero, ma è presumibile che la stessa sia posta in essere per rettificare dei rapporti di fatto svolti in situazioni di irregolarità. Le seconda – forse più “genuina”, a parere dello scrivente, ma remota in quanto è poco probabile che un datore proceda all'assunzione di una persona di cui non ha diretta conoscenza – avviene utilizzando un apposito elenco predisposto a seguito di intese o accordi bilaterali conclusi con i Paesi di origine¹⁵⁴.

La domanda di assunzione del lavoratore deve essere corredata, a pena di inammissibilità, dalla seguente documentazione: i dati anagrafici ed identificati del datore e del lavoratore (se nominativa); la proposta di contratto di soggiorno con il relativo trattamento retributivo ed assicurativo previsto per il lavoratore e l'impegno del datore di lavoro di provvedere all'alloggio del lavoratore ed alle spese di viaggio per il rientro in patria; l'impegno, infine, del datore di comunicare immediatamente allo sportello e ai competenti organi ogni variazione concernente il rapporto di lavoro¹⁵⁵.

A questo punto, il Centro per l'impiego, su istanza dello sportello unico, verifica, quale condizione per il rilascio del nulla osta, l'indisponibilità di lavoratori italiani, comunitari o extracomunitari regolarmente soggiornanti a svolgere le prestazioni lavorative richieste al lavoratore straniero attraverso la domanda datoriale oggetto di esame. Tale controllo risulta essere un ulteriore appesantimento della complessa procedura di ingresso giacché tale meccanismo di filtro è stato già compiuto attraverso l'attività generale di programmazione dei flussi di ingresso in cui vengono analizzati e considerati i dati di

¹⁵⁴ Dello stesso avviso è MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, 2010, p. 123.

¹⁵⁵ La trasgressione di tale ultima prescrizione comporta una sanzione amministrativa da 500 a 2.500,00 euro. Anche se si ritiene che tale sanzione venga irrogata solo in ipotesi di mutamenti sostanziali e profondi del rapporto e non anche per lievi e temporanee modificazioni. Le circolari del Ministero dell'Interno n. 3 del 30 maggio 2005 e n. 2768/2 del 25 ottobre 2005 hanno, infatti, precisato che tra le comunicazioni obbligatorie rientrano la data di inizio e di cessazione del rapporto di lavoro, nonché eventuali mutamenti geografici della sede lavorativa.

occupazione e disoccupazione del mercato del lavoro interno¹⁵⁶. Autorevole dottrina, sul punto, ritiene che tale condizione restringa seriamente il diritto al lavoro costituzionalmente garantito, rappresentando un'indebita restrizione della libertà negoziale del datore¹⁵⁷.

I controlli preliminari continuano poi, a seguito della prescritta certificazione negativa del Centro per l'impiego¹⁵⁸, in capo agli uffici della Direzione provinciale del lavoro, in funzione di *back office* dello stesso sportello unico, i quali devono verificare la corrispondenza tra la capacità economica del datore di lavoro e la sua richiesta di assunzione. Controllo quest'ultimo non banale, poiché la capacità organizzativa del datore si riflette sulle condizioni di accoglienza degli immigrati, cercando così di prevenire abusi nei loro confronti.

Lo sportello unico, inoltre, richiede alla Direzione provinciale del lavoro di verificare, sulla base del contratto di soggiorno allegato alla domanda, che la regolamentazione del rapporto di lavoro, individualmente predisposta dal datore, sia conforme alle disposizioni collettive applicabile al caso di specie.

È doveroso segnalare che una tale prescrizione pone dei seri dubbi di legittimità costituzionale, realizzando un'estensione *erga omnes* delle disposizioni collettive in netto contrasto con il dettato costituzionale dell'art. 39 Cost. e, quindi, con i tentativi della dottrina e della giurisprudenza di trovare un meccanismo di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi ai non iscritti

¹⁵⁶ Vedi MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 124, dove l'autrice rimarca che tale appesantimento procedurale comporta un inevitabile slittamento temporale del rilascio del nulla osta.

¹⁵⁷ Cfr. VENEZIANI B., *Il "popolo" degli immigrati e il diritto al lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, III, p. 527 ss., in cui l'autore analizza la legittimità della condizione di indisponibilità nostrana comparandola con i meccanismi occupazionali degli stranieri in altri Paesi europei.

¹⁵⁸ La risposta del Centro per l'impiego deve essere trasmessa allo sportello unico entro venti giorni dalla richiesta.

ossequioso del precetto costituzionale¹⁵⁹. Invece, con tale procedura, sebbene giustificata da esigenze di tutela dei lavoratori stranieri ed ispirandosi al principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro con gli italiani, si spazza in un solo colpo tali problematiche¹⁶⁰.

Ultimati i c.d. controlli preliminari ed avuti gli stessi esito positivo, la procedura non è ancora esaurita in quanto il questore competente dovrà accertare l'assenza di motivi ostativi sia a carico del lavoratore che del datore. In particolare, basta anche una sentenza di condanna non definitiva per reati in materia di immigrazione per ottenere parere contrario e vincolante al rilascio del nulla osta¹⁶¹.

Ottenuto anche il parere positivo del questore, lo sportello unico convoca il datore, rilascia il nulla osta, valevole sei mesi, e in genere trasmette la documentazione, il codice fiscale attribuito al lavoratore e il nulla osta agli uffici consolari italiani competenti nel paese estero di origine del lavoratore affinché predispongano il rilascio del (l'agognato) visto di ingresso¹⁶².

La procedura appena descritta subisce talune deroghe in caso di lavoro stagionale e nelle ipotesi di ingresso di personale specializzato ed altamente qualificato. Il ricorso al lavoro stagionale gode, infatti, di tempi più rapidi per l'ingresso e non è necessaria la preventiva verifica dell'indisponibilità da parte

¹⁵⁹ Sulle annose problematiche legate alla mancata applicazione dell'art. 39 Cost. ed alla relativa difficoltà di applicazione *erga omnes* dei contratti collettivi, si vedano GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Bari, 2010, 129 ss.; CORSO F., *Il diritto sindacale*, Torino, 2011, 156 ss.

¹⁶⁰ In tal senso, D'ASCIA L., *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2009, 84 ss..

¹⁶¹ Si veda il comma 5 *bis* all'art. 22 del T.U. introdotto dal d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, in cui sono elencati i reati per i quali sarà rifiutato il nulla osta al lavoro. Vi è anche chi sostiene, sulla base dell'art. 31 del d.P.R. n. 394/1999, che la sola notizia di reato sia sufficiente a rigettare la domanda di assunzione; tale circostanza costituisce una palese violazione del principio di non colpevolezza *ex art. 27 Cost.*; cfr. BARBIERI V., *Immigrazione e lavoro*, cit., 237.

¹⁶² Il visto di ingresso è rilasciato entro trenta giorni dalla richiesta del lavoratore presso la rappresentanza diplomatica o consolare.

di lavoratori comunitari a ricoprire il posto offerto in caso di chiamata nominativa (il controllo permane invece nel caso di chiamata numerica).

Il nulla osta al lavoro rilasciato dallo sportello ha una validità tra i venti giorni ed i nove mesi in funzione del contratto di lavoro stagionale. Gli stranieri che sono già stati impiegati in attività di lavoro stagionale possono fruire di un permesso di soggiorno pluriennale, superando così il limite temporale massimo di nove mesi previsto per i “novizi”¹⁶³. Il permesso, avente natura eminentemente premiale, potrà essere revocato in caso di violazione da parte del lavoratore delle disposizioni previste dal Testo Unico. Per il lavoratore stagionale, che al termine dei permessi temporanei fa rientro nel suo Paese di origine, è prevista la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno per lavoro subordinato nei limiti della programmazione numerica.

La particolare disciplina di *favor* prevista per i lavoratori stranieri impiegati in attività stagionali suscita alcuni dubbi di legittimità in quanto discriminatoria sia per gli aspiranti lavoratori stranieri, soggetti alla condizioni di indisponibilità della manodopera comunitaria, sia per gli aspiranti lavoratori stagionali mai entrati nel nostro Paese, la cui possibilità di permanenza è limitata a nove mesi; dubbi che solo parzialmente trovano un’adeguata risposta nell’esigenze di celerità e flessibilità che connotano il lavoro stagionale¹⁶⁴.

¹⁶³ Il nulla osta al lavoro pluriennale (valido per un periodo massimo di 3 anni) non esonera il lavoratore dal richiedere annualmente il visto di ingresso ed il permesso di soggiorno per lavoro stagionale pluriennale (rilasciato ogni anno, fino a tre annualità), ma gli offre il vantaggio, dopo il primo anno, di ottenere il visto con una semplice conferma di assunzione da parte del datore di lavoro. L’articolo 17 della legge 4 aprile 2012, n. 35 “Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo” ha previsto che la richiesta di assunzione, per le annualità successive alla prima, può essere effettuata da un datore di lavoro anche diverso da quello che ha ottenuto la prima autorizzazione, nonché l’introduzione di un meccanismo di silenzio-assenso in base al quale, nel caso in cui il datore di lavoro sia lo stesso dell’anno precedente, qualora lo sportello unico per l’immigrazione, decorsi i venti giorni previsti dalla legge, non comunichi al datore di lavoro il proprio diniego, la richiesta di nulla osta al lavoro si intende accolta. Per maggiori approfondimenti sul meccanismo, si veda il *Secondo Rapporto annuale sul mercato del lavoro degli immigrati – 2012*, Direzione Generale dell’Immigrazione e delle Politiche di Integrazione, 2012, p. 33.

¹⁶⁴ Sui dubbi di legittimità circa le deroghe previste per l’accesso ad attività di lavoro stagionale da parte degli immigrati extracomunitari, si veda ancora MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., 127.

Per quanto concerne, infine, l'ingresso di lavoratori detentori di particolari competenze e professionalità¹⁶⁵, va segnalato che la procedura per il rilascio del nulla osta al lavoro non subisce vistose deroghe o eccezioni rispetto a quella ordinaria per gli immigrati con minore professionalità, ma l'unica differenza attiene al numero di stranieri ammessi nel mercato del lavoro, non essendoci per tali categorie un numero prestabilito e ammettendosi così ingressi extrasoglia.

Trattandosi di ingressi c.d. anomali, gli stessi sono tuttavia soggetti ad una serie di vincoli e limitazioni rispetto all'ordinaria procedura prevista per l'assunzione di lavoratori extracomunitari in Italia nell'ambito del decreto flussi.

Una prima limitazione riguarda la durata di tali soggiorni, i quali non possono superare, comprese le eventuali proroghe o rinnovi, il periodo complessivo di quattro anni (cinque nel caso di dirigenti o personale altamente specializzato in distacco). Le uniche eccezioni a tale regola sono previste in caso di assunzione di *lectures* e professori universitari, ricercatori ed infermieri, i quali possono essere assunti anche a tempo indeterminato.

Una seconda limitazione che incontrano i lavoratori che fanno ingresso in Italia ai sensi dell'art. 27 T.U. riguarda lo stretto vincolo genetico e funzionale previsto dal legislatore tra il permesso di soggiorno ed il rapporto di lavoro per il quale viene rilasciato il nulla osta all'ingresso. In estrema sintesi, salvo alcune eccezioni, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, il permesso di soggiorno rilasciato al di fuori delle quote non può essere utilizzato per svolgere una diversa attività lavorativa: per continuare a soggiornare regolarmente in Italia ed ottenere, qualora possibile, il rinnovo del permesso di soggiorno, il lavoratore

¹⁶⁵ Dirigenti, personale altamente specializzato, *lecturer* di madre lingua, professori universitari, traduttori, interpreti, collaboratori domestici al seguito di cittadini italiani o comunitari che si trasferiscono in Italia, lavoratori marittimi, artisti, e lavoratori occupati nel mondo dello spettacolo, sportivi professionisti, giornalisti, infermieri.

deve quindi continuare a svolgere lo stesso lavoro per il quale è stato originariamente assunto.

3. *Segue*: il contenuto sostanziale ed elementi essenziali del contratto di soggiorno

Gli adempimenti preliminari all'assunzione non si esauriscono con il rilascio del nulla osta al lavoro, ma essi proseguono anche dopo l'ingresso del lavoratore straniero sul territorio italiano. Ed invero, il lavoratore disponeva del termine di otto giorni per recarsi presso lo sportello unico dell'immigrazione e sottoscrivere il contratto di soggiorno, la cui copia era già stata allegata alla domanda di assunzione dal parte del datore di lavoro. Oltre alla sottoscrizione, ritirava il codice fiscale precedentemente attribuitogli unitamente al nulla osta¹⁶⁶. Da novembre 2011, a seguito di una circolare ministeriale, tale adempimento viene sostituito dalla comunicazione telematica "Unilav", che il datore di lavoro invierà non allo sportello, ma al Centro per l'impiego ed all'Inps al fine di comprovare la stipula del contratto di soggiorno¹⁶⁷.

Tale istituto contrattuale è stato introdotto interamente dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, la quale ha disciplinato sia la sua portata applicativa sotto il profilo soggettivo, nonché il suo contenuto oggettivo, conferendo a tale tipologia contrattuale una sicura specificità, se non anche specialità, rispetto allo

¹⁶⁶ Il contratto di soggiorno è disciplinato dall'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 286/1998. Tale istituto è stato interamente introdotto dall'art. 6, comma 1, dalle legge 30 luglio 2002, n. 189. In tale articolo è anche individuata la sede territoriale competente per l'istruzione della procedura di ingresso del lavoratore immigrato, ossia «presso lo sportello unico per l'immigrazione della provincia nella quale risiede o ha sede legale il datore di lavoro o dove avrà luogo la prestazione lavorativa secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione».

¹⁶⁷ In virtù della circolare del Ministero del lavoro del 28 novembre 2011, confermata poi dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (c.d. decreto semplificazione), non è più prevista la sottoscrizione del modello "Q", salvo che per *colf* e *badanti*, presso lo sportello unico competente territorialmente, ma il nuovo modulo in vigore è l'"Unificato Lav", il quale conterrà tutti gli elementi previsti dal contratto di soggiorno e sarà sufficiente per assolvere l'obbligo di comunicazione, in capo al datore di lavoro, anche nei confronti della prefettura. I datori di lavoro che vorranno iniziare, prorogare, trasformare o cessare un rapporto di lavoro (non domestico) con un cittadino extracomunitario, non dovranno più inviare il contratto di soggiorno allo sportello unico tramite raccomandata, ma adempieranno i loro obblighi inviando il modello Unificato Lav all'Inps. La sostituzione del modello "Q" ha snellito notevolmente la procedura per il rilascio del permesso di soggiorno, evitando rallentamenti dovuti a comunicazione interne tra i diversi uffici.

schema contrattuale classico utilizzato per la costituzione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

I destinatari di tale contratto possono essere solo gli stranieri così come individuati dal Testo Unico, ossia gli immigrati extracomunitari e gli apolidi, mentre la controparte datoriale deve essere una persona fisica o giuridica già legittimata a soggiornare o operare sul territorio italiano. Il contenuto del contratto, come già accennato, viene definito dallo stesso legislatore, il quale prevede che, tra le obbligazioni contrattuali, figurino l'impegno da parte del datore di garantire al lavoratore un alloggio idoneo e disponibile e di sostenere le spese di viaggio per un eventuale rientro in patria.

Per quanto concerne l'alloggio, esso deve rispettare i parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica¹⁶⁸.

I requisiti contenutistici anzidetti esulano dal sinallagma contrattuale esistente tra prestazione lavorativa e retribuzione - caratterizzante il rapporto di lavoro subordinato corrispondente allo schema normativo dell'art. 2094 c.c. -

¹⁶⁸ È ragionevole ritenere che i requisiti richiesti per l'ingresso e la costituzione del rapporto di lavoro coincidano con quelli di cui all'art. 29 del T.U., così come modificato dall'art. 1, comma 19, della Legge n. 94/2009, in materia di ricongiungimento familiare. Esso prescrive che lo straniero per ottenere il ricongiungimento deve dimostrare la disponibilità di un alloggio conforme ai requisiti igienico-sanitari, nonché al parametro di idoneità abitativa, accertati dai competenti uffici comunali. Viene meno, dunque, il precedente richiamo alla normativa regionale, ma per non ravvisare discriminazioni a seconda del comune di residenza, si ritiene ancora che l'alloggio debba comunque rispettare l'unico parametro di idoneità abitativa che vige su tutto il territorio nazionale e che non fa discriminazioni tra italiani e stranieri. In altre parole dovrebbe essere ritenuto applicabile il decreto ministeriale 5 luglio del 1975 del Ministero della Sanità che stabilisce i requisiti igienico-sanitari principali dei locali di abitazione e che precisa anche i requisiti minimi di superficie degli alloggi in relazione al numero previsto degli occupanti. Questo decreto prevede dei parametri di altezza minima di 2,70 m dei locali di abitazione, che può essere derogata a 2,55 m nei Comuni montani sopra i 1000 m. La stessa norma prevede poi che per ogni abitante debba essere assicurata una superficie abitabile non inferiore a 14 m² per i primi quattro abitanti e 10 m² per ciascuno dei successivi. Prevede poi che le stanze da letto debbano avere una superficie minima di 9 m² per una sola persona e di 14 m² per due persone e che ogni alloggio debba essere dotato di una stanza di soggiorno di 14 m². Altra prescrizione di carattere generale è quella per cui le stanze da letto, soggiorno e cucina debbano essere provviste di finestra apribile.

per indirizzarsi nei confronti dello Stato, soggetto estraneo formalmente al contratto, ma beneficiario indiretto delle obbligazioni in esso assunte¹⁶⁹.

Tale circostanza trova un'espressa conferma a proposito dell'impegno di pagamento delle spese per il rientro del lavoratore, che l'art. 8 *bis* del regolamento attuativo del Testo Unico prevede essere assunto nei confronti dello Stato, realizzando attraverso l'adempimento di un obbligo contrattuale privato un interesse pubblico, costituito dalla garanzia alla ripetizione delle spese profuse per il rimpatrio forzato dello straniero soggiornate in condizioni di irregolarità. Anche se l'attuale programma comunitario con il quale è stato istituito il Fondo europeo per i rimpatri sembra smentire l'assunto interpretativo succitato, in quanto tale Fondo solleverebbe non solo lo Stato ma anche il datore da tale pagamento¹⁷⁰.

Passando ad una analisi delle peculiari obbligazioni del contratto di soggiorno, va rilevato che la prima, concernente l'alloggio, si ritiene correttamente adempiuta non solo con la mera indicazione, prima nella bozza di contratto allegata alla domanda di assunzione e poi nel contratto di soggiorno definitivo, di una struttura potenzialmente destinata all'accoglienza dello straniero al suo ingresso, ma documentando l'effettiva disponibilità dell'immobile, da parte del datore, attraverso un certificato di proprietà dello stesso ovvero attraverso la preventiva stipulazione di un contratto di locazione, che, nel caso di specie, è a favore di terzi.

Per evitare che un tale obbligo concepito in funzione di tutela dello straniero diventi uno strumento di discriminazione, rendendo estremamente gravoso per il datore l'assunzione di lavoratori immigrati e, di converso, l'accesso al lavoro da parte di questi, si è ragionevolmente previsto che il

¹⁶⁹ L'impegno assunto dal datore nel contratto di soggiorno può essere qualificato, sul piano civilistico, come un obbligo fideiussorio. Circa l'istituto della fideiussione si veda GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p.1263 ss.

¹⁷⁰ Tale interpretazione è fornita da MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 133.

concreto pagamento delle spese abitative gravi solo in prima istanza in capo al datore, che ha la possibilità di poter recuperare dallo stesso lavoratore quanto corrisposto per la sua sistemazione logistica.

Tale recupero avviene, secondo quanto previsto dall'art. 30 *bis*, comma 4, del regolamento attuativo¹⁷¹, attraverso la trattenuta di una quota sulla retribuzione spettante allo straniero, che non può eccedere la misura di un terzo della stessa. Tale trattenuta non è ammessa quando la contrattazione collettiva prevede delle retribuzioni in cui è incluso, tra i c.d. *fringe benefits*, la fruizione di un alloggio. Al termine del rapporto di lavoro, qualora residuassero dei crediti da parte del datore per la sistemazione del lavoratore immigrato, non integralmente soddisfatto dalle trattenute periodiche, sembrerebbero ammissibili altre forme di recupero alternative a quella individuata dalla fonte regolamentare¹⁷².

Va rilevato, poi, che la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro con un altro datore necessita della stipula di un nuovo contratto di soggiorno, di conseguenza, l'obbligo di farsi carico delle spese dell'alloggio dello straniero si trasferirà in capo al nuovo datore di lavoro¹⁷³.

Se l'obbligo "allocativo" del lavoratore straniero ha dei contenuti precisi che consentono una verifica della sua applicazione, non può sostenersi lo stesso per l'impegno di farsi carico delle spese per il rimpatrio. La norma, infatti, non specifica né le modalità né la qualità del trasporto e, inoltre, il primo obbligo assume concretezza operativa poiché richiede una disponibilità materiale di un immobile, pena il mancato ingresso dello straniero, mentre quello attinente alle spese di rimpatrio è solo potenziale, in quanto rileva solo in un momento successivo all'ingresso del lavoratore e, soprattutto, non è supportato da alcuna

¹⁷¹ Norma regolamentare frutto del recepimento dell'art. 2, comma 9, del d.l. 9 settembre 2002, n. 195, convertito in legge 9 ottobre 2002, n. 222.

¹⁷² Si veda ancora MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 131.

¹⁷³ In tal senso, NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 252.

sanzione o effetto negativo per il datore in caso di inadempimento. Per tali deficienze sanzionatorie l'art. 5 *bis*, disciplinante il contratto di soggiorno, è sicuramente qualificabile come una norma imperfetta.

In ogni caso, seppure non è individuabile una sanzione in caso di trasgressione, anche tale obbligo - come per l'alloggio - si ritiene trasmissibile al nuovo datore di lavoro, rimanendo l'ex datore responsabile solidale, unitamente alle eventuali controparti dei futuri rapporti di lavoro. Sempre per rendere "appetibili" le assunzioni di manodopera straniera ed evitare discriminazioni di sorta, è ipotizzabile un diritto di rivalsa del datore nei confronti del lavoratore in caso di profusione concreta del pagamento.

Gli obblighi descritti costituiscono gli elementi essenziali del contratto di soggiorno, i quali però non ne esauriscono il contenuto poiché esso deve necessariamente condurre alla costituzione di un rapporto di lavoro al fine di realizzare la causa contrattuale concepita dal legislatore: legittimare la permanenza dello straniero sul territorio italiano attraverso la concessione del *permesso di soggiorno*¹⁷⁴.

Tale figura contrattuale è foriera, dunque, nel panorama giuridico del diritto del lavoro, di indubbi elementi di specialità: gli specifici obblighi gravanti sul datore non potrebbero essere contenuti in una diversa fonte contrattuale rispetto al contratto di lavoro. Infatti, l'obbligazione lavorativa e quelle di natura assistenziale e pubblicistica seppur autonome, lecite ed efficaci sul piano giuridico e quindi ipoteticamente indipendenti l'una dall'altra, se considerate distintamente, non realizzerebbero la funzione tipica loro attribuita dal legislatore, in quanto non consentirebbero né l'ingresso né la permanenza del lavoratore straniero, svilendo così i loro reciproci effetti e conducendo rispettivamente, nel caso del contratto di lavoro, ad un rapporto di lavoro con un soggetto extracomunitario in condizioni di irregolarità o peggio di clandestinità e, nel caso degli obblighi posti a tutela di interessi collettivi, a delle virtuali

¹⁷⁴ Si veda ZILIO GRANDI G., *Sub art. 5-bis d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in GRANDI M., PERA G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2009, p. 1420.

offerte contrattuali. È pacifica, infatti, nel caso di assenza del contratto di soggiorno - e dunque di permesso di soggiorno - la costituzione di un contratto di lavoro pienamente efficace, non nullo e con una causa ed oggetto leciti¹⁷⁵, tutelabile giurisdizionalmente ai sensi dell'art. 2126 c.c.¹⁷⁶.

L'art. 5 *bis* non specifica quale sia la forma richiesta per il contratto di soggiorno – che si ricorda coincide con il contratto di lavoro, contenendo tra l'altro le prescrizioni del contratto collettivo applicabile alla fattispecie – ma, in considerazione della produzione anche parziale degli effetti succitati, si propende per la forma scritta *ad probationem*.

Fine ultimo del contratto di soggiorno è il rilascio del permesso di soggiorno, la cui durata è strettamente connessa a quella indicata nel contratto di lavoro. Il comma 3 *bis* dell'art. 5 del T.U. prevede diversi termini massimi di durata del soggiorno correlati alle diverse tipologie contrattuali cristallizzate nel contratto di soggiorno.

Ed invero: per un contratto di lavoro stagionale il termine massimo del permesso di soggiorno è di nove mesi; per un contratto di lavoro a tempo determinato il termine massimo è di un anno; per un contratto di lavoro a tempo indeterminato il termine massimo è di due anni.

¹⁷⁵ È necessario rilevare che un rapporto di lavoro privo del permesso di soggiorno si creerebbe solo in presenza di un'effettiva erogazione della prestazione da parte del lavoratore immigrato in assenza di un formale contratto di soggiorno con il datore, invece, «nel caso in cui il cittadino straniero si trovi non ad acquistare e perdere il posto (fattispecie disciplinata dall'art. 22 comma 11, t.u. n. 286/98) ma a perderlo all'origine, perché l'iniziale proposta non si concretizza, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale lo straniero può lecitamente continuare il soggiorno in Italia sostituendo al contratto non perfezionato altro contratto con diverso datore di lavoro, in quanto non sarebbe ragionevole trattare in modo difforme fattispecie sostanzialmente uguali, nelle quali il lavoratore ha perduto non per propria colpa una opportunità di impiego, anche se ciò è avvenuto con un "non perfezionamento" del contratto promesso piuttosto che con un licenziamento, i cui effetti ultimi sono i medesimi» in T.A.R. Lombardia 16 gennaio 2012, n. 48 in *Foro amm. TAR*, 2012, 1, p. 66. Si evince, dunque, che il lavoratore, prima di versare in una situazione di irregolarità, ha la possibilità di poter reperire un nuovo contratto con un diverso datore di lavoro.

¹⁷⁶ Ciò viene confermato dalla Cass., Sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7380, in *D&L*, 2010, II, p. 62 con nota di GIOVANELLI A., *Sulla tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore straniero irregolare: la Cassazione sull'obbligo contributivo del datore di lavoro*. La Suprema Corte, infatti, afferma che il contratto di lavoro stipulato dal cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno non è affetto da nullità per illiceità della causa o dell'oggetto, pertanto, il lavoratore ha diritto alla tutela giurisdizionale con riferimento ai diritti garantiti dall'art. 2126 c.c.

Termini rigidi esistono anche per il rinnovo dello stesso, il quale deve essere richiesto almeno sessanta giorni prima della scadenza se il rapporto di lavoro è a tempo determinato, mentre almeno novanta giorni prima se il rapporto è a tempo indeterminato; va in ogni caso osservato che non è possibile rinnovare il permesso di soggiorno per una durata superiore a quella stabilita con il rilascio iniziale¹⁷⁷.

La temporaneità appena illustrata del soggiorno può essere superata o attraverso l'acquisto della cittadinanza ovvero attraverso la titolarità del permesso di soggiorno CE *ex art. 9 T.U.*.

Quest'ultimo può essere richiesto dallo straniero soggiornante da più di un lustro in Italia in possesso contestualmente di un permesso di soggiorno in corso di validità – rinnovabile un numero predefinito di volte - e di un reddito sufficiente al sostentamento proprio e dei familiari conviventi¹⁷⁸, nonché avente la disponibilità di un alloggio conforme a parametri minimi dell'edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria dell'ASL competente per territorio. Per l'ottenimento del permesso lo straniero deve anche dimostrare, attraverso un test eseguito secondo le modalità indicate dai Ministeri dell'interno e dell'istruzione, una conoscenza adeguata della lingua italiana.

Il permesso in questione, rilasciato dal questore, è per l'appunto a tempo indeterminato e consente al titolare: di entrare in Italia senza visto; svolgere ogni attività lecita, compresa ogni attività lavorativa, salvo quelle che la legge espressamente vieta allo straniero o comunque riserva al cittadino italiano; accedere ai servizi della pubblica amministrazione compresi i sistemi di collocamento e le prestazioni assistenziali, salvo che sia diversamente disposto; partecipare alla vita pubblica locale, esercitando anche il diritto di voto quando

¹⁷⁷ Per una ricognizione di tali dati temporali si veda BARBIERI V., *Immigrazione e lavoro*, cit., p. 238.

¹⁷⁸ Il reddito richiesto è pari all'importo annuo dell'assegno sociale.

previsto dall'ordinamento. Esso può essere revocato in caso di violazione delle norme del Testo Unico e, in particolare, in caso di assenza dal territorio dello Stato per un periodo superiore a sei anni¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Si segnala inoltre che tra i motivi revoca figura anche il conferimento di un analogo permesso di soggiorno di lungo periodo da parte di un altro Stato membro dell'Unione europea, concludendosi per una incompatibilità tra più permessi di soggiorno CE.

4. I rapporti di lavoro atipici e loro applicabilità ai lavoratori immigrati

I decreti governativi con cui si determinano le quote di ingresso dei lavoratori stranieri e lo stesso Testo Unico contemplano solo alcune delle tipologie di lavoro esistenti nel panorama ordinamentale; segnatamente: il lavoro subordinato a tempo indeterminato ed a termine, il lavoro autonomo ed il lavoro stagionale. Alla luce di tale lacuna previsionale da parte del legislatore, risulta opportuno interrogarsi in ordine all'applicabilità delle diverse ed ulteriori forme flessibili ed atipiche di lavoro ai prestatori extracomunitari¹⁸⁰.

Va compiuta, però, preliminarmente una distinzione metodologica, dovendosi analizzare l'operatività dei diversi schemi contrattuali di lavoro flessibile a seconda che essi siano adoperati nel contratto di soggiorno prodromico all'ingresso dell'immigrato sul territorio nazionale ovvero nei contratti di soggiorno stipulati da lavoratori stranieri già regolarmente soggiornanti.

Per quanto concerne, dunque, l'ingresso di immigrati extracomunitari per motivi di lavoro autonomo, va osservato che sia il Testo Unico all'art. 26 che il suo relativo Regolamento di attuazione all'art. 39 non prevedono l'accesso di soggetti stranieri per lo svolgimento di prestazioni di lavoro a progetto, ma si limitano ad individuare precisi limiti e requisiti in capo ai lavoratori autonomi; tra questi, si ricorda che l'esercizio di attività autonome può essere ammesso solo ove l'esercizio di tali attività non sia riservato dalla legge ai cittadini italiani o a cittadini di uno degli Stati membri dell'Unione Europea e solo quando il prestatore straniero dispone di idonea sistemazione alloggiativa e di un reddito annuo, proveniente da fonti lecite, di importo superiore al livello

¹⁸⁰ Per una esaustiva disamina delle forme di lavoro atipiche ovvero c.d. flessibile si vedano FERRARO G., *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, 2009, p. 1 ss., nonché di recente FERRARO G., *Diritto dei contratti di lavoro*, Il Mulino, 2011, p. 1 ss..

minimo previsto dalla legge per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria (requisiti simili a quelli richiesti per il lavoro subordinato¹⁸¹).

In base quindi al tenore normativo delle norme succitate sembra precluso l'ingresso di lavoratori stranieri per lo svolgimento di prestazioni di collaborazione finalizzate al conseguimento di un progetto così come previsto dagli artt. 61 e ss. del d.lgs. n. 276/2003¹⁸²; viceversa, non sembra esserci alcun elemento ostativo allo svolgimento di lavoro parasubordinato a progetto per prestatori stranieri già titolari di un permesso di soggiorno. Appare opportuno, dunque, armonizzare la normativa esistente al fine di equiparare la posizione dei lavoratori autonomi stranieri sia nella fase di accesso che di permanenza nel territorio dello Stato.

Con riguardo al lavoro subordinato è pacifico che siano ammissibili gli ingressi e la stipula di successivi contratti per lo svolgimento di rapporti a tempo determinato. Prima della riforma del mercato del lavoro da parte della legge 18 giugno 2012, 92 (c.d. riforma Fornero), si riteneva che sia la bozza di contratto di soggiorno che il definitivo da sottoscrivere al momento dell'ingresso dovessero contenere l'espressa indicazione delle ragioni tecniche o organizzative o produttive o sostitutive giustificatrici dell'assunzione a tempo determinato¹⁸³ così come prescritto dal d.lgs. n. 368/2001¹⁸⁴. Attualmente, è plausibile sostenere che la nuova figura del contratto a termine acasale

¹⁸¹ A questi ultimi vanno aggiunti: eventuali requisiti morali e professionali come l'iscrizione ad albi o registri, licenze o autorizzazioni; la prova di una determinata capacità economica necessaria a sostenere la futura attività lavorativa. L'elencazione completa dei requisiti richiesti è effettuata da BARBIERI V., *Immigrazione e lavoro*, cit., p. 245. Per una disamina, invece, dei meccanismi regolativi dell'ingresso dei lavoratori autonomi si veda MARANDO M., *Extracomunitari: la disciplina del lavoro autonomo e i rapporti «speciali»*, in *DRI*, 2001, 4, p. 489.

¹⁸² Dello stesso avviso è MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., 142.

¹⁸³ Cfr. MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., 144.

¹⁸⁴ Cfr. Trib. Tivoli 7 maggio 2008, in *D&L – Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, I, p. 62 con nota di GUARISO, in cui si afferma che la natura temporanea del permesso di soggiorno non consente alcuna deroga alla disciplina generale del contratto a termine, non potendo autorizzare la stipula di un contratto a termine - anche in ossequio al principio di parità di trattamento tra italiani e extracomunitari ex art. 2, comma 3, T.U. sull'immigrazione - senza l'indicazione di alcuna causale.

introdotta dalla legge n. 92/2012 - che permette la formazione di un primo contratto a termine di durata massima di 12 mesi privo dell'indicazioni delle ragioni giustificatrici della temporaneità del rapporto¹⁸⁵ - sia fruibile anche da parte dei lavoratori extracomunitari¹⁸⁶.

Nessun dubbio sussiste, poi, sull'applicabilità del lavoro a tempo parziale agli immigrati extracomunitari, i quali possono utilizzare tali prestazioni lavorative modulate temporalmente sia per ottenere il visto di ingresso sia per continuare a soggiornare con la stipula di successivi contratti di lavoro. Tale interpretazione riceve il conforto letterale dell'art. 30 *bis* del d.P.R. n. 394/1999 che consente espressamente che il contratto di soggiorno possa essere «a tempo indeterminato, determinato o stagionale, (...) a tempo parziale e non inferiore a 20 ore settimanali».

Le certezze applicative poc'anzi descritte vacillano in ordine alla stipula del contratto di apprendistato da parte di soggetti extracomunitari. Il nuovo decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, ossia il Testo Unico che riorganizza la disciplina dell'apprendistato, nulla riferisce circa la possibilità da parte degli stranieri di poter usufruire di tale peculiare forma contrattuale, la quale, essendo a causa mista, prevede contestualmente lo scambio tra prestazione e retribuzione e significative finalità formative per il lavoratore¹⁸⁷.

Uno spiraglio interpretativo viene fornito dall'art 27, comma 1, lett. f), del T.U. sull'immigrazione, il quale, nell'individuare taluni casi particolari rispetto

¹⁸⁵ Sulle modifiche alla disciplina del contratto a termine si vedano SPEZIALE V., *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in W.P. C.S.D.L.E «Massimo D'Antona», n. 153/2012, p. 1 e ss.; MENGHINI L., *Contratto a termine: nuove regole*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p.102.

¹⁸⁶ In considerazione del recente vigore normativo della modifica legislativa succitata non si registrano precedenti giurisprudenziali sul punto.

¹⁸⁷ Per un'approfondita disamina dell'istituto, si veda TIRABOSCHI M., *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, *Commentario al d.l. 14/9/2011, n.167, e all'art.11 del d.l. 13/8/2011, n.138, convertito con modifiche nella L. 14/9/2011, n.148*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1 e ss.

agli ordinari ingressi per motivi di lavoro, legittima l'ingresso delle «persone che, autorizzate a soggiornare per motivi di formazione professionale, svolgano periodi temporanei di addestramento presso datori di lavoro italiani effettuando anche prestazioni che rientrano nell'ambito del lavoro subordinato». Spiraglio, però, che viene immediatamente “chiuso” dal comma 9 dell'art. 40 del regolamento attuativo del Testo Unico, il quale specifica che l'autorizzazione al lavoro di cui alla lett. f) dell'art. 27 riguarda prestazioni di lavoro subordinato nell'ambito dei rapporti di tirocinio, precisando inoltre che le stesse non possono eccedere la durata massima di due anni. Alla luce del dato positivo appare, dunque, incompatibile la stipula di un contratto di apprendistato con il lavoratore straniero sia perché il testo della norma ammette solo la formazione professionale per il tramite dei tirocini ovvero *stage*, sia perché la limitazione temporale di due anni per la permanenza sul territorio dello Stato cozzerebbe con le esigenze formative caratterizzanti il rapporto di apprendistato.

L'inoperatività del contratto di apprendistato nei confronti dei lavoratori extracomunitari genera, comunque, un rilevante contrasto con l'art. 22 del T.U., il quale consente allo straniero di «partecipare, a norma del presente testo unico, a tutti i corsi di formazione e di riqualificazione programmati nel territorio della Repubblica¹⁸⁸».

Ammissibile appare la fruizione, da parte dello straniero, della tipologia contrattuale del lavoro ripartito, in quanto quest'ultimo risulta coerente con la disciplina relativa all'accesso e alla permanenza sul territorio nazionale, purché, ovviamente, tale specifico rapporto di lavoro sia in grado di garantire la percezione del reddito minimo previsto dal Testo Unico.

Invece, proprio il requisito reddituale sembra impedire l'applicabilità del lavoro a chiamata nei confronti del lavoratore immigrato poiché non sempre il contratto prevede la percezione dell'indennità di disponibilità in aggiunta alla retribuzione per l'attività effettivamente svolta, potendosi ammettere ai sensi

¹⁸⁸ Dubbi circa la legittimità dell'esclusione dei lavoratori extracomunitari tra i beneficiari di tale forma contrattuale sono avvertiti da NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 350 e ss.

dell'art. 36 del d.lgs. n. 276/2003 anche rapporti di lavoro in cui il prestatore non è obbligato a rispondere alla chiamata e per l'effetto non beneficia della relativa indennità¹⁸⁹. Siffatta circostanza rende il rapporto di lavoro intermittente una fonte reddituale potenziale - condizionata dalla discrezionale chiamata datoriale - ed impedisce al lavoratore extracomunitario la produzione del reddito normativamente richiesto. Va segnalato, inoltre, che, tra gli elementi essenziali del contratto di soggiorno, è prevista la durata minima del rapporto di lavoro pari a 20 ore settimanali. Tale requisito temporale potrebbe non essere rispettato nel lavoro chiamata, in cui il concreto svolgimento della prestazione lavorativa è solo eventuale.

Per quanto concerne le prestazioni occasionali accessorie va compiuto, come già effettuato per il contratto a termine, un distinguo temporale, adoperando quale spartiacque la recente legge n. 92/2012. Ed invero, prima della sua entrata in vigore, si riteneva che la titolarità di questo peculiare rapporto di lavoro non consentisse il rilascio del fatidico permesso di soggiorno per il lavoratore straniero, ma, al più, i *voucher* – costituenti l'istituzionale compenso per tale forma lavorativa – potevano concorrere a formare il reddito legittimante la permanenza del prestatore extracomunitario regolarmente soggiornante. Successivamente alla modifica legislativa apportata alla disciplina del lavoro accessorio ad opera della riforma Fornero, è pacifico che il contratto di soggiorno che preveda lo svolgimento di prestazioni di lavoro accessorio consenta anche il rilascio del permesso di soggiorno e, dunque, l'ingresso dello straniero in Italia¹⁹⁰.

Per quanto concerne la somministrazione di lavoro a tempo determinato, appare improbabile che il lavoratore straniero possa utilizzarla quale strumento di ingresso nel territorio nazionale; infatti, la stretta connessione tra contratto di

¹⁸⁹ Cfr. FERRARO G., *Tipologie di lavoro flessibile*, cit., p. 124.

¹⁹⁰ Si veda *infra* par. 5, in cui vengono analizzate con maggiore completezza le recenti innovazioni apportate dalla riforma Fornero alla regolamentazione del lavoro degli immigrati.

lavoro e permesso di soggiorno imporrebbe il rientro dell'immigrato nel Paese di origine al termine della missione presso il datore utilizzatore. Potrebbe ammettersi, al contrario, il rilascio del nulla osta al lavoro nel caso in cui il lavoratore straniero venisse assunto da parte dell'agenzia di somministrazione con contratto a tempo indeterminato, in quanto, in quest'ultima ipotesi, il lavoratore potrebbe percepire l'indennità di disponibilità tra una missione ed un'altra.

Nessuno ostacolo sarebbe ipotizzabile, di converso, nello svolgimento di prestazioni di lavoro presso un soggetto utilizzatore nell'ambito di un contratto di somministrazione qualora il lavoratore straniero già risulti titolare di un regolare permesso di soggiorno¹⁹¹.

La *status* di socio lavoratore di una cooperativa, infine, può essere ragionevolmente attribuito anche al lavoratore extracomunitario tanto ai fini della stipula del primo contratto di soggiorno legittimante l'ingresso, tanto ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno¹⁹².

¹⁹¹ Discorso analogo può essere sostenuto anche in ordine all'utilizzazione di lavoratori stranieri nell'ambito di un contratto di appalto.

¹⁹² Si veda MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, cit., p. 146.

5. Risoluzione del rapporto e ricerca di una nuova occupazione: le innovazioni introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92

Nella fase di genesi del rapporto di lavoro si assiste ad una interdipendenza tra contratto di lavoro e permesso di soggiorno; tale connessione funzionale cessa, però, con l'estinzione del rapporto di lavoro poiché l'art. 22 del T.U. prevede espressamente che la perdita del lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario e ai suoi familiari legalmente soggiornanti. Ed infatti, il lavoratore immigrato titolare del permesso di soggiorno per lavoro subordinato può, in seguito alla risoluzione del rapporto (avvenuta per dimissioni, recesso datoriale o altra causa), iscriversi nelle liste di collocamento e continuare a permanere sul territorio italiano unitamente ai suoi familiari¹⁹³. L'ultrattività della permanenza sul territorio dello Stato è ammessa per la durata massima ed alle condizioni individuate dalla stessa norma.

Si assiste così ad una dissociazione tra il rapporto di lavoro cristallizzato nel contratto di soggiorno ed il risultato amministrativo che da esso consegue, ossia il permesso di soggiorno¹⁹⁴.

La permanenza, come detto, è temporanea ed è finalizzata alla ricerca di un nuovo lavoro. Il legislatore è intervenuto di recente ampliando il tempo utile per la ricerca da sei mesi ad un anno; tale intervento è stato posto in essere dall'art. 4, comma 30, della legge 28 giugno, n. 92 (c.d. riforma Fornero), che ha modificato il comma 11 dell'art. 22 del T.U..

¹⁹³ Le modalità operative dell'iscrizione nelle liste di collocamento sono disciplinate dall'art. 37 del d.p.R. n. 394/1999, il quale prevede, sia nelle ipotesi di recesso individuale sia nelle ipotesi di licenziamento collettivo, che il datore comunichi entro cinque giorni la risoluzione del rapporto alla Direzione provinciale del lavoro affinché essa provveda all'iscrizione del lavoratore nelle liste di collocamento.

¹⁹⁴ Si veda NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 294, dove l'autore opera un «distinguo ontologico» tra permesso di soggiorno e contratto di lavoro subordinato, essendo il primo parzialmente indipendente dal secondo.

A seguito di tale innovazione legislativa, lo straniero che ha perduto il lavoro può iscriversi nelle liste per il periodo residuo di validità del permesso e, comunque, per un periodo non inferiore ad un anno ovvero per tutto il periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito percepita dal lavoratore straniero, qualora superiore.

L'estensione temporale consente di non vanificare la gravosa attività condotta per l'ottenimento del nulla osta al lavoro e del relativo permesso di soggiorno, o meglio, conferisce al lavoratore maggiori possibilità di successo nella ricerca di un'occupazione affinché il percorso di inserimento sino ad allora compiuto non sia vanificato.

Passando all'analisi del testo normativo, va osservato che sebbene il legislatore abbia utilizzato l'espressione - riferendosi al periodo temporale - «non inferiore ad un anno», il termine così indicato va inteso come tetto *massimo* di fruizione del permesso di soggiorno, salvo una durata eventualmente più lunga giustificata dalla fruizione di misure di sostegno del reddito. Una tale interpretazione è confortata: primariamente, dallo stesso comma 11, che, nella sua nuova formulazione, prevede che «*decorso il termine (...) trovano applicazione i requisiti reddituali di cui all'articolo 29, comma 3, lettera b)*»; successivamente, dalla circolare del Ministro dell'interno n. 5792 del 9 luglio 2012, in cui si afferma che il lavoratore straniero per poter rinnovare il permesso di soggiorno, in assenza di attività lavorativa, dovrà dimostrare la percezione di un reddito minimo annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale¹⁹⁵.

Si desume, pertanto, la perentorietà del termine per la ricerca di un'occupazione legittimante il soggiorno poiché, decorso inutilmente detto periodo, la permanenza legittima dello straniero si fonderà invece sul requisito

¹⁹⁵ Di tale avviso è LOY G., *Misure in favore dei lavoratori extracomunitari*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 689.

reddituale. Il meccanismo descritto non opera, però, per i lavoratori stagionali, che avranno diritto all'iscrizione nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno.

Lo straniero quindi dispone di due mezzi per evitare l'abbandono coattivo del Paese: una nuova occupazione ovvero la prova della titolarità di un certo reddito. Anche in ordine al requisito reddituale si registrano degli interventi da parte del legislatore "riformatore" e, segnatamente, l'art. 1, comma 32, della legge n. 92/2012, modificando taluni articoli del d.lgs. n. 276/2003, ha previsto che i compensi provenienti dallo svolgimento del lavoro accessorio, ossia quelli derivanti dalla fruizione dei c.d. *voucher*, concorrono a determinare il reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno¹⁹⁶.

Tale modificazione legislativa appare più che altro pleonastica in quanto già l'art. 26 del T.U. prevedeva che il reddito necessario per la concessione del permesso di soggiorno (nella specie, di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per esenzione dalle spese sanitarie) provenisse da fonti lecite. Orbene, nonostante fosse difficile dubitare della liceità del corrispettivo frutto di prestazioni di lavoro accessorio, l'Inps si ostinava ad escludere tali compensi dai redditi strumentali all'ottenimento del permesso di soggiorno¹⁹⁷. Solo di recente l'Ente, con la circolare n. 4 del 18 gennaio 2013¹⁹⁸, si è ravveduto ed ha finalmente riconosciuto come utili, ai fini del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno, i redditi derivanti dalle prestazioni di cui agli artt. 70 e ss. del d.lgs. n. 276/2003; ravvedimento forzato, poiché era

¹⁹⁶ Cfr. il nuovo testo dell'art. 70 del d.lgs. n. 276/2003.

¹⁹⁷ Con la circolare Inps n. 44/2009 si precisava che le prestazioni di natura occasionale accessoria non consentivano ai lavoratori extracomunitari né il rilascio né il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro; cfr. LAMBERTI M., *Il lavoro occasionale accessorio*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 188.

¹⁹⁸ Tale circolare ha ad oggetto delle istruzioni operative per il personale ispettivo sulle modifiche del lavoro occasionale accessorio apportate dalla l. n. 92/2012.

assolutamente inconcepibile che una circolare avesse un contenuto *contra legem*.

Gli ultimi interventi legislativi descritti sono stati accolti da una parte della dottrina con grande favore, definendoli come delle “luci” che illuminano il fenomeno migratorio, rappresentando i primi segni di una nuova tendenza che non considera più il fenomeno come un problema emergenziale di ordine pubblico, ma come un fattore strutturale delle politiche di governo, capace - perché no - di assurgere a fonti di competitività per i *player* del mercato economico¹⁹⁹.

Si registrano, però, anche opinioni contrarie e negative secondo le quali le norme novellate, sebbene abbiano il nobile obiettivo di combattere le forme di lavoro sommerso agevolando la ricerca di un nuovo lavoro regolare, potrebbero viceversa favorirle, fornendo ai datori la possibilità di utilizzare “a nero” lavoratori titolari di permesso di soggiorno in attesa di occupazione, senza tra l’altro incorrere in alcuna sanzione penale prevista in caso di impiego di stranieri privi di permesso di soggiorno ovvero con permesso scaduto, non rinnovato, annullato o revocato, restando, invece, operative soltanto le sanzioni di tipo amministrativo²⁰⁰.

Il recente vigore normativo delle disposizioni succitate rende ogni giudizio prematuro, in quanto sarà solo la prassi applicativa a poter promuovere o tacciare l’operato del legislatore. Legislatore che, indipendentemente dal conseguimento dell’obiettivo di emersione di prestatori stranieri dal sommerso, ha mostrato una certa sensibilità verso il tema del lavoro degli immigrati, includendoli, con l’art. 4, comma 55, della legge n. 92/2012²⁰¹, tra i

¹⁹⁹ Si veda ancora LOY G., *Misure in favore dei lavoratori extracomunitari*, cit., p. 698.

²⁰⁰ Tale preoccupazione viene rappresentata da RAUSEI P., CARUSI A.R., TUTTOBENE M., *Il rischio del sommerso aumenta se viene meno la rilevanza dell’illecito penale*, RAUSEI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, @ 2012 ADAPT University Press, 2, p. 312.

²⁰¹ La norma prevede la «realizzazione di reti territoriali che comprendono l’insieme dei servizi di istruzione, formazione e lavoro collegati organicamente alle strategie per la crescita economica,

beneficiari di una serie di azioni ed iniziative volte, attraverso percorsi di formazione e di orientamento, all'inserimento lavorativo. Quest'ultima disposizione è una mera norma programmatica dallo scarso contenuto prescrittivo, ma rappresenta in ogni caso un importante indice della rinnovata attenzione riposta dal legislatore su un fenomeno spesso volte collocato nell'ombra del quadro politico-istituzionale.

l'accesso al lavoro dei giovani, la riforma del welfare, l'invecchiamento attivo, l'esercizio della cittadinanza attiva, anche da parte degli immigrati».

6. Le ulteriori ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno previste dal decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109

È stato affermato che gli strumenti idonei per ottenere il rilascio del permesso di soggiorno sono alternativamente lo stato di occupazione lavorativa ovvero la titolarità di un certo reddito²⁰². Ad essi va aggiunta, però, un’ulteriore ipotesi di rilascio di permesso di soggiorno, la cui disciplina è contenuta in via generale dall’art. 5, comma 6, del T.U., ove si prevede l’emissione del permesso in presenza di seri motivi di carattere umanitario ovvero risultanti da obblighi costituzionali e/o internazionali dello Stato. Di recente, tale previsione è stata arricchita, o meglio, “specificata” dal decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109, con cui è stata recepita nel nostro ordinamento la direttiva comunitaria n. 2009/52/CE, prevedendo puntuali sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano soggetti extracomunitari in condizione di irregolarità.

Il decreto succitato, modificando parzialmente il Testo Unico e con il dichiarato intento di arginare la diffusa pratica di assunzione di stranieri irregolari, consente al lavoratore immigrato privo del permesso di soggiorno che segnali alle autorità giudiziarie, mediante una formale denuncia, il datore che proceda a siffatte assunzioni, di continuare a soggiornare sul territorio dello Stato affinché cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro.

In tale ipotesi, il questore, che è tenuto al rilascio del permesso di soggiorno, non compie alcuna valutazione di merito in ordine alla serietà del motivo, essendo la stessa, per così dire, “tipizzata”, ma si limita a raccogliere la proposta ovvero il parere del procuratore della Repubblica. L’unica ipotesi legittima di rifiuto è la verifica di una condotta assolutamente incompatibile con il soggiorno dello straniero quale, ad esempio, la pericolosità del soggetto

²⁰² Vedi *supra* par. 5, Cap. III.

per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato o ad anche di un Paese con cui l'Italia ha stipulato degli accordi di cooperazione.

L'attuale normativa prevede una durata minima, ma non una durata massima del permesso di soggiorno "per motivi di giustizia"; in particolare, esso ha validità semestrale e può essere rinnovato per un anno ovvero per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale.

Anche i motivi di giustizia sono individuati – seppur in maniera indiretta e molta articolata attraverso una serie di rinvii normativi – dall'art. 22, comma 12 *bis*, del Testo Unico, introdotto dal d.lgs. n. 109/2012, che, conformemente alla disciplina comunitaria, stigmatizza le particolari forme di sfruttamento dell'attività lavorativa, punendo il datore che occupi: lavoratori irregolari in numero superiore a tre; minori in età non lavorativa; ed i lavoratori sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603 *bis* del codice penale. L'art. 603 *bis* c.p. – rubricato "intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro" - da par suo, completa l'elencazione, ripetendo tra l'altro le prime due condotte illecite di cui all'art. 22 del T.U., e aggiungendo l'esposizione dei lavoratori intermediati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro.

L'illustrazione normativa svolta è densa di difficoltà interpretative, che si riverberano ovviamente sul piano operativo.

In primo luogo, va osservato che il meccanismo punitivo per lo sfruttamento di lavoratori privi del permesso di soggiorno interessa solo i minori infrasedicenni, di conseguenza lo sfruttamento di minori di anni diciotto titolari della capacità di agire finalizzata alla costituzione di un rapporto di lavoro non configurerebbe una condotta antiggiuridica ai sensi dell'art. 22 del T.U.; ciò in netto contrasto con gli intenti del legislatore

comunitario che, nella direttiva n. 2009/52/CE, stigmatizzava ogni forma di sfruttamento minorile e non solo quella dei bambini²⁰³.

La discrasia succitata tra la normativa nazionale e quella comunitaria non esaurisce le lacune interpretative dell'art. 22. Infatti, il comma 12 *quater* prevede l'emissione del permesso di soggiorno per le ipotesi di particolare sfruttamento di cui al comma 12 *bis*; in realtà, la locuzione «*condizioni lavorative di particolare sfruttamento*» è riferita solo alle ipotesi di cui al 603 *bis* c.p., che – come già riferito – contempla le medesime ipotesi di cui al comma 12 *bis*, ma individua come soggetti beneficiari solo i lavoratori soggetti ad un'intermediazione illecita.

Pertanto, sembrerebbe, *ictu oculi* che il permesso di soggiorno possa essere rilasciato solo nelle ipotesi di intermediazione illecita di manodopera, ma l'aggettivo «*altre*» che precede le ipotesi di sfruttamento di cui all'art. 603 *bis* impone ragionevolmente di considerare anche la denuncia delle condotte illecite previste dalle lett. *a*) e *b*) del comma 12 *bis* valevole per l'ottenimento del permesso di soggiorno per motivi di giustizia.

Va osservato, infine, che sussiste - a completamento delle difficoltà operative derivanti dal susseguirsi dei rinvii normativi adoperati dal legislatore - una sensibile differenza di pena tra le condotte tipizzate dal Testo Unico e quelle del codice penale²⁰⁴.

Il meccanismo giuridico poc'anzi descritto, finalizzato al rilascio di un permesso di soggiorno straordinario, ha una doppia natura: una ancillare rispetto alle esigenze di giustizia, l'altra premiale nei confronti del lavoratore straniero disposto a cooperare con l'autorità giudiziaria. Ma le difficoltà

²⁰³ Cfr. LOY G., *Misure in favore dei lavoratori extracomunitari*, cit., p. 693.

²⁰⁴ Il datore che occupa lavoratori privi di permesso di soggiorno è punito, ai sensi dell'art. 22 T.U., con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato, a cui vanno aggiunte gli aumenti di pena di cui al comma 12 *bis*, mentre il datore che realizza la condotta illecita di cui all'art. 603 *bis* è punito con la reclusione da cinque a otto anni, sino ad un massimo di dodici.

interpretative illustrate - che avvolgono in una nube di incertezza l'intero procedimento di emersione di siffatte condotte illecite - rischiano di tradire gli obiettivi del legislatore comunitario e nazionale, sconcertando gli stranieri a denunciare le situazioni di irregolarità in cui sono coinvolti²⁰⁵.

²⁰⁵ Sulla scarsa incisività del meccanismo di rilascio del permesso di soggiorno straordinario si veda ancora LOY G., *Misure in favore dei lavoratori extracomunitari*, cit., p. 696.

CAPITOLO IV

TUTELE E GARANZIE DEL LAVORATORE STRANIERO

Sommario: 1. Le tutele in caso di licenziamento del lavoratore straniero: alcune riflessioni sul nuovo regime di tutela reale di cui alla legge 18 giugno 2012, n. 92 – 2. La tutela della salute e della sicurezza dello straniero nei luoghi di lavoro – 3. Le tutele contro la discriminazione – 4. *Segue:* l'azione civile contro la discriminazione

1. Le tutele in caso di licenziamento del lavoratore straniero: alcune riflessioni sul nuovo regime di tutela reale di cui alla legge 18 giugno 2012, n. 92

Il recesso datoriale del rapporto di lavoro dello straniero determina l'ovvia risoluzione del rapporto contrattuale, la quale - come ampiamente esposto²⁰⁶ - non comporta l'immediato allontanamento del prestatore extracomunitario, ma innesca un inesorabile *countdown*²⁰⁷, in quanto lo straniero disporrà di un circoscritto lasso temporale per trovare una nuova occupazione ed impedire così il rimpatrio, legittimando la sua permanenza sul territorio nazionale. È chiaro che il provvedimento di rimpatrio interessa i soli stranieri titolari del pregresso di soggiorno temporaneo (quindi neofiti dell'ordinamento) e non quelli in possesso della carta di soggiorno CE a tempo indeterminato di cui all'art. 9 del

²⁰⁶ Si veda *supra* Cap. III, par. 5.

²⁰⁷ Secondo LOY G., *Misure in favore dei lavoratori extracomunitari*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 688, prima dell'estensione temporale ad un anno operata dalla legge Fornero «la perdita del posto di lavoro, per i lavoratori immigrati, si trasformava in una sorta di corsa contro il tempo, impietosamente scandito dal trascorrere di appena sei mesi» al fine di reperire una nuova occupazione e così legalmente soggiornare.

T.U., per i quali non si registrano significative differenze rispetto ai lavoratori italiani non essendo necessario per loro la stipula del contratto di soggiorno.

Si intuisce quindi che il provvedimento datoriale di recesso, già di per sé traumatico per qualsiasi lavoratore, assume dei connotati di drammaticità nei confronti del prestatore straniero che da poco ha iniziato un percorso di inserimento sociale nel territorio dello Stato, basato primariamente – e necessariamente – sulla attuale titolarità di un rapporto di lavoro. Decorso inutilmente il termine perentorio di cui all'art. 22 del T.U. per la ricerca di una nuova occupazione e tralasciando le altre ipotesi eccezionali di permanenza (ad esempio il soggiorno per motivi di giustizia), lo straniero licenziato dovrà ineluttabilmente abbandonare il Paese. In considerazione di tale rilevante conseguenza, le procedure di impugnazione del recesso, volte alla declaratoria di illegittimità dello stesso con conseguente rimozione dei suoi effetti, assumono un'importanza primaria per il lavoratore extracomunitario, poiché dall'efficienza delle stesse dipenderà la salvezza del suo percorso di integrazione sociale e lavorativa. L'accesso alla tutela giurisdizionale risulta assolutamente pacifico in quanto previsto dall'art. 2 del T.U., che, nel definire i diritti ed i doveri dello straniero, riconosce la parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Va precisato, ovviamente, che le argomentazioni che seguiranno presuppongono che il licenziamento intimato dal datore sia sprovvisto di una causa giustificatrice, viceversa, accertata la legittimità del recesso, il lavoratore non avrebbe alcuna *chance* di soggiornare se non quella di reperire una nuova occupazione.

Le possibilità di permanenza sul territorio italiano variano sensibilmente a seconda del regime di tutela applicabile in caso di accertamento dell'ingiustificatezza del licenziamento.

In caso di tutela obbligatoria di cui alla legge 15 luglio 1966, n. 604²⁰⁸ - esente, tra l'altro, da modifiche da parte del legislatore riformatore - le probabilità dello straniero di rimanere in Italia sono bassissime ovvero quasi nulle, in quanto a seguito della declaratoria di illegittimità del recesso egli sarà soggetto alla mera volontà datoriale; il datore di lavoro, infatti, sarà libero di scegliere tra l'erogazione di una indennità risarcitoria ovvero di riassumere *ex novo* il lavoratore immigrato. Nel primo caso, il rimpatrio sarà inevitabile e il lavoratore beneficerà solo di un ristoro economico; viceversa, nel caso in cui il datore optasse per la riassunzione e quindi volesse stipulare un nuovo contratto di soggiorno, con la conseguente perdita dei pregressi diritti lavorativi maturati, tale contratto dovrebbe essere formalizzato durante l'ultrattività del permesso di soggiorno poiché, dopo il rientro nel Paese di origine del lavoratore, andrebbe nuovamente posta in essere l'intera procedura di ingresso dello straniero per motivi di lavoro. Va precisato che la circostanza che il nuovo contratto di soggiorno venga sottoscritto entro un anno dal recesso, a seguito della conclusione positiva del giudizio e dell'opzione datoriale, appare altamente improbabile in considerazione degli ordinari tempi di definizione delle controversie giudiziali. Maggiori possibilità potrebbero aversi attraverso l'utilizzo della procedura d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., fondata sul duplice requisito del *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*, quest'ultimo, tra l'altro, in base della perenzione del permesso, sarebbe da considerarsi *in re ipsa*²⁰⁹.

In ogni caso, non sembra applicabile l'art. 17 del T.U. che disciplina il diritto di difesa dello straniero nel procedimento penale, il quale contempla

²⁰⁸ Tale regime opera per i datori con una consistenza organica dell'unità produttiva in cui si è avuto il licenziamento inferiore a quindici dipendenti ovvero a cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché per i datori di lavoro che nell'ambito dello stesso comune occupino meno di quindici dipendenti o se imprenditori agricoli meno di cinque lavoratori nel medesimo ambito territoriale e, infine, ai datori che complessivamente occupino meno di sessanta dipendenti.

²⁰⁹ Cfr. NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 297, dove l'autore ritiene che il pregiudizio grave e irreparabile nelle vicende attinenti all'impugnazione del licenziamento dei lavoratori extracomunitari sussista *ex se*.

un'autorizzazione a soggiornare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa.

In sintesi, le congiunture che permetterebbero la permanenza del lavoratore straniero a seguito dell'illegittimo licenziamento rientrante nel regime obbligatorio - l'opzione del datore e la celerità dell'accertamento - sono difficilmente realizzabili, limitando così le tutele offerte dalla legge n. 604/1966 e giungendo al risultato surreale per cui il lavoratore extracomunitario subisce rilevanti effetti negativi addebitabili ad un inadempimento altrui²¹⁰.

In caso di licenziamento rientrante nella sfera di applicazione dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, così come modificato dalla legge 18 giugno 2012, n. 92, la gamma delle tutele e delle garanzie cresce, sviluppando nuovi aspetti sostanziali e processuali di possibile fruizione da parte dei lavoratori stranieri.

Va preliminarmente osservato che - a seguito della riforma Fornero - la tutela reale c.d. classica o forte, foriera della reintegrazione e, dunque, della reviviscenza del rapporto provvisoriamente risolto, continua ad applicarsi alle sole violazioni dei diritti fondamentali della persona che costituiscono ormai un numero circoscritto e tassativo di ipotesi, applicandosi, invece, in via generalizzata la sola protezione indennitaria di natura economica²¹¹.

Le ipotesi sanzionatorie del novellato art. 18 vanno dunque singolarmente considerate al fine di valutarne l'applicabilità ai lavoratori stranieri e, soprattutto, la loro utilità in relazione alla concessione del permesso di soggiorno.

Ed invero, il licenziamento tacciato di nullità poiché posto in essere per ragioni discriminatorie ovvero per causa di matrimonio ovvero per violazione

²¹⁰ Si veda NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 296 e ss..

²¹¹ In tal senso si veda MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 238.

dei divieti legati alla condizione di maternità della donna lavoratrice ovvero per gli altri casi di nullità *ex lege* o derivanti dalla presenza di un motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. comporta la reintegrazione del lavoratore senza alcuna differenza rispetto al previgente regime di tutela reale. A tali ipotesi²¹² va aggiunta il licenziamento intimato oralmente.

I casi di nullità del recesso succitati trovano applicazione indipendentemente dalla dimensione occupazionale del datore di lavoro (e quindi saranno operativi anche nell'area di tutela obbligatoria) e si estendono inoltre alla categoria dei dirigenti.

Differenza parziale rispetto al previgente sistema si ritrova, invece, nei casi di tutela reintegratoria c.d. attenuata²¹³, in cui l'ordine di reintegrazione sarà accompagnato da una indennità quantitativamente limitata e non superiore alle dodici mensilità. Le ipotesi che rientrano in tale particolare regime sono: la non sussistenza del fatto posto a base della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo ovvero quando lo stesso rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa secondo le tipizzazioni della contrattazione collettiva; l'assenza del giustificato motivo oggettivo connesso alla persona del lavoratore; la manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo.

Tutti gli altri casi di licenziamento illegittimo non espressamente enunciati nella tutela reale classica o attenuata saranno garantiti dalla tutela indennitaria forte²¹⁴, consistente nella declaratoria giudiziale di risoluzione del rapporto di lavoro accompagnata da un'indennità risarcitoria pari all'ultima retribuzione

²¹² Per una illustrazione delle ipotesi di tutela reale forte si veda VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 54 e ss.; PASQUALETTO E., *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 39 e ss; TARQUINI E., *I licenziamenti discriminatori*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 253;

²¹³ L'utilizzo di tale aggettivo lo si ritrova ancora in MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, cit., p. 247.

²¹⁴ Anche tale espressione è di MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, cit., p. 247.

globale di fatto tra un minimo di dodici ad un massimo di ventiquattro mensilità²¹⁵.

Dalla sintetica illustrazione delle nuove tutele frutto dell'ingegneria normativa intervenuta sull'art. 18 dello Statuto emerge un quadro applicativo estremamente frastagliato e diversificato. Entro tale sistema operativo vanno considerate le ipotesi immediatamente fruibili da parte dei lavoratori stranieri.

Seguendo quindi l'ordine cronologico seguito dalla stessa norma si rileva che l'eventuale ordine di reintegra giudiziale nelle ipotesi di tutela reale forte e/o attenuata - tra cui ricordiamo la figura del licenziamento discriminatorio, probabile causa di risoluzione del rapporto di lavoro con un soggetto straniero - potrebbe astrattamente garantire la legittima permanenza del lavoratore extracomunitario ingiustamente licenziato.

Con le attuali norme sostanziali e processuali, infatti, il lavoratore straniero dispone di maggiore possibilità di ricostituire il rapporto di lavoro illegittimamente interrotto e di risaldare la connessione tra contratto di lavoro e permesso di soggiorno.

La riforma Fornero, modificando l'art. 22 del d.lgs. n. 286/1998, ha ampliato il termine di ultrattività del permesso di soggiorno a seguito della perdita del posto di lavoro: da sei mesi ad un anno. Di conseguenza, se con il previgente sistema l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento ed il relativo ordine di reintegra doveva intervenire entro sei mesi dal recesso – circostanza, quest'ultima altamente improbabile in considerazione delle note lungaggini processuali che affliggono il sistema giudiziario nostrano -, pena

²¹⁵ Le differenze applicative tra la tutela reale attenuata e la tutela indennitaria forte sono analiticamente esposte dai seguenti autori: VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, cit., p. 60 e ss.; TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 49 e ss.; TOPO A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 62 e ss.; ALBI P., *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 260 e ss.; GALARDI R., *Il licenziamento disciplinare*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 277 e ss.;

l'immediato rimpatrio forzato dell'immigrato con le ovvie difficoltà di ricostituzione del rapporto di lavoro risolto²¹⁶, oggi, il nuovo termine dell'art. 22 del T.U. aumenta esponenzialmente le possibilità di beneficiare concretamente del provvedimento giudiziale di reintegrazione.

A ciò va aggiunto che il legislatore riformatore, all'art. 1, commi 48-68 della legge n. 92/2012 ha introdotto un nuovo procedimento specifico per l'impugnazione del licenziamenti rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 18 St. lav. che mira dichiaratamente ad un'accelerazione concreta dei tempi processuali, individuando una fase sommaria, una fase di opposizione a cognizione piena del merito ed una fase di gravame, tutte scevre da inutili formalismi, concedendo i più ampi poteri al Giudicante in ordine all'assunzione dei rilevanti e indispensabili mezzi di prova²¹⁷. Sul punto, si rappresenta ancora che, in casi di nullità del licenziamento e di recesso intimato oralmente, il procedimento di impugnazione giudiziale volto ad accertarne l'illegittimità seguirà le norme processuali di cui ai commi 48-68 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati presso il datore,

²¹⁶ Sulle difficoltà di adempiere all'ordine giudiziale di reintegra antecedentemente alle modifiche introdotte dalla riforma Fornero si veda MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, 2010, p. 153, in cui l'autrice annovera tra le problematiche esistenti l'ipotesi in cui l'ordine giunga dopo il rimpatrio del lavoratore straniero, anche in tale circostanza - come per la tutela obbligatoria - si ritiene che vada posta in essere nuovamente la procedura di ingresso e la costituzione di un nuovo vincolo contrattuale. In tali casi, secondo la Montanari, il Giudice non può disporre la reintegrazione per causa non imputabile ad una delle parti, ma dovrebbe accogliere la sola domanda risarcitoria.

²¹⁷ Il Giudice monocratico o collegiale, infatti, «sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione (...) e provvede (...) all'accoglimento o al rigetto della domanda». Il provvedimento della fase "sommaria" è l'ordinanza, mentre il Giudice adopererà la sentenza nella fase di opposizione e di appello; come emerge dal testo normativo, cambia anche la fase di assunzione di mezzi istruttori: saranno ammessi quelli indispensabili nella fase sommaria, quelli rilevanti nella fase di opposizione e nuovamente quelli indispensabili nella fase di appello. In ordine alla snellezza e all'assenza di formalità del nuovo rito specifico si vedano COSMAI P., *L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione*, in CARINCI F., MISCIIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 22 e ss.; MUSELLA C., *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 348 e ss..

estendendosi, dunque, anche alle ipotesi di nullità verificatesi in aziende con meno di quindici dipendenti.

Tra la misura sostanziale dell'aumento del termine di validità del permesso di soggiorno e quella processuale attinente alla previsione di un rito specifico per i licenziamenti non vi è alcuna connessione sistematica, ma combinate unitariamente conferiscono un'indubbia efficienza al sistema di garanzie per il lavoratore straniero in caso di licenziamento illegittimo.

Analoga considerazione può essere sostenuta anche per le ipotesi di licenziamento dei lavoratori stranieri coperti dalla tutela indennitaria forte - trattasi di recessi non rientranti nella categoria della nullità ma dell'annullabilità - recentemente concepita dal legislatore riformatore poiché la stessa, oltre a beneficiare della c.d. corsia preferenziale di natura processuale, prevede l'erogazione di un sostanzioso ristoro economico di gran lunga superiore all'indennità risarcitoria di cui alla legge n. 604/1966, che consentirebbe di garantire il reddito minimo annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale, richiesto dal comma 11 dell'art. 22 del T.U. in assenza di un rapporto di lavoro.

Va rilevato, inoltre, che l'indennità di cui all'art. 18 St. lav. è pari all'ultima retribuzione globale di fatto percepita dal lavoratore, di conseguenza, se il giudicante sanzionasse il datore applicando la misura massima delle ventiquattro mensilità, la stessa sostituirebbe dal punto di vista degli effetti sostanziali e non certo giuridici, in relazione alla durata massima del permesso di soggiorno per lavoro subordinato a tempo indeterminato pari a due anni, la retribuzione ordinaria che l'extracomunitario illegittimamente licenziato avrebbe percepito.

Le lodi all'estensione temporale del permesso di soggiorno per la ricerca di un'occupazione già sono state tessute in precedenza²¹⁸; in tale sede, alla luce delle considerazioni compiute, sembra opportuno esprimere un cauto

²¹⁸ Si veda *supra* par. 5, Cap. III.

apprezzamento nei confronti delle innovazioni in tema di licenziamento, che, seppur non esenti in assoluto da critiche, hanno avuto il pregio di rendere effettive e concretamente fruibili le tutele e le garanzie nei confronti dei lavoratori stranieri licenziati, allontanandoli dall' "orlo" del rimpatrio e rendendo pacata e meno affannosa la ricerca di una nuova occupazione in proporzione alla celerità del nuovo rito specifico sui licenziamenti.

2. La tutela della salute e della sicurezza dello straniero nei luoghi di lavoro

Il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, noto come Testo unico sulla sicurezza sul lavoro, si occupa anche dell'ipotesi in cui lavorino presso l'azienda degli immigrati, prevedendo in favore di questi ultimi degli ulteriori e specifici doveri in capo al datore di lavoro.

L'attenzione del legislatore nei confronti degli immigrati – giustificata, purtroppo, dalle statistiche sugli infortuni sul lavoro che interessano sempre più significativamente i lavoratori extracomunitari - emerge già dalla prima norma con cui si apre il Testo unico: l'art. 1, comma 1, che, nello stilare le finalità dell'articolato normativo, si preoccupa di garantire la tutela di lavoratori e lavoratrici attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, uniformando tali tutele anche nei confronti dei lavoratori immigrati.

Va rilevato che la disposizione d'apertura del decreto, seppur pregevole in quanto include gli stranieri tra gli immediati beneficiari delle tutele in esso contenute, è una mera norma programmatica priva di vincolatività e, tra l'altro, non scevra da critiche dal punto di vista tecnico data la sua formulazione imprecisa. Essa non specifica, per l'appunto, se per «lavoratori immigrati» debbano intendersi solo i soggetti extracomunitari ovvero anche i soggetti appartenenti all'Unione europea.

La genericità della sfera soggettiva si riscontra anche in altre norme del T.U. sulla sicurezza riferibili ai lavoratori *immigrati*: l'art. 11, comma 6; l'art. 28, comma 1; l'art. 36, comma 4; l'art. 37, comma 13²¹⁹.

L'art. 11, comma 6, prevede una tutela di tipo promozionale, incentivando le attività delle amministrazioni pubbliche volte a migliorare i livelli di tutela

²¹⁹ La genericità della portata applicativa di tali norme viene riferita da PERSICO N., *I lavoratori immigrati*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2008, p. 293.

dei lavoratori e delle lavoratrici immigrati; esse si realizzano, nella pratica, attraverso iniziative di comunicazione, informazione e formazione dei soggetti coinvolti.

L'art. 28, comma 1, invece, annovera, tra gli specifici rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori da tenere in debita considerazione, l'eventuale differente provenienza nazionale dei lavoratori. L'inserimento del Paese di origine dei lavoratori tra gli elementi oggetto di una specifica valutazione dei rischi è da ricondurre sicuramente al deficit comunicativo che da esso può derivare, possibile causa di danni e/o infortuni sul lavoro.

Le discrasie linguistiche sono anche alla base delle specifiche prescrizioni imposte per gli immigrati dagli artt. 36 e 37 del Testo Unico sulla sicurezza, riguardanti rispettivamente gli obblighi di informazione e formazione del datore

Prima di analizzare le misure di favore nei confronti dei lavoratori stranieri è opportuno illustrare il contenuto generale degli artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 81/2008, nonché le relative definizioni di informazione e formazione fornite dal succitato decreto legislativo.

Ed invero, per “informazione” si intende quel «complesso delle attività dirette a fornire conoscenze utili alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi in ambiente di lavoro»; mentre la “formazione” è definita come quel «processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili alla acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi»²²⁰.

Gli istituti dell'informazione e della formazione, unitamente a quello dell'addestramento, concorrono nella realizzazione di un sistema completo ed integrato di gestione della salute e della sicurezza in azienda, finalizzato ad una

²²⁰ Entrambe le enunciazioni sono contenute all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, rubricato per l'appunto “definizioni”.

effettiva sensibilizzazione e responsabilizzazione del lavoratore, il quale è chiamato in prima persona – così come prescritto dall’art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 – a prendersi cura della propria tutela e sicurezza ed è altresì responsabile, attraverso le sue azioni ed omissioni, nei confronti degli altri soggetti presenti sul luogo di lavoro²²¹. È naturale che le responsabilità del lavoratore sono circoscritte al contenuto della sua formazione, alle istruzioni ed ai mezzi ricevuti dal datore.

Da quanto innanzi esposto, si intuisce che l’effettività dell’obbligo informativo e formativo è strettamente connesso alla sua intellegibilità; infatti, la chiarezza e la comprensione del significante adoperato per la comunicazione dei rischi, delle procedure e degli altri elementi funzionali alla sicurezza dei luoghi di lavoro sono requisiti normativamente richiesti, in assenza dei quali l’obbligo *de quo* non può dirsi correttamente adempiuto²²².

Al tal proposito il legislatore al quarto comma dell’art. 36 del T.U. sulla sicurezza statuisce che «il contenuto della informazione deve essere facilmente comprensibile per i lavoratori e deve consentire loro di acquisire le relative conoscenze». Orbene, in presenza di lavoratori stranieri, la concreta decodificazione dell’informazione può essere minata dall’utilizzo di una lingua differente da quella conosciuta dal dipendente, per tale motivo il legislatore impone di verificare preventivamente la comprensione del dato linguistico adoperato nel percorso informativo quando i soggetti destinatari della comunicazione siano degli immigrati²²³.

²²¹ Sull’importanza degli istituti della formazione, informazione ed addestramento si veda FIDALIS I., *Informazione, formazione e addestramento*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D.Lgs n. 81/2008*, Ipsa, 2008, p. 147 e ss..

²²² L’informazione “di sicurezza” non deve limitarsi ad una mera predisposizione formale dei mezzi di cognizione degli eventuali protocolli, ma vi deve essere una concreta conoscenza da parte del lavoratore; ciò viene confermato da FIDALIS I., *Informazione, formazione e addestramento*, cit., 151 e ss..

²²³ Si veda BARBIERI V., *Immigrazione e lavoro*, in BASSOLI E. (a cura di), *Manuale pratico dell’immigrazione*, Maggioli editore, 2012, p. 266; nonché PERSICO N., *I lavoratori immigrati*, cit., p. 298. Quest’ultimo autore riferisce che in alcune aziende per ovviare alle difficoltà linguistiche degli immigrati sono adoperati simboli e pittogrammi rappresentativi.

Analoga disposizione si rinviene nell'art. 37 del d.lgs. n. 81/2008 disciplinante l'obbligo di formazione, ove, al comma 13, oltre a prescrivere la pronta fruizione del contenuto formativo avente ad oggetto la salute e la sicurezza del lavoro attraverso l'uso di mezzi comunicativi facilmente comprensibili e conoscibili, si impone che la formazione dei lavoratori immigrati avvenga «previa verifica della comprensione e conoscenza della lingua veicolare utilizzata nel percorso formativo».

I due precetti richiamati (uno riguardante l'attività informativa l'altro quella formativa) sono sostanzialmente identici, discostandosi tra loro per lievissime differenze letterali; la *ratio* che li governa, dunque, è la stessa: garantire un'effettiva comprensione delle comunicazioni inerenti la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro.

Tali disposizioni sono apparentemente un buon esempio di civiltà giuridica, preoccupandosi senza dubbio della cura della persona dello straniero e dimostrando così un'apertura del nostro ordinamento verso il multiculturalismo²²⁴, ma i precetti soprarichiamati non vanno esclusivamente intesi come disposizioni di mero favore degli stranieri, essi, al contrario, sono funzionali a garantire la salute e la sicurezza dell'ambiente di lavoro interamente considerato - comprensivo dunque dei lavoratori titolari della cittadinanza italiana - poiché i lavoratori immigrati, una volta assunti, vengono inseriti nei gangli dell'impresa; di conseguenza, la trasgressione di una norma di

²²⁴ Cfr. ANGELETTI S., *Il discorso di David Cameron riaccende il dibattito sul multiculturalismo*, in *federalismi.it*, 2011, 5, p. 3, dove l'autrice, in estrema sintesi, definisce il modello multiculturalista come un modello sociale in cui le comunità immigrate sono tenute al rispetto di alcune regole comuni - soprattutto di ordine pubblico -, rimanendo libere, però, di conservare le proprie tradizioni culturali, religiose ed i propri codici comportamentali. La stessa non manca di evidenziare talune aporie del modello che potrebbero ostacolare l'integrazione. Per ulteriori approfondimenti sul concetto di multiculturalismo si vedano RICCA M., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, 2008, p. 1 e ss.; SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), *"Diversità" culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, 2009, p. 1 e ss.; VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturali*, Editoriale scientifica, 2011, p. 1 e ss.

sicurezza da parte del dipendente straniero, oltre ad avere quale effetto immediato quello di minacciare l'incolumità personale dello stesso, pone in serio rischio l'intero ambiente di lavoro.

Pertanto, ad una più attenta analisi ed abbandonando gli iniziali toni trionfalistici, le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 riguardanti i dipendenti stranieri non vanno considerate delle mere norme di tutela della "diversità" - quanto meno nazionalistica - contenenti precisi benefici nei confronti degli extracomunitari, ma, in realtà, esse rappresentano delle disposizioni di chiusura volte a garantire la tenuta del "sistema" protettivo concepito dal legislatore, evitando che delle semplici difficoltà linguistiche possano comprometterne la funzionalità faticosamente costruita.

3. Le tutele contro la discriminazione

Il Testo Unico sull'immigrazione è costellato da numerose disposizioni che insistono su due rilevanti quanto indefiniti principi: la parità di trattamento ed il divieto di discriminazione. L'indefinitezza di tali principi è data dalla loro riconducibilità ad archetipi normativi sì immediatamente precettivi, ma dal contenuto fortemente variabile e condizionato dal comune sentire sociale.

Tra i diritti fondamentali a cui riferire la parità di trattamento vi è sicuramente il diritto di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., il quale, per esplicitare al meglio i suoi effetti, deve essere inteso in senso sostanziale e non solo formale al fine di garantire le fisiologiche differenze che accompagnano lo svolgimento di ogni rapporto di lavoro e, soprattutto, di quello dello straniero in cui l'identità personale del lavoratore assume un ruolo ancora più incisivo²²⁵.

La parità di trattamento dunque presuppone quale antecedente logico il rispetto di alcuni principi fondamentali come quello di uguaglianza ed indirettamente quello di solidarietà sociale, ma tale rispetto rappresenta anche l'immediato precipitato logico del principio di parità e, infatti, ad essi rinvia il comma 1 dell'art. 2 del T.U. sull'immigrazione, che riserva paritariamente a tutti gli stranieri presenti nel territorio dello Stato i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, nonché da quelle internazionali.

Il comma 1 dell'art. 2 prescrive, dunque, il rispetto dei diritti fondamentali a tutti gli individui presenti in Italia, indipendentemente dalla regolarità del loro soggiorno; si tratta, in ogni caso, di diritti generalmente riconosciuti alla persona

²²⁵ Si veda BOLEGO G., *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 554, in cui l'autore evidenzia come l'approccio sostanzialistico possa contribuire a realizzare un'effettiva tutela delle differenze. Il profilo sostanziale del principio di uguaglianza emerge anche dalla lettura della Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 454, in *DML*, 1999, 2, p. 362, con nota di TROJSI A., *Lavoratori extracomunitari, parità di trattamento e diritto all'avviamento obbligatorio*, dove, in ordine al diritto degli extracomunitari di iscriversi nel collocamento obbligatorio degli invalidi, il Giudice costituzionale compie numerosi riferimenti alla «piena uguaglianza».

umana ed infatti la dottrina e la giurisprudenza ritengono ormai in maniera pacifica che i diritti fondamentali debbano essere intesi quali universalità del diritto fruibile da qualsiasi soggetto²²⁶.

Il comma seguente del succitato articolo procede ad un rafforzamento delle tutele degli immigrati proporzionale, però, al formale riconoscimento della posizione dello straniero nell'ordinamento italiano; ed invero, la norma conferisce il godimento dei diritti civili attribuiti ai cittadini italiani ai soli extracomunitari regolarmente soggiornanti in Italia²²⁷.

La parità di trattamento nel rapporto di lavoro trova poi un'espressa conferma nel comma 3 dell'art. 2, in cui, attraverso il richiamo alla Convenzione OIL n. 143/1975, si prevede per i lavoratori stranieri la piena uguaglianza di diritti con i lavoratori italiani²²⁸.

Infine, il comma 5, per rendere effettive le prescrizioni precedenti e trasporle da un piano meramente dichiarativo ad uno operativo, riconosce agli stranieri, al pari dei cittadini italiani, la facoltà di agire in giudizio per la tutela dei loro diritti ed interessi legittimi.

La parità di trattamento di cui all'art. 2 non è la sola norma del Testo Unico ad occuparsi dell'equiparazione giuridica tra gli stranieri ed i cittadini italiani, ma il legislatore ha enucleato altre norme che disciplinano, al contrario, le ipotesi in cui ci si discosta dal principio egualitario e, dunque, si verificano delle discriminazioni, che rappresentano in sostanza delle illegittime deviazioni dalla parità formale aprioristicamente ricercata.

²²⁶ In tal senso D'ANDREA L., *Acquisto della cittadinanza e principio di eguaglianza: profili costituzionali*, in *EL*, 2010, XLIV, 2, p. 150.

²²⁷ Salvo disposizioni contrarie da parte delle convenzioni internazionali applicate in Italia ovvero contenute nello stesso Testo Unico. Il godimento di tali diritti, inoltre, potrebbe essere soggetto alla condizione di reciprocità da applicarsi secondo le modalità contenute nel regolamento di attuazione del Testo Unico.

²²⁸ Cfr. NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 263, in cui, nel descrivere il contenuto del comma 3, richiama l'art. 1 della Convenzione OIL n. 143/1975, il quale prevede che i diritti in materia di occupazione e professione, sindacali e previdenziali vengano riconosciuti al lavoratore migrante regolarmente soggiornante sul territorio dello Stato ove opera la predetta convenzione.

L'art. 43 del T.U. fornisce per l'appunto un'ampia definizione di discriminazione considerando come tale ogni comportamento che, direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza che trova la sua scaturigine nella razza, nel colore, nell'ascendenza ovvero nella provenienza nazionale o etnica, nelle convinzioni e pratiche religiose.

Accanto al carattere c.d. oggettivo della discriminazione, la norma individua, sempre ai fini qualificatori, le finalità e gli effetti del soggetto agente, il quale mirerà a compromettere il riconoscimento, il godimento e/o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, culturale e sociale ed in ogni altro settore della vita pubblica.

L'accostamento tra gli scopi discriminatori che attengono al profilo soggettivo e gli effetti della condotta di natura eminentemente oggettiva - questi ultimi collegati alla descrizione dei comportamenti discriminanti compiuta nelle prime proposizioni del comma - sembrerebbe creare un'aporia interpretativa, in quanto non si comprende se l'*animus discriminandi* debba necessariamente accompagnare la condotta del soggetto agente ovvero se rilevi la sola portata oggettiva della discriminazione ovvero, ancora, se siano richiesti entrambi gli elementi (soggettivi ed oggettivi) al fine di individuare e qualificare un comportamento come discriminatorio.

Sul punto, autorevole dottrina²²⁹ ha precisato, pur interrogandosi sulle discriminazioni di genere, che il baricentro della fattispecie discriminatoria sia l'effetto realizzato e non l'elemento psicologico che ha accompagnato la

²²⁹ Si veda ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche e sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 69, il quale ritiene addirittura che gli elementi di soggettivazione della nozione di discriminazione attengono ai criteri d apprezzamento della situazione discriminatoria o meglio alla percezione che di essa ha l'interprete, non essendo riferibili all'autore del comportamento discriminante. In senso altrettanto analogo BOLEGO G., *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, cit., p. 568 e ss..

condotta²³⁰; tale conclusione preserva l'interprete da un'assoluta aleatorietà ed impedisce così una forte "giuridiziarizzazione" della nozione di discriminazione.

L'accentuazione del carattere oggettivo appare conforme primariamente all'esegesi letterale dell'art. 43 del T.U., il quale accosta indifferentemente sia gli scopi che gli effetti del comportamento discriminatorio, e secondariamente alla nozione di discriminazione indiretta contenuta nello stesso Testo Unico e confermata ed ampliata, poi, dalla normativa discriminatoria del 2003, di cui si dirà innanzi.

Lo stesso legislatore del Testo Unico sull'immigrazione, consapevole delle rilevanti difficoltà interpretative connesse alla nozione di discriminazione, ha voluto completare la definizione generale di cui al comma 1 dell'art. 43 con un elenco di atti presuntivamente discriminatori²³¹. La presenza di una nozione generale di discriminazione induce a considerare ragionevolmente tale elenco come esemplificativo e non certo tassativo.

Passando ad un'analisi delle singole fattispecie normativamente intese come discriminatorie, va rilevato che alcune si applicano indifferentemente a

²³⁰ Tale assunto è confermato anche dal commento all'ordinanza del Trib. Milano 22 marzo 2012 di BARACCHI A., «*Molestie per ragioni di razza e normativa antidiscriminatoria*», in *D&L – Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, 4, p. 494.

²³¹ Il comma 2 dell'art. 43 del T.U. considera discriminatori i seguenti atti: «a) il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, lo discriminino ingiustamente; b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; c) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; d) chiunque impedisca, mediante azioni od omissioni, l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità; e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza».

tutti gli stranieri, mentre altre, tra cui quelle aventi ad oggetto le discriminazione relative all'accesso ad un'occupazione e lo svolgimento del rapporto di lavoro, presuppongono la regolarità del soggiorno dell'extracomunitario²³². Tra gli atti discriminatori aventi una certa ricaduta lavoristica vanno, dunque, segnalati: eventuali svantaggi nell'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione e ai servizi socio-assistenziali; l'ostacolo all'esercizio di un'attività economica; infine, ogni comportamento datoriale che produca un effetto pregiudizievole anche indiretto in capo al lavoratore straniero in ragione della sua appartenenza ad una razza, un gruppo etnico, un confessione religiosa.

A completamento di tale ultima descrizione di atto discriminatorio, il legislatore, oltre a richiamare l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, fornisce la nozione di discriminazione indiretta in campo lavoristico - anticipando così quella del d.lgs. n. 215/2003 - intesa come «ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa».

Ma la vera disposizione di chiusura del meccanismo di accertamento e sanzione della discriminazione è contenuta all'ultimo comma dell'art. 43, in cui si afferma che il predetto articolo, unitamente all'art. 44²³³, troverà applicazione anche per gli atti xenofobi, razzisti e/o discriminatori aventi come destinatari gli stessi cittadini italiani ovvero comunitari presenti in Italia.

L'equilibrio sistematico-interpretativo raggiunto in tema di discriminazione con gli approdi normativi di cui al d.lgs. n. 286/1998 subisce uno scossone con l'entrata in vigore decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003,

²³² Vedi NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 264.

²³³ Vedi *infra* par. 4.

rispettivamente frutto del recepimento della dir. 43/2000/CE, sulla parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e della dir. 78/2000/CE, in materia di occupazione e condizioni di lavoro²³⁴.

La produzione legislativa del 2003 ha immediatamente destato dei dubbi di compatibilità con le prescrizioni di cui al Testo Unico sull'immigrazione, evidenziandone contestualmente una non perfetta aderenza al dettato normativo del legislatore comunitario. Il *punctum dolens* riguarda primariamente il d.lgs. n. 215/2003, il quale all'art. 3 esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione le discriminazioni basate sulla nazionalità. Posizione neutrale, almeno dal punto di vista letterale, assume invece il d.lgs. n. 216/2003, che, tra i fattori di discriminazione in tema di impiego (religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale), non fa riferimento all'origine nazionale del lavoratore.

Tale esclusione operata dal d.lgs. n. 215/2003 genera, in primo luogo, un contrasto con normativa comunitaria, il quale vieta in maniera apodittica ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità²³⁵ e, in secondo luogo, come poc'anzi affermato, con il Testo Unico sull'immigrazione, il quale, sia nella definizione di discriminazione diretta sia in quella indiretta, annovera tra i fattori discriminatori la nazionalità.

Il suddetto contrasto con il Testo Unico, da una lettura sistematica delle norme, si compone sul piano interpretativo. Il primo indice interpretativo da tenere in considerazione è la clausola di rinvio al Testo Unico contenuta nel d.lgs. n. 215/2003. Ovviamente, si potrebbe eccepire che il rinvio permetterebbe solo di "riempire" le lacune del decreto legislativo del 2003, mentre, nel caso

²³⁴ Vedi *supra* Cap. II, par. 3.

²³⁵ Si veda NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 265, il quale afferma senza dubbi di sorta che il legislatore comunitario tuteli l'origine nazionale in senso antidiscriminatorio. In senso critico, invece, VENEZIANI B., *Il "popolo" degli immigrati e il diritto al lavoro*, in *RGL*, 2007, 3, p. 546, che ritiene che l'inclusione del requisito della nazionalità non sia così scontato poiché dalla lettura dell'art. 13 del Trattato, che delinea la competenza del Consiglio in ordine alla tutela della discriminazione, non annovera il fattore nazionale.

di specie, non vi è un vuoto normativo da colmare, ma una disposizione successiva contrastante con una previgente, pertanto, la clausola di rinvio non è sufficiente da sola a risolvere la distonia normativa.

Un ausilio interpretativo potrebbe rinvenirsi sia nel carattere speciale del d.lgs. n. 286/1998 rispetto alla generale normativa antidiscriminatoria sia con le clausole di favore contenute in entrambe le direttive, con le quali vengono fatte salve tutte norme di maggior favore preesistenti, leggendo sistematicamente la normativa antidiscriminatoria in senso evolutivo e non peggiorativo²³⁶.

Tra il Testo Unico sull'immigrazione e i decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 si riscontrano, inoltre, delle differenze terminologiche e definitorie. Per quanto concerne l'utilizzo di una diversa nomenclatura dei fattori di discriminazione, non sembra che tale circostanza possa comportare delle difficoltà applicative ed essa, come per il requisito della nazionalità, può essere risolta eleggendo l'interpretazione più favorevole alla parte debole. Al di là delle semplice differenze di natura c.d. linguistica, va rilevato che il Testo Unico non contempla alcuni elementi discriminanti come il sesso e l'attività sindacale. La lacuna viene colmata, anche questa volta, dal rinvio contenuto nelle esemplificazioni di cui al comma 2 dell'art. 43 del T.U., ove, con riferimento alle discriminazioni prodottesi nel rapporto di lavoro, si rimanda al contenuto dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori.

Le differenze tra le normative a confronto proseguono poi sul piano definitorio in quanto i decreti del 2003 sono forieri di autonome definizioni di discriminazione diretta ed indiretta. Ed invero, l'art. 2, comma 1 lett. a), del d.lgs. n. 215/2003 e l'art. 2, comma 1 lett. a), del d.lgs. n. 216/2003 prevedono che la discriminazione diretta si realizzi quando «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o *sarebbe trattata* un'altra in una situazione analoga». Tale definizione ha un'indubbia portata innovativa rispetto a quella dell'art. 43 T.U. poiché adopera tra i termini di paragone per

²³⁶ Cfr. ancora NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 267.

l'accertamento della discriminazione anche una situazione solo ipotetica, senza attendere necessariamente l'effetto sfavorevole.

Meritevole di apprezzamento risulta essere anche la nozione di discriminazione indiretta di cui all'art. 2, comma 1 lett. b), del d.lgs. n. 215/2003 e all'art. 2, comma 1 lett. b), del d.lgs. n. 216/2003, ove si stigmatizza anche «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento *apparentemente neutro* (che) *possono* mettere» le persone «diverse» «in una posizione di particolare svantaggio rispetto alle altre persone».

La nozione di discriminazione indiretta formulata nel 2003 risulta scevra da qualsivoglia parametro quantitativo riferibile al pregiudizio, così come era invece nella definizione di discriminazione nel rapporto di lavoro di cui alla lett. e) del secondo comma dell'art. 43 T.U..

Entrambe le nuove definizioni sembrerebbero allargare lo spettro di operatività della normativa antidiscriminatoria, innovando positivamente la disciplina del Testo Unico e bilanciando così le critiche iniziali formulate dai primi commentatori dei decreti²³⁷.

Le questioni di coordinamento tra il d.lgs. n. 286/1998 e la normativa nazionale antidiscriminatoria recettiva delle direttive comunitarie non si esaurisce sul mero piano terminologico, definitorio e da ultimo nozionistico, ma investe anche la tematica della legittimità di eventuali discriminazioni.

I decreti del 2003 contengono, infatti, delle c.d. scriminanti ossia essi prevedono che, al realizzarsi di determinate condizioni, l'ordinamento anziché stigmatizzare determinati comportamenti li valuti come legittimi e dunque sussumibili entro la sfera della liceità. Un'esenzione dalla disciplina antidiscriminatoria in tema di rapporto di lavoro dello straniero era già contenuta nell'art. 43 del T.U. anche se essa era riferita alla sola

²³⁷ Un sicuro giudizio positivo sulle nuove definizioni di discriminazioni proviene da BOLEGO G., *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, cit., p. 562 e ss..

discriminazione indiretta: la diversificazione di trattamento dei lavoratori per ragioni attinenti alla razza, all'appartenenza ad un determinato gruppo etnico o linguistico ovvero ad una confessione religiosa oppure, ancora, per la loro cittadinanza può risultare legittima se la differenza posa le sue basi su di un requisito essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa. Appare chiaro che la deroga succitata era ed è circoscritta alle ipotesi limitate del rapporto di lavoro ed alle sole discriminazioni indirette.

Di diversa portata risultano le esenzioni previste dai decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 in quanto hanno un carattere generalizzato, applicandosi ad ogni presunta situazione discriminatoria anche in ambiti diversi dal rapporto di lavoro ed interessando sia le discriminazioni dirette che indirette²³⁸.

Nello specifico, per quanto concerne le discriminazioni dirette il legislatore del 2003²³⁹ evoca anch'egli come quello del Testo Unico il requisito dell'essenzialità riconoscendo come ammissibili, nell'ambito dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, le differenziazioni che, per la natura dell'attività lavorativa ovvero per il contesto in cui essa è espletata, costituiscano un *requisito essenziale* ai fini dello svolgimento della predetta attività. Tuttavia, per la scriminante succitata, le similitudini applicative con l'essenzialità di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998, concernente la discriminazione indiretta, sono impressionanti, attenuando la proclamata generalità.

Di sicura ampiezza applicativa è l'esclusione del carattere discriminatorio delle differenziazioni indirette poiché le norme riconoscono la liceità di ogni trattamento diversificato fondato su oggettive finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari.

²³⁸ Per un esaustivo riepilogo delle stesse BOLEGO G., *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, cit., p. 564 e ss.

²³⁹ Tali deroghe sono contenute per entrambi i decreti legislativi al comma 3 dell'art. 3.

Le scriminati contenute nei decreti del 2003 non si sostituiscono a quella dell'art. 43 T.U., ma rimangono contestualmente tutte e tre in vigore, aumentando così le ipotesi derogatorie della disciplina antidiscriminatoria e preparando il terreno per l'adozione di *affirmative action*, realizzatrici di un diritto diseguale volto, paradossalmente, al conseguimento di un'eguaglianza sostanziale²⁴⁰.

Dalla trattazione svolta emerge un quadro normativo estremamente garantista delle diversità e delle debolezze, in special modo nel rapporto di lavoro degli immigrati, ammettendo solo ipotesi derogatorie tipizzate; è doveroso segnalare, però, che parte della dottrina²⁴¹ ha riscontrato nella *ratio legis* che si cela dietro tale produzione normativa anche finalità propriamente economiche e sganciate dagli asseriti obiettivi filantropici. In particolare, si ritiene che la pluricitata parità di trattamento tra i lavoratori autoctoni e quelli extracomunitari abbia in realtà lo scopo di arginare il c.d. *dumping* lavorativo, prevenendo sensibili alterazioni della concorrenza fondate su distonie retributive tra cittadini e stranieri.

²⁴⁰ L'interpretazione per la quale il risultato ultimo delle scriminati è la predisposizione di azioni positive è fornita da D'ANDREA L., *Acquisto della cittadinanza e principio di eguaglianza: profili costituzionali*, cit., 149, nonché da NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 270.

²⁴¹ Tra tutti VENEZIANI B., *Il "popolo" degli immigrati e il diritto al lavoro*, cit., p. 546.

4. *Segue: l'azione civile contro la discriminazione*

Il Testo Unico sull'immigrazione non si limita a stigmatizzare con mere enunciazioni di biasimo i comportamenti assertivamente discriminatori, ma predispone una speciale azione processuale volta a tutelare concretamente il soggetto discriminato. La norma disciplinante il peculiare procedimento è l'art. 44 del d.lgs. n. 286/1998, rubricata, per l'appunto, "azione civile contro la discriminazione". Essa è stata di recente modificata dal decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, il quale è intervenuto massicciamente sul testo della norma, abrogando numerosi commi e rinviandone la disciplina all'art. 28 del predetto decreto.

Nel segmento temporale tra l'introduzione dell'art. 44 e la sua successiva modifica del 2011 - come è noto - la disciplina antidiscriminatoria è stata arricchita dai c.d. "decreti gemelli" del 2003 (i d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003, di cui ampiamente si è discusso nei precedenti paragrafi), nonché dal d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 in ordine alla parità di trattamento tra uomini e donne nei servizi assicurativi e altri servizi finanziari, i quali anch'essi contenevano un procedimento dedicato alla repressione delle condotte discriminatorie.

È intuibile quindi che il quadro normativo era decisamente frammentario, disomogeneo ed eccessivamente complesso a causa della contestuale operatività di più modelli procedurali²⁴². Per tale motivo il primo comma dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 prevede per l'azione del Testo Unico sull'immigrazione, per quelle dei decreti del 2003 e, infine, per quella in materia di disabilità e di parità nei servizi assicurativi l'utilizzo del rito sommario di cognizione, regolando unitariamente le diverse azioni elencate, salvo disposizioni contrarie; specifica

²⁴² In tal senso WIDMANN P., *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 633 e ss., la quale conta ben 13 azioni esperibili in sede civile contro le discriminazioni, che, sebbene accumulabili, presentano dei profili di diversità.

altresì che qualora le discriminazioni avvengano ai sensi degli artt. 2 dei decreti gemelli si applicano comunque le ulteriori disposizioni dell'art. 44.

All'esito di tale operazione di ingegneria normativa, è lecito affermare che ogni azione volta alla repressione delle discriminazioni ha quale scheletro procedimentale l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, a cui si uniscono talune disposizioni dell'art. 44 del T.U., le quali attengono principalmente al piano sanzionatorio. Residuano le procedure giudiziali dei decreti del 2003 che, quale unica prescrizione procedimentale autonoma, prevedono il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.²⁴³ e, nelle ipotesi di rapporto di lavoro pubblico, quello di cui all'art. 66 del d.lgs. n. 165/2001.

Secondo le nuove norme procedimentali, competente a conoscere tale tipo di controversie è il Tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio; la norma, dunque, deferisce la cognizione al giudice ordinario, circostanza, quest'ultima, pacifica anche in giurisprudenza, escludendo la competenza del giudice amministrativo²⁴⁴. Va aggiunto che l'art. 28 d.lgs. n. 150/2011 – che disciplina il procedimento antidiscriminatorio – non contiene alcuna espressa indicazione in ordine a una riserva di competenza in favore del giudice civile ordinario, per cui devono essere decise dal giudice del lavoro le controversie in materia di discriminazione che rientrano nelle previsioni dell'art. 409 c.p.c.²⁴⁵.

La richiamata cognizione del giudice del lavoro genera potenzialmente un conflitto di competenza territoriale tra il foro individuato dal comma 2

²⁴³ L'unica differenza procedimentale dei decreti del 2003 ha perso, tra l'altro, la sua rilevanza a seguito dell'introduzione delle legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro), la quale ha reso il tentativo di conciliazione da obbligatorio a facoltativo.

²⁴⁴ La competenza del giudice ordinario veniva affermata prima dell'introduzione del d.lgs. n. 150/2011: Trib. Milano 4 aprile 2011, in *D&L – Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2011, 1, p. 144; nonché dopo: Trib. Tortona 22 settembre 2012, in *Redazione Giuffrè 2012*.

²⁴⁵ Cfr. Trib. Roma 21 giugno 2012, in *D&L – Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, 2, p. 355. Sempre un'altra pronuncia di merito afferma, in senso conforme, che qualora una discriminazione attenga alle condizioni di lavoro il giudice tabellarmente competente – ferma restando l'applicazione dello speciale rito discriminatorio – deve essere individuato nel giudice del lavoro, Trib. Napoli 31 maggio 2012, in *D&L – Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, 2, p. 496.

dell'art. 28 ed i tre fori alternativi di cui all'art. 413 c.p.c., rimanendo ancora incerto se il primo debba intendersi come esclusivo.

Il nuovo procedimento *ex art. 28* del d.lgs. n. 150/2011 si svolge in forma semplificata e sommaria con funzione decisoria, o meglio, si tratta di un procedimento a cognizione sommaria perché ad istruzione e trattazione deformalizzate²⁴⁶; ed invero il giudice - ai sensi degli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c., a cui l'art. 28 rinvia - «omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda». Si tratta, dunque, di una procedura che, sebbene condotta all'insegna della snellezza e della rapidità del giudizio, ha dei caratteri diversi rispetto al procedimento cautelare, basato necessariamente sul presupposto dell'urgenza e le maggiori deviazioni rispetto all'ordinario processo di cognizione si riscontrano nell'omissione di ogni superflua formalità²⁴⁷.

La propensione alla definitività di tale procedimento in senso anche alternativo a quello ordinario si evince dal provvedimento decisorio emesso dal giudice e, segnatamente, l'ordinanza «è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione», inoltre, essa «produce gli effetti di cui all'art. 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione».

Il procedimento descritto non si esaurisce quindi in un'unica fase, ma prevede anche la possibilità di impugnare l'ordinanza emessa dal Tribunale in funzione monocratica innanzi alla Corte di Appello. Esso costituisce una forma

²⁴⁶ Tale definizione è fornita da CARRATTA A., *Procedimento sommario di cognizione. Diritto on line*, 2012, in *Treccani.it*.

²⁴⁷ Il rinvio compiuto dal legislatore al rito sommario di cognizione impedisce ogni tentativo di assimilare l'azione di cui all'art. 44 del T.U. con il procedimento di urgenza *ex art. 669 c.p.c.* Talune similitudini tra le predette procedure, antecedentemente all'abrogazione parziale dell'art. 44, veniva riscontrate da NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 281, nonché dalla giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bari 25 luglio 2011, in *Giurisprudenzabarese.it 2011*.

di gravame speciale²⁴⁸, esente dal “filtro di inammissibilità introdotto dal d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 e consistente nella possibilità di dichiarare l’appello inammissibile con ordinanza «quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolto» (nuovi artt. 348 *bis e ter* e art. 436 *bis* c.p.c.).

Specialità che abbraccia anche l’eventuale fase istruttoria, ammettendosi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando gli stessi sono considerati dal collegio indispensabili ai fini della decisione oppure quando la parte dimostra di non averli proposti nella fase sommaria a causa di un impedimento.

La valutazione di indispensabilità conferisce una notevole discrezionalità alla Corte, temperata dalla possibilità di fruire di ulteriori mezzi in presenza di una causa oggettiva non imputabile alla parte.

Pacifica risulta poi la possibilità di ricorrere in cassazione avverso la pronuncia della Corte; l’ordinanza emessa da Tribunale e non impugnata è ritenuta comunque soggetta alla revocazione straordinaria e all’opposizione di terzo.

Le predetti fasi processuali appartengono al rito sommario di cognizione, le stesse vengono arricchite da ulteriori disposizioni procedurali frutto del combinato disposto degli artt. 44 del d.lgs. n. 286/1998 e 28 del d.lgs. n. 150/2011, il quale aggiunge all’azione avverso le condotte discriminatorie, già speciale in quanto rientrante nella fase sommaria, un’ulteriore grado di specificità.

Carattere specifico è ad esempio la legittimazione attiva in capo a soggetti collettivi; in particolare, il comma 10 dell’art. 44 del T.U. prevede che, qualora il datore ponga in essere delle discriminazioni di carattere collettivo l’azione può essere avanzata dalla rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali

²⁴⁸ Anche la qualificazione di specialità è da attribuire a CARRATTA A., *Procedimento sommario di cognizione. Diritto on line*, 2012, in *Treccani.it*.

maggiormente rappresentative a livello nazionale. Tale legittimazione sussiste anche quando non siano immediatamente individuabili i lavoratori lesi dalle discriminazioni.

Circa l'individuazione del soggetto collettivo, si ritiene che la dicitura "rappresentanze locali" coincida con gli organismi locali di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori²⁴⁹.

L'estensione dell'azione compiuta dal legislatore in capo al soggetto collettivo va sicuramente intesa in senso positivo, confermando il ruolo di controllo e vigilanza del sindacato, inteso quale sentinella degli interessi di gruppo. Non mancano, però, alcune problematiche di natura sostanziale e processuale. Ed invero, vi sono evidenti difficoltà ad individuare un concreto interesse ad agire da parte delle rappresentanze sindacali, trattandosi di una azione tendente ad arrestare delle discriminazioni che, notoriamente, ledono i diritti della personalità. Orbene, sostenere la difesa della personalità di un gruppo potrebbe essere una contraddizione in termini poiché la sfera personalistica è un concetto tautologicamente riferibile al singolo individuo e dunque non identificabile in capo ad un soggetto collettivo.

Il giudice, alla luce di tali considerazioni, dovrebbe sempre verificare non solo la legittimazione - in ogni caso ammessa espressamente dal legislatore - ma anche l'interesse ad agire²⁵⁰ della rappresentanza sindacale.

Ulteriore problema, questa volta di natura processuale, è costituito dallo stesso potere di rappresentanza del soggetto sindacale in quanto il comma 3 dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 permette alla parte di stare in giudizio personalmente senza l'assistenza tecnica di un difensore, mentre il comma 10 nulla riferisce in ordine alla rappresentanza processuale del sindacato e,

²⁴⁹ Ancora NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 286.

²⁵⁰ Sulle problematiche attinenti alla contestuale verifica sia della legittimazione che dell'interesse ad agire in giudizio si permetta di rinviare ad AMBROSINO A., *Sistema di controllo a distanza: il caso del Gps e l'interesse ad agire del lavoratore* (nota a App. Napoli Sez. lav., 19 marzo 2011, n. 1021), in *MGL*, 2011, 8-9, p. 664.

pertanto, non è dato sapere se esso debba essere munito di un espresso mandato alle liti da parte dei lavoratori lesi ovvero possa agire in completa autonomia, inoltre, nel primo caso, non sono specificate neanche le formalità di tale atto (se redatto per atto pubblico o scrittura privata)²⁵¹.

Infine, ai quesiti esposti, va aggiunta la compatibilità tra una contestuale azione di cui all'art. 44 del T.U. e quella di cui all'art. 28 dello Statuto per la repressione della condotta antisindacale che abbia quale presupposto anch'essa un fattore discriminatorio; in particolare, tale compatibilità da luce ad altre problematiche: se la presenza di un procedimento sospende l'altro; ovvero se sia necessaria una trattazione congiunta per evitare un contrasto di giudicati, se sì, con quale rito; e, infine, in via alternativa se sia ammissibile una trattazione distinta delle due procedure. In considerazione della scarsa e sporadica applicazione dell'art. 44 del T.U. non si rinvengono precedenti giurisprudenziali che possano dirimere le questioni poc'anzi sollevate.

Per quanto concerne invece l'istruzione probatoria, si evidenzia che il previgente regime probatorio dell'art. 44 è stato abrogato, per cui il giudice dovrà fare riferimento a quanto statuito dal comma 4 dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011. Il comma citato presume l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori dalla semplice esposizione da parte del ricorrente di elementi di fatto, desunti anche da dati statistici; tale presunzione deve essere vinta dal convenuto, sul quale graverà l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. La norma precisa poi che i dati di natura statistica possono essere relativi anche «alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata».

La formulazione dell'art. 28 corregge le imprecisioni del vecchio testo dell'art. 44, in cui il peculiare regime probatorio, caratterizzato dall'uso dei dati statistici, era utilizzabile solo per le discriminazioni originate nel corso del

²⁵¹ Tali quesiti sono avanzati anche WIDMANN P., *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, cit., p. 661.

rapporto del lavoro, non coprendo di fatto le altre ipotesi discriminatorie tipizzate dall'art. 43 del T.U..

L'inversione dell'onere della prova in capo al presunto autore della discriminazione è giustificato sul principio della "vicinanza della prova", essendo egli l'esclusivo detentore della disponibilità degli elementi probatori relativi alla fondatezza della pretesa azionata²⁵².

Il meccanismo probatorio descritto consiste, secondo parte della dottrina²⁵³, in una presunzione legale relativa, finalizzata esclusivamente al riparto dell'onere della prova, ove l'utilizzo dei dati statistici, sebbene agevoli la posizione processuale del ricorrente, rischia di viziare l'accertamento del nesso causale in quanto prende in considerazione i solo fattori noti e non anche quelli ignoti, realizzando così una conoscenza solo parziale del comportamento discriminatorio.

Passando ai rimedi congegnati dal legislatore avverso le discriminazioni, il comma 5 dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 prescrive che il giudice possa, accogliendo il ricorso, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e, per rendere concreto tale ordine, può adottare altri provvedimenti funzionali alla rimozione degli effetti discriminatori. Inoltre, nel caso di discriminazioni strutturate nel tempo e dunque non episodiche e temporanee, il giudice può adottare un piano di rimozione delle discriminazioni accertate da attuarsi entro un determinato lasso temporale fissato nel

²⁵² Cfr. Trib. Genova 8 aprile 2011, in *RIDL*, 2011, 4, p. 1096, pronuncia confermativa dell'inversione dell'onere della prova in capo al soggetto convenuto, in quanto, nell'accertamento di una discriminazione per motivi legati all'origine nazionale del lavoratore, spetta a quest'ultimo la prova dell'insussistenza della condotta denunciata.

²⁵³ Vedi WIDMANN P., *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, cit., p. 647 e 649. Le difficoltà interpretative e le oscillazioni giurisprudenziali legate all'accertamento dell'avvenuta discriminazione sono analizzate anche da CERBONE M., *Profili processuali della tutela antidiscriminatoria: il ruolo delle giurisprudenza italiana*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 134.

provvedimento decisorio, rimedio quest'ultimo che ricalca le disposizioni abrogate degli artt. 4 dei decreti gemelli.

Il piano sanzionatorio legislativamente previsto appare sì ben strutturato, ma, ad una più attenta analisi, esso è sprovvisto di un concreto meccanismo di coazione. Ed invero, il provvedimento con il quale il giudice richiedere di cessare la discriminazione, implicitamente foriero di una valutazione di illegittimità dell'atto discriminatorio, rischia di rimanere lettera morta in quanto l'imposizione di uno o più comportamenti attivi da parte di un soggetto rientra per eccellenza tra le prestazioni non soggette ad esecuzione specifica di cui all'art. 2932 c.c., trattandosi di prestazioni infungibili che richiedono un *facere* – o meglio nel caso di specie un non *facere*, richiedendo generalmente l'astensione da una determinata condotta assunta come discriminatoria – di natura infungibile²⁵⁴.

Corre in soccorso del ricorrente vittorioso il meccanismo di coazione indiretta previsto dal comma 8 dell'art. 44 del T.U., il quale prevede che il soggetto condannato, che eluda l'esecuzione dei provvedimenti resi dal giudice in tale particolare procedimento, è punito, ai sensi dell'art. 388, comma 1, c.p., con la reclusione fino a tre anni ovvero con la multa da 103,00 a 1.032,00 euro.

Alcuni autori, però, hanno sottolineato che il meccanismo di coazione indiretta di cui all'art. 388 c.p. abbia sì un effetto deterrente, ma ha di fatto una scarsa applicazione in considerazione del fatto che, per giungere alla condanna penale richiamata, occorre che l'inerzia del soggetto passivo sia posta in essere fraudolentemente ovvero sia supportata dall'elemento psicologico del dolo specifico²⁵⁵.

²⁵⁴ Circa il meccanismo di cui all'art. 2932 c.c. e sulle prestazioni personali di carattere infungibile si veda GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 651 e ss.;

²⁵⁵ Tali censure la meccanismo di cui al comma 8 dell'art. 44 sono state mosse da NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 286. L'autore ritiene che, ove non attuabile l'art. 388 c.p., possa trovare applicazione l'art. 650 c.p. in virtù del rinvio compiuto dall'art. 43 del T.U. alla disciplina statutaria e alla legge n. 903/1977.

Di recente, nel codice di procedura civile, ad opera dell'art. 49, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, è stato inserito un nuovo articolo, il 614 *bis*, rubricato per l'appunto "Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare", il quale nell'azione contro la discriminazione potrebbe rappresentare un valido strumento per conferire effettività alle tutele predisposte del legislatore del Testo Unico.

L'articolo 614 *bis* c.p.c. consente al giudice di fissare, su richiesta di parte, unitamente alla condanna ad una prestazione di fare infungibile, una misura coercitiva pecuniaria che troverà applicazione in ogni ipotesi di inadempimento o ritardo nell'esecuzione della statuizione giudiziaria. Tale condanna pecuniaria costituisce titolo esecutivo. La misura rappresenta una forma di coercizione indiretta generalizzata applicabile anche in assenza di una espressa previsione legislativa²⁵⁶, assimilabile alle *astreintes* dell'ordinamento francese e, dunque, sicuramente fruibile nell'azione avverso le discriminazioni *ex art. 44* del T.U..

La fruibilità della norma codicistica nei procedimenti volti a reprimere le discriminazioni è, però, parziale, in quanto lo stesso art. 614 *bis* precisa che il meccanismo coercitivo non trova applicazione nelle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c..

È inutile dire che tale limitazione riduce sensibilmente le possibilità di utilizzo dell'art 614 *bis* nelle controversie aventi ad oggetto comportamenti discriminatori poiché sono numerose le ipotesi in cui le vessazioni hanno origine e producono i loro effetti nel rapporto di lavoro e, tra l'altro, va ricordato sul punto che tra le tipizzazioni di cui all'art. 43 T.U. - tutelabili attraverso l'azione di cui all'art. 44 - vi è quella che stigmatizza le discriminazioni compiute dal datore o da suoi preposti nei confronti dei lavoratori. Il ristretto ambito applicativo dell'art. 614 *bis* c.p.c. ha indotto taluni autori a considerare

²⁵⁶ Per maggiori approfondimenti si veda BOVE M., *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *RTDPC*, 2010, 3, p. 781.

la norma costituzionalmente illegittima e per salvarla da una prossima e auspicabile censura costituzionale ne hanno offerto una peculiare lettura, suggerendo di intendere “controversie” come “prestazioni” di lavoro subordinato e, di fatto, utilizzarla anche nelle ipotesi di discriminazioni avvenute nel rapporto di lavoro²⁵⁷.

Il novero delle sanzioni non si esaurisce con la declaratoria di illegittimità, la condanna al ripristino dello *status quo ante* e le misure di coercizione indiretta innanzi esposte, ma esistono altre due sanzioni accessorie: una contenuta nell’art. 44 del d.lgs. n. 286/1998, l’altra nell’art. 28 del d.lgs. n. 150/2011.

La prima consiste, una volta accertata l’esistenza di un atto discriminatorio di cui all’art. 43 del T.U., nella perdita di eventuali benefici economici concessi secondo la normativa vigente, nonché nell’esclusione dagli appalti pubblici; nei casi più gravi l’esclusione del condannato dalla concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero la sua inibizione dagli appalti di opere pubbliche può essere disposta per il termine massimo di due anni. In ordine a tale misura sanzionatoria, sussistono dubbi applicativi aventi ad oggetto la trasmissione delle informazione tra l’autorità giudiziaria, investita della cognizione, e le pubbliche amministrazioni committenti²⁵⁸.

La seconda sanzione accessoria, questa volta prevista dall’art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 consiste nel potere del giudice di ordinare la pubblicazione del provvedimento di condanna, per una sola volta e a spese del convenuto, su quotidiani a diffusione nazionale, creando così, attraverso la pubblicità del provvedimento, un certo discredito sociale nei confronti del soggetto che ha posto in essere la discriminazione.

²⁵⁷ Vedi WIDMANN P., *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, cit., p. 671 e 672.

²⁵⁸ Cfr. NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., p. 291, in cui l’autore rileva che appare poco plausibile che il magistrato possa essere a conoscenza del godimento di attuali benefici da parte dei soggetti responsabili di atti discriminatori.

Infine, va rappresentato che la nuova procedura di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 (come la versione abrogata dell'art. 44) contempla la possibilità che, unitamente alla pronuncia di rimozione degli effetti discriminatori, il giudice possa condannare il convenuto alla refusione dei danni sia patrimoniali che non patrimoniali²⁵⁹. La norma specifica altresì che, ai fini della liquidazione del danno, il giudice terrà in considerazione anche eventuali atteggiamenti ritorsivi dovuti a una pregressa azione giudiziaria ovvero a una precedente attività del soggetto leso finalizzata ad ottenere il rispetto della parità di trattamento.

²⁵⁹ Il danno non patrimoniale - come è noto - è connotato dalla tipicità, per cui l'art. 2059 c.c. ne prevede la risarcibilità nelle sole ipotesi determinate dalla legge. Tra le ipotesi tipizzate di compromissione di valori personali risarcibili figurano le lesioni derivanti da atteggiamenti discriminatori tutelabili *ex art. 44 d.lgs. n. 286/1998*. Tale assunto è confermato da TAR Liguria 1 luglio 2010, n. 5498, in *Foro amm. TAR*, 2010, 7-8, p. 2350; Trib. Bari 27 marzo 2009, *Giurisprudenzabarese.it 2009*; nonché Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, in *MGC*, 2008, 11, p. 1607.

BIBLIOGRAFIA

ALBI P., *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 260;

AMBROSINO A., *Sistema di controllo a distanza: il caso del Gps e l'interesse ad agire del lavoratore* (nota a App. Napoli Sez. lav., 19 marzo 2011, n. 1021), in *MGL*, 2011, 8-9, p. 656;

ANGELETTI S., *Il discorso di David Cameron riaccende il dibattito sul multiculturalismo*, in *federalismi.it*, 2011, 5, p. 1;

AAVV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Ipsoa, 2006;

BARACCHI A., «Molestie» per ragioni di razza e normativa antidiscriminatoria (nota a Trib. Milano 22 marzo 2012, ord.), in *D&L*, 2012, 4, p. 494;

BARBIERI V., *Immigrazione e lavoro*, in BASSOLI E. (a cura di), *Manuale pratico dell'immigrazione*, Maggioli editore, 2012, p. 231;

BAREL B., *Art. 16 disp. prel.*, in CIAN G., TRABUCCI A., *Commentario breve al codice civile*, Cedam, 2007, p. 47;

BARTOLE S., BIN R., FALCON G., TOSI R., *Diritto Regionale*, Il Mulino, 2003;

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984;

BASSOLI E. (a cura di), *Manuale pratico dell'immigrazione*, Maggioli editore, 2012;

BELLUMAT S., *Tecniche di prevenzione e di valorizzazione delle diversità*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 575;

BATTISTELLA G., *Origini, sviluppo e prospettive della Convenzione internazionale sui diritti dei migranti*, in *SE*, 2004, 153 (XLI), p. 34;

BIANCA C.M., *Diritto civile III. Il contratto*, Giuffrè, 2000;

BOLEGO G., *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 679;

BOLEGO G., *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 551;

BOVE M., *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *RTDPC*, 2010, 3, p. 781;

BUFFA F., *Il rapporto di lavoro degli extracomunitari. Tomo I: Soggiorno per lavoro e svolgimento del rapporto*, Cedam, 2009;

BUFFA F., *Il rapporto di lavoro degli extracomunitari. Previdenza e assistenza sociale*, Tomo II, Cedam, 2009;

CABIDDU M.A., *Giustizia e giustiziabilità nella Carta dei diritti fondamentali*, in NAPOLI M. (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, 2004, p. 61;

CALCATERRA L., *Brevi note sul licenziamento ideologico dentro e fuori le organizzazioni di tendenza*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 485;

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P, TREU T, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Vol. 2, Utet, 2011;

CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 1;

CERBONE M., *Profili processuali della tutela antidiscriminatoria: il ruolo delle giurisprudenze italiane*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 133;

CARRATTA A., *Procedimento sommario di cognizione. Diritto on line*, 2012, in *Treccani.it*;

CASSESE A., *Principio di uguaglianza e assunzione al lavoro di stranieri* (nota a Corte Cost., 16 luglio 1970, n. 144), in *GCost.*, 1970, p. 1653;

- CASSESE A., *Art. 10*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1975, p. 514;
- CASTELVETRI L., SCARPELLI F., *Il lavoro degli immigrati*, in *RIDL*, 2003, 1, p. 11;
- CHIECO P., *Privacy e lavoro*, Cacucci Editore, 2000;
- CHIONNA C., INNESTI A., ZUCARO S., *La riforma del lavoro occasionale di tipo accessorio*, in RAUSEI P., TIRABOSCHI M., *Lavoro: una riforma a metà del guado*, @2012 ADAPT University Press, p. 157;
- CHISARI C., GALIZIA C., *Il prestatore di lavoro «ideologico» tra tutela antidiscriminatoria e obbligo di fedeltà*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, 461;
- CIANI P., *Le minoranze etniche e la loro cittadinanza*, in *EL*, 2010, XLIV, 2, p. 157;
- CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013;
- COLUCCI M., *Il diritto del lavoratore extracomunitario rimpatriato al rimborso dei contributi versati in Italia: quali regole?*, in *RGL*, 2010, 3, p. 559;

COMINATO C., *Ampiezza della nazione di discriminazione per razza ed origine etnica e legittimazione ad agire*, in *D&L*, 2008, 3, p. 567;

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2002;

CORSO F., *Il diritto sindacale*, Giappichelli, 2011;

COSMAI P., *L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 22;

D'ASCIA L., *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, 2009;

D'ANDREA L., *Acquisto della cittadinanza e principio di eguaglianza: profili costituzionali*, in *EL*, 2010, XLIV, 2, p. 147;

DELFINO M., *Clausole sociali, competenza comunitaria e costituzionalizzazione dei diritti dei lavoratori*, in *Democrazia e diritto*, 2004, 3, p.140;

DELFINO M., *Lavori flessibili, parità e non discriminazione nella giurisprudenza comunitaria*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 85;

DE LUCA R., BRADOSCHIA S., *Lavoratori extracomunitari*, Ipsoa, 2006;

DURANTE A., *I confini della cittadinanza. Lavoro e immigrazione alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RIDL*, 2010, II, p. 363;

DE SIMONE S., *La SA 8000: contesto transnazionale e sistema applicativo*, in GRECO P. (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Giappichelli, 2007, p.195;

DOMMEN C., *Migrants' Human Rights: Could GATS help?*, in www.migrationinformation.org, 1° marzo 2005;

DONDI V., *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Cedam, 2001;

ESPOSITO V., PEZZILLO IACONO M., *Diversità organizzative: approcci, dinamiche e strumenti di gestione*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 377;

FALCONI F., MARIANETTI G., *La gestione del personale all'estero*, Ipsoa, 2008;

FERRARO G., *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, 2009;

FERRARO G., *Diritto dei contratti di lavoro*, Il Mulino, 2011;

FERRONE M., *Extracomunitari e contratti di lavoro a progetto: possibilità di conversione del permesso di soggiorno per studio a lavoro autonomo*, in www.adapt.it, Bollettino ordinario 27.9.2010 n.32;

FASCIGLIONE M., *Imprese e diritti umani: il Global Compact delle Nazioni Unite*, in GRECO P. (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Giappichelli, 2007, p.183;

FIDALIS I., *Informazione, formazione e addestramento*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D.Lgs n. 81/2008*, Ipsoa, 2008, p. 147;

FIORITA N., *Alla ricerca di una nozione giuridica di identità culturale: il contributo del Diritto Ecclesiastico*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 19;

GAFFURI V., *I profili costituzionalistici dell'immigrazione*, in BASSOLI E. (a cura di), *Manuale pratico dell'immigrazione*, Maggioli editore, 2012, p. 37;

GALARDI R., *Il licenziamento disciplinare*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 277;

GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto del Commercio Internazionale*, Cedam, 2007;

GALLO F.M., *Il diritto al lavoro e l'immigrazione in Italia*, in *LG*, 2010, 4, p. 350;

GAMBERINI S., VERGNANI P., *Il teatro d'impresa come strumento di sensibilizzazione verso il multiculturalismo nelle organizzazioni*, in

SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, 2009, p. 131;

GARGIULO U., *Identità culturale e tempo di lavoro: un’analisi della contrattazione collettiva*, in SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, 2009, p. 306;

GARGIULO U., *Identità culturale e tempo di lavoro: un’analisi della contrattazione collettiva*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 195;

GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci Editore, 2006;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009;

GENTILINI A., *Statuti e leggi regionali in materia di migrazione*, in Camera dei deputati, Osservatorio sulla legislazione - Rapporto 2011 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea - Tomo II, *Tendenze e problemi della legislazione regionale*, 2011, pp. 197-205;

GIARDINA A., *Commento all’art. 16*, in SCIALOJA A. (a cura di), *Commentario del codice civile. Dell’applicazione della legge in generale (artt. 16-21)*, Zanichelli, 1978, p. 121;

GIORGIO V., *Rilevanza delle mansioni e licenziamento ideologico nelle organizzazioni di tendenza*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 511;

GIOVANELLI A., *Sulla tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore straniero irregolare: la Cassazione sull'obbligo contributivo del datore di lavoro* (nota a Cass., sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7380), in *D&L*, 2010, 2, p. 62;

GIUBBONI S., *La cittadinanza democratica come fonte di coesione sociale*, in *RDSS*, 2011, 1, p. 131;

GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Cacucci Editore, 2006;

GRECO P. (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Giappichelli, 2007;

GUBBINI C., *La Convenzione dimenticata*, in *Il Manifesto*, 19 dicembre 2002;

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in CICU A., MESSINEO F. (a cura di), continuato da MENGONI L. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, vol. I, 1998, p. 586;

JEAMMAUD A., *"Mondializzazione": banco di prova per il diritto del lavoro*, in SCARPONI S. (a cura di) *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, 2001, p. 58;

- LAMBERTI M., *Il lavoro occasionale accessorio*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 174;
- LIGUORI F., *L'immigrazione e l'Unione europea*, in *Dir. Comm. Sc. Int.*, 2000, p. 429;
- LO FARO A., *Immigrazione, lavoro, cittadinanza: appunti per una ricerca*, in www.personaedanno.it;
- LOMAZZO D.M., *Le discriminazioni nei luoghi di lavoro alla luce delle recenti innovazioni normative*, in SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), *"Diversità" culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, 2009, p. 193;
- LOY G., *Misure in favore dei lavoratori extracomunitari*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 685;
- LUCIANI V., *Tendenza e causa del contratto nel rapporto di lavoro ideologico*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 429;
- LUDOVICO G., *Il lavoro subordinato degli extracomunitari*, in *DRI*, 2001, 4, p. 477;

- MARANDO M., *Extracomunitari: la disciplina del lavoro autonomo e i rapporti «speciali»*, in *DRI*, 2001, 4, p. 489;
- MARI L., *La Carta di Nizza: contenuto e principi ispiratori*, in NAPOLI M. (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 3;
- MARIANI M., *Sub art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300*, in GRANDI M., PERA G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2009, 504 ss.
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 1994;
- MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 236;
- McBRITTON M., *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, in *RGL*, 2010, 3, p. 549;
- McBRITTON M., *La legge italiana sull'immigrazione e l'inclusione sociale*, in *RGL*, 2007, 3, p. 569;
- MENGHINI L., *Contratto a termine: nuove regole*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 93;

MONDA P., *La multiculturalità nel rapporto di lavoro dirigenziale: ostacoli e peculiarità*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 321;

MONNANNI M., *Gli effetti della crisi economica sull'uguaglianza e la non discriminazione. Questioni di Governance*, in *EL*, 2010, XLIV, 2, p. 163;

MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, 2010;

MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Zanichelli, 2006;

MORELLI A., *Prime note in tema di identità nazionale e identità costituzionale*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 41;

MUSELLA C., *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 348;

MUTARELLI M.M., *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costitutivo dell'Unione Europea*, in *RGL*, 2007, 3, p. 617;

NAPOLI M. (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, 2004;

- NAPPI S., *La libera circolazione dei lavoratori comunitari*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO A. (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, 2010, Vol. IX, p. 251;
- NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005;
- NAPPI S., *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in *DML*, 2008, 1-2, p. 77;
- NAPPI S., *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, in *Diritto e libertà*, Giappichelli, 2008, p. 1070;
- NAPPI S., *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, in *DML*, 2006, 3, p. 457;
- NAPPI S., *Il lavoro irregolare e gli immigrati*, in *DML*, 2003, 1-2, p.63;
- NATULLO G., *Sicurezza del lavoro e multiculturalismo: l'immigrazione come «fattore di rischio»*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 303;
- OCCHNINI A., *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, 1, p. 95;
- PASQUALETTO E., *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 39;

PERAGINE V., *Il rapporto italiano sulla lotta alla discriminazione*, in *EL*, 2010, XLIV, 2, p. 135;

PERRUCHOUD R., *Migrations et protection des droits de l'homme*, OIM, 2005, p. 74;

PERSICO N., *I lavoratori immigrati*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2008, p. 293;

PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Giappichelli, 1999;

PERULLI A., *Alcune riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori nel diritto internazionale*, in SCARPONI S. (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, p. 81;

PITTAU F., *La Convenzione dell'ONU sui lavoratori migranti: prospettive d'impegno a dieci anni di distanza*, in *Affari Sociali Internazionali*, 1999, 4, p. 97;

PORCIELLO A., *Identità e riconoscimento tra individuo e gruppo*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 3;

QUARANTA M., *Ambito di applicazione della tutela e organizzazioni di tendenza*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 533;

RAIMONDI G., *L'Organizzazione Internazionale del Lavoro ed i fenomeni immigratori*, in BENVENUTI P. (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Editrice il Sirente, 2008, p. 55;

RANIERI M., *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 259;

RAUSEI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado*, @2012 ADAPT University Press, 1;

RAUSEI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, @2012 ADAPT University Press, 2;

RAUSEI P., CARUSI A.R., TUTTOBENE M., *Il rischio del sommerso aumenta se viene meno la rilevabilità dell'illecito penale*, RAUSEI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, @ 2012 ADAPT University Press, 2, p. 312;

RICCA M., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, 2008;

RICCA M., *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Dedalo, 2008;

RICCA M., *Riace, il futuro è presente. Naturalizzare il «globale» tra immigrazione sviluppo interculturale*, Dedalo, 2010;

RICCI M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p.455;

RIVELLINI F., *La condizione dei lavoratori cittadini di Stati terzi nell'ipotesi di distacco comunitario*, in www.adapt.it, Bollettino ordinario 27.9.2010 n.32;

ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2009;

RUSCIANO M., *Il valore della diversità (culturale e di genere) nel diritto del lavoro*, in SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, 2009, p. 141;

SALIMBENI M.T., TERMINIELLO L., *Riconoscimento e rilevanza della «tendenza» nelle fonti internazionali e nell'ordinamento comunitario*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 443;

SALVATI A., *Oltre la parità retributiva*, in SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, 2009, p. 236;

SANDS O., *Temporary Movement of Labor Fuels GATS Debate*, in www.migrationinformation.org, 1° giugno 2004;

SANTUCCI R., *La work-life balance per la valorizzazione delle diversità culturali tra i tempi di lavoro e di riposo nel contratto di lavoro*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 147;

SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, 2009;

SARACINI P., *I congedi per le esigenze legate alla cura della famiglia e delle persona del lavoratore alla prova del multiculturalismo*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 181;

SCARPONI S. (a cura di) *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, 2001;

SERRA G., *Codici di condotta e prospettive di tutela dei lavoratori a livello transnazionale*, in *DRI*, 2007, 1, p.166;

SPEROTTI F., *Immigrati e lavoro: diritti e doveri –Relazione di sintesi*, in www.adapt.it, Bollettino ordinario 2.5.2011 n.17;

SPEZIALE V., *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *W.P. C.S.D.L.E «Massimo D’Antona»*, n. 153/2012, p. 1;

STAIANO S., *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in www.federalismi.it, 2008, 21, p. 28;

- TARQUINI E., *I licenziamenti discriminatori*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 253;
- TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2008;
- TIRABOSCHI M., *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, *Commentario al d.l. 14/9/2011, n.167, e all'art.11 del d.l. 13/8/2011, n.138, convertito con modifiche nella L. 14/9/2011, n.148*, Giuffrè, Milano, 2011;
- TOPO A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 62;
- TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, in TURSI A. (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della l. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998) relative alla disciplina dell'immigrazione per il lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni nella l. n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005, p. 75;
- TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, Suppl., 2012, 33, p. 49;

TROJSI A., *Lavoratori extracomunitari, parità di trattamento e diritto all'avviamento obbligatorio*, in *DML*, 1999, 2, p. 362;

TROJSI A., *Il diritto del lavoratore all'identità genetica*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 229;

TURSI A. (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della l. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998) relative alla disciplina dell'immigrazione per il lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni nella l. n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005;

TURSI A., *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Zanichelli, 2006, p. 77;

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012;

VAN DER VIJVER M., *Identità culturale, Globalizzazione e Lavoro*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 351;

VENEZIANI B., *Il "popolo" degli immigrati e il diritto al lavoro*, in *RGL*, 2007, 3, p. 479;

VINCIERI M., *Le discriminazioni e i danni risarcibili*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 633;

VISCOMI A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991;

VISCOMI A., *Immigrati comunitari e parità di trattamento*, in *DRI*, 1992, 2, p. 119

VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011;

VISCOMI A., *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 409;

VITALE A., VITALE Maria, VITALE Michele, *Come potrebbe cambiare la normativa di legge: le novelle con testo a fronte*, in RAUSEI P., TIRABOSCHI M., *Lavoro: una riforma a metà del guado*, @2012 ADAPT University Press - Appendice, pp. 103, 111 e 114;

WIDMANN P., *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 633;

WASEM R.E., *Immigration of Foreign Workers: Labor Market Tests and Protections*, Congressional Research Service, 20 December 2010, in www.adapt.it, Bollettino ordinario 9.5.2011 n.18;

ZAGREBELSKY G., *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963 n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti* (nota a Corte Cost. 23 marzo 1968, n. 11), in *GCost* 1968, p. 311;

ZILIO GRANDI G., *Sub art. 5-bis*, in GRANDI M. – PERA G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2009, p. 1420;

ZOPPOLI A., *A proposito del metodo nel diritto sindacale: note sulla contemporaneità*, in *DLM*, 2007, 2, p. 338;

ZOPPOLI A., *Azioni positive e Corte di giustizia: dal genere alle nuove identità nella prospettiva multiculturale*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 111;

ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche, diritto antidiscriminatorio e pari opportunità*, SANTUCCI R., NATULLO G., ESPOSITO V., SARACINI P. (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, 2009, p. 146;

ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche e sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio*, in VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, p. 63;