



1 DICEMBRE 2021

Lo straniero in italia: pluralismo delle
norme e delle corti nei rapporti di
famiglia e di lavoro

di Teresa Pasquino

Professore ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Trento



Lo straniero in Italia: pluralismo delle norme e delle corti nei rapporti di famiglia e di lavoro*

di Teresa Pasquino

Professore ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Trento

Abstract [It]: Si è soliti trattare la condizione giuridica dello straniero in Italia più diffusamente sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali che è necessario assicurare loro come manifestazione del rispetto della dignità della persona. Agli occhi di un privatista, questo può accadere anche indagando detta condizione sotto il profilo del riconoscimento dei diritti dello straniero che possono sorgere nei rapporti familiari ed in quelli di lavoro.

Abstract [En]: It is customary to treat the legal status of foreigners in Italy more widely in terms of the protection of the fundamental rights that must be ensured as a manifestation of respect for the dignity of the person. From a private lawyer's perspective, this survey can be carried also by investigating this condition from the point of view of the recognition of the rights of the foreign citizen that may arise from family and work relationships.

Parole chiave: Straniero; Diritti fondamentali; Immigrazione; Diritto di famiglia; Diritto del lavoro

Keywords: Foreign nationals; Fundamental rights; immigration; Family law; Employment law

Sommario: Premessa. **1.** La condizione di reciprocità ed i suoi limiti: la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nel pluralismo delle fonti e delle Corti. **2.** Lo straniero nelle comunità sociali: i rapporti di famiglia. **3.** *Segue:* nei rapporti di lavoro. **4.** Pluralismo delle norme. Pluralismo delle giurisdizioni?

Premessa

Nell'analisi dei rapporti di diritto privato in cui è parte uno straniero il quadro normativo di riferimento si presenta piuttosto variegato e complesso, coinvolgendo nel sistema delle fonti quelle norme interne e sovranazionali la cui successione nel tempo ha posto all'interprete il difficile compito di delineare con chiarezza e certezza i caratteri peculiari dei diversi istituti¹.

Al fine di tentare una ricostruzione utile per definire i tratti più salienti dei principali rapporti di diritto privato in cui può rilevare la condizione giuridica dello straniero, è bene chiarire preliminarmente a quale tipo di soggetto si fa riferimento quando si usa il termine "Straniero".

Com'è noto, un principio generale dell'ordinamento vuole che la condizione giuridica dello straniero sia regolata dalla legge in conformità con le norme e con i trattati internazionali cui l'ordinamento italiano

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Com'è evidente, sarà impossibile in questa sede affrontare analiticamente le singole questioni che saranno sollevate e che meriterebbero più ampia trattazione. Si tenterà qui di individuare le interferenze normative e giurisdizionali che si pongono quando vengono in considerazione, nell'ambito delle diverse materie su cui ci si soffermerà, i diritti fondamentali ed inviolabili delle persone. Per un efficace ed attuale inquadramento del tema generale, v. il recente lavoro di M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Cacucci. Bari, 2020, ove ampia trattazione sul concetto e positivizzazione del principio dello Stato di diritto anche attraverso l'analisi della giurisprudenza europea e dei limiti posti al suo sindacato sul principio medesimo.

aderisce in quanto generalmente riconosciute (art. 10 Cost.). Una norma di rango inferiore, l'art. 16 delle Disposizioni preliminari al Codice civile, specifica il principio e prevede che la persona dello straniero, sia essa fisica o giuridica, è ammessa a godere dei diritti civili riconosciuti al cittadino a condizione di reciprocità; vale a dire, se lo Stato, cui appartiene la persona che agisce in giudizio, riconosce nel proprio ordinamento un diritto simile o uguale a quello esercitato in Italia, senza alcuna discriminazione. E' bene subito precisare che, proprio agli effetti dell'art. 16 Disp. prel., il concetto di "straniero" non comprende più i cittadini dell'Unione europea: il Trattato della Comunità europea, così come modificato dall'accordo di Maastricht del 1992 e dal successivo Trattato di Lisbona del 2007 (Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), ha definitivamente sancito il seguente fondamentale principio: *"è istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia cittadinanza in uno Stato membro"* (artt. 20 ss. TFUE); il "cittadino dell'Unione" gode dei diritti ed è soggetto ai doveri previsti dal TFUE ed ha diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Alla luce del principio testé richiamato, "Stranieri", sono, dunque, in via residuale, i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi; in ogni caso, agli stranieri comunque *"presenti alla frontiera o nel territorio dello Stato"* ovvero, *"regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato"* (art. 1, T.U. n. 286 del 25 luglio 1998, come da ultimo modificato dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173) sono stati garantiti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti².

Peraltro, la costante e drammatica crescita del fenomeno migratorio ha mantenuto vivo l'interesse e l'attenzione sulla disciplina dell'immigrazione sia in ordine al problema politico-sociale relativo all'ingresso, al soggiorno ed all'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato, sia in ordine alla questione della regolarizzazione dei rapporti in materia di lavoro subordinato di cui fossero parte stranieri già presenti nel territorio dello Stato; esigenza in ordine alla quale il sistema delle norme speciali è stato ulteriormente ampliato con l'emanazione della l. 30 luglio 2002, n. 189 e del coordinato d.l. 9 settembre

² Si vedano, in particolare, i nn. 1-5 dell'art. 2 del citato T.U.: "1. *Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.*

2. *Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione.*

3. *La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.*

4. *Lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale.*

5. *Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge."*

2002, n. 195, convertito in l. 9 ottobre 2002, n. 222, contenente disposizioni in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari.

1. La condizione di reciprocità ed i suoi limiti: la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nel pluralismo delle fonti e delle Corti

Nel contesto di riferimento così delineato, occorre, comunque, tener conto del fatto che la condizione di reciprocità, di cui al citato art. 16 Disp. prel. c.c., si inserisce in un quadro normativo complesso e tale da subordinarla a limiti e temperamenti dettati in ragione di variegata esigenze.

In linea di principio, l'applicazione della condizione di reciprocità si va sempre più attenuando di fronte a quei casi in cui si tratti di richiamare norme straniere che sono in contrasto con l'ordine pubblico interno³ e che, pertanto, non possono trovare applicazione in Italia. In sede applicativa, il giudice italiano deve, infatti, valutare la compatibilità del diritto straniero con quello italiano e, nel caso in cui le norme del primo contrastino con l'ordine pubblico interno, deve applicare le norme del diritto italiano; ciò che, a mo' di esempio, è accaduto in un caso in cui si era posta la questione del riconoscimento di una filiazione naturale di genitori marocchini, ove la Suprema corte, ha disapplicato il diritto musulmano posto che, operato il confronto tra ordinamenti, ha constatato che quello musulmano non solo non riconosce l'istituto ma addirittura punisce penalmente la donna che abbia concepito fuori dal matrimonio⁴. Se poi si tiene conto del fatto che, nella concezione più recente, il principio dell'ordine pubblico cui fare riferimento debba essere soprattutto quello dell'ordine pubblico internazionale, ossia quello costituito dai principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico giuridico dell'ordinamento in un dato periodo storico, non si potrà fare a meno di includere in esso il complesso di principi a carattere generale inteso alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo sanciti dalle convenzioni internazionali⁵

³ La diatriba tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale è stata ripresa e vivificata di recente dalle Sezioni Unite della Suprema Corte in materia di maternità surrogata (Cass. S.U. 8 maggio 2021, n. 12193, in *Famiglia e dir.*, 7, 2019, p. 653 ss.) ove si è negata la compatibilità con l'ordine pubblico interno della pratica, ammessa in alcuni Stati esteri, del c.d. utero in affitto.

⁴ Cass. 8 marzo 1999, n. 1951, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2005, con nota di F. PATRUNO, *Filiazione naturale ed ordine pubblico internazionale: un'interessante applicazione*, in *Famiglia e dir.*, 1999, p. 449 ss.

⁵ Cfr. da ultimo, Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in www.cortedicassazione.it. Pur tuttavia, si veda, al riguardo, la posizione espressa di recente dalla Corte costituzionale la quale è stata investita della questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 12, l. n. 40 del 19 febbraio 2004, dell'art. 64, co. 1, lett. g), della l. 31 maggio 1995, n. 218 e dell'art. 18 del decreto del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 nella parte in cui tali disposizioni «non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico». In tale occasione, la Consulta, con la sentenza n. 33 del 9 marzo 2021, ha dichiarato l'inammissibilità della questione, riconoscendosi che il divieto, sancito da una norma penale, di ricorrere alla maternità surrogata può ben ergersi a principio di ordine pubblico interno ed impedire l'iscrizione nel registro dello stato civile del nato da maternità surrogata e demandando al legislatore il compito di provvedere con norme *ad hoc* alla tutela dei diritti e degli interessi del soggetto così procreato.

Appare, altresì, agevole sostenere che la condizione di reciprocità non sia operante e preclusiva in tutti i casi in cui si tratti di tutelare e salvaguardare i diritti fondamentali ed inviolabili della persona umana⁶; materia, questa, nella quale, dopo il Trattato di Amsterdam, sembra essersi avviato un processo di “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato e processuale, con il conseguente riconoscimento in capo alle istituzioni europee della competenza ad adottare misure anche in tale ambito “*per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno*”. Nell’art. 67 TFUE, infatti, il rispetto dei diritti fondamentali figura tra i parametri di legittimità delle misure che l’Unione europea è chiamata ad introdurre nel perseguire i suoi fini puramente mercantili ed impone un attento bilanciamento che assicuri il pieno godimento delle libertà economiche ma nel rispetto di un’adeguata tutela dei diritti fondamentali⁷.

⁶ Nell’orientamento della giurisprudenza della Corte Edu tale principio – che la stessa Corte ha applicato persino nei casi di urgenza *ex art. 15 della CEDU* – è stato adoperato per riconoscere tutela ai migranti sia con riguardo ai trattamenti disumani nei Paesi di destinazione, sia con riferimento alle condizioni di detenzione nei centri di espulsione. In più di un’occasione, infatti, i giudici di Strasburgo, hanno ribadito che il rischio di trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione del migrante espulso delegittimerebbe anche l’espulsione giustificata dalla rilevante pericolosità sociale di quest’ultimo (a partire dal caso *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 127). Il principio è stato ribadito anche nel caso in cui sussista il pericolo che il Paese intermedio, non applicando la legislazione in materia di asilo conformemente ai principi convenzionali, rinvii il migrante in un territorio a rischio (*M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], ric. n. 30696/09, 21 gennaio 2011; *Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07, 19 gennaio 2012, par. 103); tanto soprattutto se si tratta di minori. Cfr., da ultimo, sui minori Corte Edu, 26 marzo 2020, ric. n. 23685/14, Bilalova e a. c. Polonia, secondo cui “Il trattenimento in un centro per stranieri del minore migrante assieme ai propri genitori deve in linea di principio essere evitato. È compatibile con la Convenzione (art. 5, par. 1, lett. f, CEDU) solo se trova fondamento nel diritto nazionale e se sono assicurate condizioni adeguate alla minore età dell’individuo coinvolto, purché duri il minor tempo possibile e le autorità nazionali abbiano concretamente preso in esame, escludendola, l’efficacia di altre soluzioni meno lesive dei diritti del minore” (in *Immigrazione.it*, accesso del 9 ottobre 2021); 28 febbraio 2019, n. 12267/16, la quale ha statuito che “La situazione di estrema vulnerabilità del minore straniero non accompagnato prevale sulla condizione di straniero irregolare; conseguentemente, la mancata esecuzione, da parte delle autorità amministrative, dell’ordinanza resa dal Tribunale locale in ordine al collocamento provvisorio dello stesso minore in luogo idoneo, a fronte della permanenza del minore per circa sei mesi nelle degradanti condizioni della “giungla” di Calais, integra violazione dell’art. 3 della Convenzione con conseguente condanna della Francia al pagamento del danno non patrimoniale in favore del minore stesso”. (si possono leggere in *Immigrazione.it*, accesso del 9 ottobre 2021);

⁷ Cfr. in argomento, *ex multis*, S. BARIATTI, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell’Unione europea* e R. MASTROIANNI, *Diritti dell’uomo e libertà economiche fondamentali nell’ordinamento dell’Unione europea: verso nuovi equilibri* in L.S. ROSSI, (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali*, Atti del XV Convegno SIDI, ESI, Napoli, 2010, rispettivamente, p. 397 ss. e p. 362 ss.; P. IVALDI – C.E. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell’Unione europea nella prospettiva dell’adesione alla CEDU*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2012, p. 7 ss. Cfr., altresì, le fondamentali pronunce della Corte cost. n. 445 del 12 novembre 2002 e n. 245 del 20 luglio 2011, le quali ribadiscono la supremazia della tutela dei diritti fondamentali rispetto a qualsiasi altra condizione. A conferma della tendenza alla c.d. “comunitarizzazione” del diritto privato e processuale si possono menzionare alcuni significativi provvedimenti, emanati dalle istituzioni comunitarie: Regolamento (CE) n. 44 del 22 dicembre 2001 (modificato dal Regolamento (UE) n. 416 del 12 maggio 2010), sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; Regolamento (CE) n. 593 del 2008, sostitutivo della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, applicabile alle obbligazioni contrattuali, nel quale sono state mantenute numerose disposizioni a tutela dei contraenti deboli del mercato. E’, altresì, da richiamare la giurisprudenza in forza della quale la Corte di giustizia ha affermato la sua giurisdizione in materia di diritti fondamentali, sia pure nei limiti della loro compatibilità con le finalità della UE, ed ha fondato il suo intervento sui principi generali desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni ai vari Stati membri, dai trattati internazionali e dalla CEDU e da intendere quale fonte “autonoma” del diritto dell’UE.

Ad assicurare e garantire il pluralismo normativo delle fonti interne e sovranazionali nella delicata materia della tutela dei diritti fondamentali, è posto il principio, contenuto nell'art. 2 del rinnovato T.U. n. 286/1998, in forza del quale “*allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti*”⁸. In tale direzione si è sempre orientata la giurisprudenza della Cassazione che, anche in assenza di un principio positivizzato, in numerosi casi in cui è stata chiamata a decidere sulla tutela dei diritti alla vita, all'incolumità o alla salute ne ha riconosciuto la meritevolezza, senza operare alcuna disparità di trattamento e senza fare riferimento alla cittadinanza italiana, europea o extracomunitaria⁸. Analogamente, vengono sottratti alla condizione di reciprocità i diritti dei lavoratori stranieri alla retribuzione proporzionata al lavoro ed adeguata ai bisogni della famiglia e quelli al riposo settimanale ed alle ferie⁹. Ancora più deciso è l'orientamento dei giudici con riguardo alla tutela del diritto alla salute, laddove sia i giudici di merito che quelli di legittimità ne riconoscono la piena tutela, a prescindere dalla condizione di reciprocità, in tutti i casi in cui una persona straniera subisca lesioni gravi a causa di fatti illeciti altrui.

La violazione dei diritti personalissimi determina, in tutti questi casi, l'applicazione del principio del *neminem laedere*, ricavabile dall'art. 2043 c.c., da cui consegue la tutela in forma risarcitoria a beneficio del danneggiato, straniero o cittadino che sia, ogni qualvolta il fatto dannoso abbia menomato un diritto afferente alla sfera personalissima dell'uomo¹⁰. Ne discende l'applicazione di una duplice forma di

⁸ Cfr., tra le tante, Cass. 7 maggio 2009, n. 10504, in *Arch. circ.*, 2009, p. 297 ss.

⁹ Cfr. Cass. 26 marzo 2010, n. 7380, secondo cui “*in tema di prestazioni lavorative rese dal lavoratore extracomunitario privo del permesso di soggiorno, l'illegittimità del contratto per la violazione di norme imperative (art. 22 T.U. immigrazione) poste a tutela del prestatore di lavoro (art. 2126 cod. civ.), sempre che la prestazione lavorativa sia lecita, non esclude l'obbligazione retributiva e contributiva a carico del datore di lavoro in coerenza con la razionalità complessiva del sistema che vedrebbe altrimenti alterate le regole del mercato e della concorrenza ove si consentisse a chi viola la legge sull'immigrazione di fruire di condizioni più vantaggiose rispetto a quelle cui è soggetto il datore di lavoro che rispetti la disciplina in tema di immigrazione*”. L'orientamento è confermato anche in Cass. 5 novembre 2012, n. 22559.

¹⁰ Cfr., a chiare lettere, Cass. 4 aprile 2013, n. 8212, in *Altalex*, 18.06.2014: “*L'art. 16 disp. prel. c.c., nella parte in cui subordina alla condizione di reciprocità l'esercizio dei diritti civili da parte dello straniero, pur essendo tuttora vigente, deve essere interpretato in modo costituzionalmente orientato, alla stregua del principio enunciato dall'art. 2 Cost., che assicura tutela integrale ai diritti inviolabili della persona. Ne consegue che allo straniero è sempre consentito, a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità, domandare al giudice italiano il risarcimento del danno, patrimoniale e non, derivato dalla lesione di diritti inviolabili della persona (quali il diritto alla salute e ai rapporti parentali o familiari), ogniqualvolta il risarcimento dei danni - a prescindere dalla verifica in Italia del loro fatto generatore - sia destinato ad essere disciplinato dalla legge nazionale italiana, in ragione dell'operatività dei criteri di collegamento che la rendono applicabile*”; Cass. 11 gennaio 2011, n. 450, in *Foro it.*, 2011, I, 294 ss., secondo cui “*il risarcimento dei danni anche non patrimoniali subiti dallo straniero, anche extracomunitario, che, in seguito a sinistro stradale abbia subito la lesione di diritti inviolabili quali il diritto alla salute e all'integrità psico-fisica e il diritto ai rapporti parentali, può essere fatto valere, indipendentemente dalla condizione di reciprocità, non solo con l'azione risarcitoria contro il danneggiante ma anche mediante azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del fondo di garanzia per le vittime della strada*”. Nella materia *de qua*, ancora più chiara e decisa è la posizione delle Corti europee: cfr., Corte di Giustizia 12 marzo 2014, C-456/12; 20 marzo 2014, C-255/13; 27 marzo 2014, C-322/13; Corte Edu dopo il famoso Caso N. c. Regno Unito (GC), 27 maggio 2008, cfr. anche il caso G.N. e altri c. Italia, 19 dicembre 2009, e i precedenti ivi rassegnati. In questa decisione, la Corte ha stabilito l'obbligo statale di predisporre un quadro regolamentare che imponga alle strutture ospedaliere l'adozione di tutte le misure atte ad assicurare la protezione della vita dei pazienti.

risarcimento che comprenderà non solo i danni patrimoniali ma anche quelli non patrimoniali che potranno essere fatti valere a prescindere dalla condizione di reciprocità.

La condizione di reciprocità riprende, invece, tutto il suo vigore in tema di godimento dei diritti civili. Infatti, a norma dell'art. 2, 2° comma del T.U. n. 286 del 1998, come modificato, allo “*straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato*” devono essere riconosciuti anche i diritti civili attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e lo stesso T.U. non dispongano diversamente; vale a dire, salvo che non prevedano la sussistenza della condizione di reciprocità, la quale continua, inoltre, ad essere operante anche per gli stranieri non soggiornanti in Italia o per quelli che vi soggiornino irregolarmente in quanto privi del permesso di soggiorno o perché non richiesto o perché loro rifiutato¹¹.

Nel quadro normativo così delineato, diritti civili e libertà fondamentali sono contemplati e tutelati nelle fonti che occupano lo stesso livello gerarchico. Entrambe le categorie godono, dunque, dello stesso grado di tutela e possono subire limitazioni solo in ragione del perseguimento di obiettivi di interesse generale, che siano essenziali per la stessa sopravvivenza dell'ordinamento¹².

Sul piano della competenza giurisdizionale, al fine di conferire il giusto grado di effettività alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, spetta ai giudici nazionali il compito di interpretare ed applicare le norme sovranazionali; essi, infatti, sono considerati i *giudici naturali* del diritto dell'Unione europea¹³, chiamati, dunque, ad applicare quelle norme o a sottoporre, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia questioni che ne rendono difficile l'applicabilità in considerazione di eventuali esigenze che potrebbero

¹¹ Dall'applicazione del principio di reciprocità ai soli casi eventualmente previsti dalle convenzioni internazionali e dal T.U. n. 286 del 1998 modificato si desume una sorta di implicita abrogazione della condizione di reciprocità per effetto dell'art. 2, T.U. n. 286/1998 in App. Milano, 22 giugno 1999, in *Riv. dir. internaz. priv e proc.*, 2000, p. 1093 ss.. Cfr., in dottrina, C. CAMPIGLIO, *Abrogazione dell'art. 16 preleggi per nuova disciplina?*, *ivi*, 2001, p. 45 ss.; F. MARRELLA, *Lo straniero, l'art.16 delle preleggi e la condizione di reciprocità*, in *Comm. Gabrielli*, Wolters Kluwer Italia Giuridica, Torino, 2013, 1 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sulla condizione giuridica degli investitori e dei donatori stranieri soggiornanti in Italia ai sensi dell'art. 26 bis del testo unico sull'immigrazione*, in *Immigrazione.it*, n. 311, 1 maggio 2018, 4; Cass. 21 marzo 2013, n. 7210, in *Arch. Loc.*, 2013, 483, in *Dir. e giust.*, 2013, 445, con nota di F. VALERIO, *Diritti civili dello straniero: l'accertamento della reciprocità, da regola che era, diventa eccezione*.

¹² Cfr. Corte di giustizia 18 marzo 2010, cause riunite C-317-320/08, *Alassini*, in *Raccolta*, 2010, p. I-2213 ss. par. 63; Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 novembre 2001, *Fogarty c. Regno Unito*, ric. N. 37112/97, in <http://cmiskep.echr.int>.

¹³ Lo si desume chiaramente dal parere della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, 1/09 - reso in occasione di una questione posta in merito al progetto di accordo internazionale per l'istituzione di un tribunale esclusivamente competente sulle controversie in materia di brevetti europei e degli istituendi brevetti comunitari - ove la Corte così ha ritenuto: “*il previsto accordo, attribuendo una competenza esclusiva a conoscere un rilevante numero di azioni promosse da privati in materia di brevetto comunitario, nonché ad interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione in questa materia a un giudice internazionale, situato all'esterno della cornice istituzionale e giurisdizionale dell'Unione, priverebbe i giudici degli Stati membri delle loro competenze in materia di interpretazione e di applicazione del diritto dell'Unione, nonché la Corte della propria competenza a risolvere, in via pregiudiziale, le questioni proposte da detti giudici e, di conseguenza, snaturerebbe le competenze attribuite dai Trattati alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri, le quali sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa del diritto dell'Unione*” (par. 89).

determinare restrizioni e menomazioni al grado di effettività della tutela per essi contemplata¹⁴. Una questione, questa, di enorme rilevanza, non risolta ancora in maniera appagante, dovendosi necessariamente operare all'interno del sistema del diritto europeo il corretto temperamento tra i diritti e le libertà fondamentali delle persone e le libertà economiche destinate a garantire il corretto funzionamento del mercato unico. Un compito per assolvere il quale appare essenziale definire il criterio ermeneutico più utile ed efficace nel dialogo tra le Corti interne e la Corte di giustizia, la quale, per volontà del legislatore europeo, non può abdicare alla sua funzione di salvaguardia di entrambe quelle prerogative. Nel dilemma che ne scaturisce l'attività della Corte di giustizia è apparsa finora cauta e prudente; al riguardo, la sintesi operata sul punto dalla dottrina che, di recente, si è occupata dell'argomento è ben espressa da chi, a proposito del corretto bilanciamento tra la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e quella delle libertà economiche, ha rilevato che “..... appare tuttavia difficile negare che la Corte di giustizia si sia mai spinta al di là di una mera ‘apertura “di principio” ’ circa l'ammissibilità della protezione dei diritti umani nell'ambito del mercato unico europeo, sempre condizionata, comunque, al rispetto delle finalità di integrazione di cui l'ordinamento dell'Unione è portatore”¹⁵.

2. Lo straniero nelle comunità sociali: i rapporti di famiglia

Tra le formazioni sociali intermedie in cui può maggiormente e significativamente porsi l'esigenza di tutelare lo straniero nell'ordinamento italiano, un posto di rilievo è occupato dalla famiglia; istituzione, questa, che, quanto ai rapporti in cui sia parte uno straniero, è stata già oggetto di una elaborazione normativa articolata e complessa, sia a livello nazionale che a livello comunitario, nonché di una particolare attenzione da parte della giurisprudenza interna e comunitaria.

In materia, il quadro di riferimento normativo cui guardare è costituito, *in primis*, dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove è contemplato il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, nonché dalla direttiva 2003/86/CE (attuata in Italia con d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 5), che ha introdotto l'istituto del ricongiungimento familiare¹⁶, e dalla direttiva 2004/38/CE (attuata con d.lgs. 6

¹⁴ Per una disamina delle pronunce con cui i Giudici di Lussemburgo hanno prospettato come procedere al bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e quelle di garanzia delle libertà economiche cfr. S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

¹⁵ Così, testualmente, P. IVALDI – C.E. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, op. cit., p. 12.

¹⁶ R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Cacucci, Bari, 2012. Su questo tema, copiosa è ormai anche la giurisprudenza delle Corti europee, sempre tendente ad ampliare l'ambito del diritto al ricongiungimento e a svincolarlo da qualsiasi condizione ostativa posta dagli ordinamenti interni. *Ex multis*, cfr., da ultimo, Corte Edu, GC, 9 luglio 2021, ric. n. 6697/18, M.A. c. Danimarca, dove è stato ritenuto che, imponendo al beneficiario di una forma nazionale di protezione di carattere temporaneo un periodo di attesa di tre anni per inoltrare la domanda di ricongiungimento con la propria moglie, la Danimarca ha violato l'art. 8 CEDU; 1 aprile 2021, ric. n. 70896/17, A.I. c. Italia, in cui è stato deciso che, vietandosi ogni contatto tra una cittadina nigeriana, vittima di tratta, e le figlie in tenera età in pendenza della procedura di adozione senza tenere in debita considerazione l'importanza del mantenimento dei

febbraio 2007, n. 30), la quale assicura a tutti i cittadini il diritto di circolare e soggiornare liberamente all'interno degli Stati membri.

Nell'intento di creare una stabilità socio-culturale che renda più facile l'integrazione dei cittadini di paesi terzi, l'istituto del ricongiungimento familiare è stato concepito come strumento necessario per permettere la vita familiare e per promuovere, così, la coesione economica e sociale tra gli stranieri ed i cittadini di uno Stato. Correlativamente, il *diritto primario ed individuale* di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri implica necessariamente il riconoscimento di eguale diritto ai familiari, a prescindere dalla loro cittadinanza, al fine di salvaguardare la libertà e la dignità delle persone. I principi guida sopra richiamati hanno trovato la loro naturale sede nel già citato T.U. n. 286 del 1998, come da ultimo modificato, dove, all'art. 28, è stabilito che *“il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nei confronti dei familiari stranieri è riconosciuto, alle condizioni previste dal presente T.U., agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, rilasciato per lavoro subordinato o autonomo ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari”*. Dal dato testuale della norma emerge come, nonostante l'evidente configurazione di tali situazioni giuridiche in termini di diritti fondamentali, tuttavia, esse non possano essere riconosciute a tutti gli stranieri ma vengano riservate solo a quelli in regola¹⁷. La stessa *ratio* sta alla base del 3° comma dell'art. 29 del citato T.U., dove sono fissate le condizioni alle quali può essere esercitato il diritto al ricongiungimento e dove è stabilito che *“Salvo quanto previsto dall'articolo 29-bis, lo straniero che richiede il ricongiungimento deve dimostrare la disponibilità: a) di un alloggio conforme ai requisiti igienico-sanitari, nonché di idoneità abitativa, accertati dai competenti uffici comunali. Nel caso di un figlio di età inferiore agli anni quattordici al seguito di uno dei genitori, è sufficiente il consenso del titolare dell'alloggio nel quale il minore effettivamente dimorerà; b) di un reddito minimo annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale aumentato della metà dell'importo dell'assegno sociale per ogni familiare da ricongiungere. Per il ricongiungimento di due o più figli di età inferiore agli anni quattordici è richiesto, in ogni caso, un reddito non inferiore al doppio dell'importo annuo dell'assegno sociale. Ai fini della determinazione del reddito si tiene conto anche del reddito annuo complessivo dei familiari conviventi con il richiedente; b-bis) di una assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo, a garantire la copertura di tutti i rischi nel territorio nazionale a favore dell'ascendente ultrasessantacinquenne ovvero della sua iscrizione*

legami famigliari e senza valutare la capacità genitoriale della madre naturale alla luce della sua particolare vulnerabilità e del differente modello di genitorialità proprio del Paese di origine, l'Italia ha violato l'art. 8 CEDU (in *Immigrazione.it*, accesso del 9 ottobre 2021).

¹⁷ Sul punto si è già espressa la Corte costituzionale (sent. n. 28 del 19 gennaio 1995, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 673 ss. con nota di G.E. VACCARO) in un caso relativo al ricongiungimento del figlio minore con una cittadina extracomunitaria; in tale occasione, la Corte ha riconosciuto che il diritto di tenere con sé i figli per educarli, istruirli e vivere con loro una vita comune è un diritto fondamentale della persona e, come tale, è da ritenere spettante anche agli stranieri; peraltro, la Corte ha, altresì, precisato che tale diritto può essere limitato dall'esigenza di un corretto bilanciamento con altri valori di rango costituzionale. In particolare, per il caso del diritto al ricongiungimento familiare, si è ritenuto rilevante subordinarlo alla sussistenza, in capo allo straniero immigrato, di tutte le condizioni necessarie per assicurare ai familiari almeno le normali condizioni di vita.

al Servizio sanitario nazionale, previo pagamento di un contributo il cui importo è da determinarsi con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro il 30 ottobre 2008 e da aggiornarsi con cadenza biennale, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano”.

Il riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare - di per sé degno di una civiltà giuridica evoluta - implica, altresì, una serie di effetti di un certo rilievo; primo fra tutti il diritto dei familiari ricongiunti (v. art. 23, lett. b-bis T.U.) al c.d. permesso di soggiorno per motivi familiari, presupposto, questo, per poter accedere ai servizi assistenziali, all'iscrizione ai corsi di studio o di formazione professionale, alle liste di collocamento, ai rapporti di lavoro subordinato o autonomo. Correlativamente, è principio consolidato che lo straniero, convivente con il coniuge di nazionalità italiana, non possa essere espulso (art. 19, T.U.).

A fronte dell'apparato normativo così delineato, si pone all'attenzione degli interpreti - massimamente dei giudici - una serie di casi che hanno impegnato non poco la giurisprudenza, chiamata a districarsi nel difficile compito di salvaguardare il pluralismo dei rapporti personali ed, al contempo, di rispettare l'impianto legislativo esistente¹⁸.

Una prima questione che si è posta all'attenzione dei giudici ha riguardato il caso dell'espulsione dello straniero che fosse convivente *more uxorio*, con un cittadino italiano¹⁹. Assumendosi contrasto con l'art. 3 Cost., è stata investita la Corte costituzionale, la quale, ha, tuttavia, dichiarato infondata la questione di legittimità. Nella motivazione, su cui si è basata la decisione della Consulta, si legge che il divieto di espulsione, previsto solo per lo straniero coniugato con un cittadino italiano, “*risponde all'esigenza di tutelare, da un lato l'unità della famiglia, dall'altro il vincolo parentale e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza dei rapporti giuridici che è invece assente nella convivenza more uxorio*”²⁰. Seguendo il suo consolidato orientamento, la giurisprudenza costituzionale, pur precisando sempre che ogni sforzo interpretativo tendente a dare riconoscimento formale alla famiglia di fatto attraverso l'art. 29 Cost. e ad equipararla a quella legittima sarebbe vano, ha, tuttavia, sempre riconosciuto che un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non

¹⁸ Cfr. Cass. S.U. 24 ottobre 2014, n. 22612, (in *Annuario it. dei diritti umani*, 2015, p. 207) la quale ha chiaramente qualificato il diritto al ricongiungimento familiare come un diritto fondamentale della persona immigrata che può essere fatto valere anche dinanzi alla giustizia amministrativa ogni qual volta la sua lesione possa derivare dal ritardo della procedura amministrativa di concessione (cfr. in tal senso, Cons. di St., Sez. V, 21 agosto 2014, n. 5570; TAR Bolzano (Trentino Alto Adige) 30 dicembre 2014, n. 305 (in *Annuario it. dei diritti umani*, 2015, p. 207)

¹⁹ Cfr. Trib. Vibo Valentia, 22 febbraio 2000, in *Riv. pen.*, 2000, p. 670 ss., che ha sollevato questione di costituzionalità.

²⁰ C. Cost., ord. 20 luglio 2000, n. 313, che, in seguito, ha determinato un costante orientamento giurisprudenziale nel senso dalla stessa stabilito. Peraltro, sul versante della giurisprudenza ordinaria, occorre rilevare come la Cassazione si sia mostrata aperta a recepire le istanze pluraliste arrivando a ritenere sussistere il divieto di espulsione anche nei confronti dello straniero che, divenuto coniuge del cittadino italiano sulla base di un matrimonio nullo per mancanza della libertà di stato, non abbia ancora ricevuto la sentenza dichiarativa della nullità del matrimonio: cfr. Cass. 13 aprile 2001, n. 5537, in *Guida al dir.*, 2001, p. 70 ss., con nota di A. FINOCCHIARO

appare costituzionalmente irrilevante, quando si abbia riguardo al riconoscimento delle formazioni sociali ed alle conseguenti, intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.). Così è stato sempre ritenuto tanto più allorché la presenza di prole comporti il coinvolgimento attuativo di altri principi, pur costituzionalmente apprezzati: mantenimento, istruzione, educazione.

L'interpretazione delle norme e dei principi generali vigenti in senso evolutivo sarebbe oggi ancor più avallata dalla presenza nel panorama legislativo della disciplina in materia di unioni civili – la l. 20 maggio 2016, n. 76 – che ha riconosciuto alle coppie omosex di unirsi civilmente e di regolamentare la loro unione facendo riferimento alle norme in materia di matrimonio e, nella stessa sede normativa, alle coppie eterosessuali di conviventi la possibilità di disciplinare i loro rapporti patrimoniali secondo i modelli negoziali tipici delle famiglie legittime.

In ordine al reiterato orientamento dei Giudici delle leggi in senso evolutivo, non si può, tuttavia, tacere della diversa tendenza che si registra nei più recenti provvedimenti di matrice europea. Già nella più volte citata direttiva 38/2004/CE è previsto espressamente il diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini dell'UE ai *“partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata”* (art. 3); previsione che, seppure subordinata alla circostanza che lo Stato membro ospitante equipari formalmente l'unione registrata al matrimonio, nel riconoscere alla *“relazione stabile”* un ruolo dirimente, si mostra in tutta la sua rilevanza innovativa (peraltro, confermata anche nel d. lgs n. 30 del 2007 che l'ha attuata).

Volendo, poi, trattare la questione avendo riguardo alla posizione giuridica dei figli, non si può fare a meno di rilevare l'orientamento più recente verso cui si volgono il legislatore e le Corti europee nell'affermare che i diritti dei figli nati fuori dal matrimonio non possono essere minori o diversi rispetto a quelli di cui godono i figli nati in costanza di legame coniugale; e se il figlio ha diritto di crescere e formarsi in una famiglia, tale diritto dovrebbe essere garantito anche quando la famiglia non sia vincolata da alcun legame formale ma sia fondata su una unione di fatto.

La discrasia potrebbe diventare ancora più evidente se si ha riguardo, da un lato, alla recente riforma che ha introdotto in Italia il principio dell'unicità dello *status* di figlio, con la conseguente eliminazione dei vari attributi che prima si affiancavano a quella locuzione (legittimo, naturale, legittimato)²¹; dall'altro lato, alla tendenza della giurisprudenza delle Corti europee a dare attuazione, sul piano dell'armonizzazione, all'impegno della Commissione ad introdurre una disciplina europea di tutto il diritto internazionale privato in materia di famiglia. Tale posizione risulta chiaramente dall'esame del Libro Verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi (COM/2006/0400 def), dove la Commissione, allo scopo di armonizzare i principi vigenti, non si riferisce ai regimi matrimoniali in senso stretto,

²¹ Ci si riferisce alla l. 10 dicembre 2012, n. 219, modificata ed integrata dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, la quale, tra le diverse importanti novità contemplate, ha introdotto il principio in forza del quale *“Tutti i figli hanno lo stesso status giuridico”* (art. 315 c.c.); dal che discende che tutti devono godere degli stessi diritti.

richiamandosi, invece, espressamente anche alle altre forme di unione al di fuori di un vincolo matrimoniale.

Sempre nel rispetto della *ratio* volta a garantire l'unità e l'integrità del nucleo familiare, è espressamente prevista una ipotesi di divieto di espulsione, tra quelle tassativamente contemplate dall'art. 19 T.U., concernente la donna in stato di gravidanza o che si trovi nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui deve provvedere. Il testo della norma contempla il solo divieto di espulsione a vantaggio della madre sicché, in ordine a tale ipotesi, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale nella parte in cui la norma non preveda analogo divieto nei confronti del marito²². La Corte costituzionale ha accolto l'eccezione ed, in nome della unità familiare di cui agli artt. 29 e 30 Cost., nonché del diritto dei minori ad essere educati in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede l'estensione di tale divieto anche al marito²³.

Tra i divieti di espulsione, contemplati nel contesto dei rapporti familiari, una significativa previsione ha riguardo agli stranieri che, trovandosi in uno stato di minore età, hanno diritto a soggiornare in Italia, salvo che non vogliano seguire il genitore o l'affidatario eventualmente espulsi (art. 18, T.U.). Ai minori, dunque, è garantita la possibilità di soggiornare nello Stato italiano, a prescindere dalla situazione di regolarità in cui eventualmente si trovino; ad essi, inoltre, si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di accesso ai servizi educativi, all'istruzione ed alla vita scolastica, rinvenendosi in tali riconoscimenti il fondamento costituzionale del principio di solidarietà. In considerazione di questo particolare *favor legis*, al genitore, straniero irregolare, di minori con gravi problemi psico-fisici può essere concesso un permesso temporaneo per la durata del quale si tiene conto dell'età e delle condizioni di salute dei minori (art. 31, T.U.)²⁴. Sul piano applicativo, nei casi in cui si è trattato di stranieri minori di età, a fronte dell'apertura mostrata dalla giurisprudenza di merito nell'interpretare analogicamente l'art. 31, T.U. fino ad estenderlo anche alle ipotesi di divieto di espulsione dei genitori irregolari a causa della frequenza della scuola dell'obbligo dei figli minori, è intervenuta la Corte di Cassazione, la quale ha esplicitamente escluso che la frequenza alla scuola dell'obbligo possa giustificare i "gravi motivi" richiesti dalla norma per il permesso temporaneo ai genitori ed ha statuito che la presenza dei gravi motivi implica l'accertamento da parte del tribunale per i minorenni di situazioni di emergenza e di carattere eccezionale²⁵. In questa materia, resta il rilevante ed assurdo vuoto normativo in ordine a quelle situazioni che si vengono a creare quando i minori, figli di genitori regolari, raggiunta la maggiore età, si trasformano

²² Pret. Termini Imerese, 29 marzo 1999, in G.U., 1°, n. 22 del 1999.

²³ C. Cost., 27 luglio 2000, n. 376, in *Foro it.*, 2002, I, 355 ss.

²⁴ Il principio è chiaramente espresso anche nella decisione della Corte di Cass. del 2 dicembre 2014, n. 25508, in *Annuario dei dir. umani*, 2015, p. 218-219)

²⁵ Cfr. Cass., 14 giugno 2002, n. 8510, in *Guida al dir.*, 2002, p. 29 ss.; Cass. Sez. Un., 16 ottobre 2006, n. 22216, *ivi*, 2006, p. 22 ss; Cass., 6 maggio 2011, n. 10000, in *Persona e danno*, 2011.

in clandestini e, come tali, vengono sottoposti alle misure restrittive previste per tutti gli stranieri irregolari; qui, il livello della civiltà giuridica ha arretrato, cedendo il passo ad una vera e propria distorsione del sistema.

3. segue: nei rapporti di lavoro

Com'è noto, il 14 giugno 1984 cinque Paesi (Francia, Repubblica Federale Tedesca, Belgio, Olanda e Lussemburgo) hanno sottoscritto l'Accordo di Schengen; un patto che ha segnato la chiave di volta per il processo di liberalizzazione della circolazione delle persone e delle merci in un'area comune attraverso l'abolizione dei controlli alle frontiere comuni e la previsione di un rafforzamento delle frontiere esterne. In seguito all'Accordo è stata firmata la Convenzione il 19 giugno 1990, alla quale hanno aderito altri Stati dell'Unione Europea ed alla quale l'Italia ha dato applicazione nel 1998, quando, nelle more, il Trattato di Amsterdam aveva integrato nel quadro istituzionale dell'Unione Europea l'*acquis* di Schengen in materia di libera circolazione, con eccezione per Irlanda, Regno Unito e Danimarca.

Il riferimento all'Accordo di Schengen è stato richiamato in quanto il già citato T.U. n. 286 del 1998, ha al suo fondamento anche la *ratio* dell'Accordo di Schengen.

La nuova disciplina in materia di immigrazione, di cui si è detto nelle pagine precedenti,²⁶ ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo istituto, il c.d. "contratto di soggiorno", mediante il quale lo straniero extracomunitario, presente sul territorio nazionale, ha la possibilità di ottenere un regolare permesso di soggiorno attraverso la stipula di un contratto di lavoro dipendente (ma analoga concessione può essere fatta anche per altre forme di lavoro) che preveda, per il datore di lavoro, oltre ai consueti contenuti, due ulteriori importanti obblighi: a) raccogliere idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione abitativa per il lavoratore straniero; b) farsi carico delle spese di viaggio nel caso di rientro del lavoratore nel Paese d'origine.

²⁶ Come già rilevato, il Testo Unico era stato già modificato dalla legge 189 del 30 luglio 2002, c.d. Bossi- Fini, e dalla legge n. 222 del 9 ottobre 2002 di conversione del d.l. 195 del 9 settembre 2002. Queste leggi, insieme al Regolamento contenente le norme di attuazione di cui al D.P.R. 394 del 31 agosto 1999, modificato dal D.P.R. n. 334 del 18 ottobre 2004 e successive integrazioni, costituiscono la struttura normativa della disciplina sull'immigrazione nel nostro Paese. Essa poggia sostanzialmente sui principi generali che possono essere così riassunti: un maggior controllo delle frontiere attraverso un rafforzamento dei poteri di polizia; aiuti agli Stati che collaborano nel contrasto dell'immigrazione clandestina ed al traffico degli esseri umani; espulsione immediata dei clandestini; possibilità di una proroga di 60 giorni del periodo di trattenimento nei centri di permanenza; un aumento di pena per i trafficanti di clandestini; necessità di rilevare le impronte digitali agli stranieri. Con riguardo alla disciplina del lavoro, sono previsti: l'ingresso, a seguito di chiamata nominativa o numerica, collegato strettamente al contratto di soggiorno; una idonea sistemazione in alloggio abitativo e l'impegno al pagamento delle spese per il rientro da parte del datore di lavoro; l'istituzione di un ufficio unico per le Prefetture, responsabile per tutti i passaggi necessari per le assunzioni; la riduzione a sei mesi da un anno del permesso di "attesa occupazione" ed il rilascio della carta di soggiorno dopo sei anni di regolare permanenza. Di recente, con la L. n. 173 del 18 dicembre 2020 la materia dell'immigrazione e della sicurezza è stata ulteriormente perfezionata con interventi in materia di conversione dei permessi di soggiorno in contratti di lavoro, di misure per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, di procedura di esame delle richieste di riconoscimento dello status di rifugiato, di sanzioni nel caso di violazione dei divieti o delle limitazioni di transito e sosta delle navi nel mare territoriale.

La *ratio* della previsione è da rinvenire nell'esigenza di ovviare alle numerose situazioni di lavoro irregolare in cui si trovavano i cittadini extracomunitari già presenti sul territorio nazionale; pur tuttavia, sin dal momento dell'entrata in vigore della disciplina, si è subito sottolineato come legare strettamente il soggiorno dello straniero al mantenimento del posto di lavoro significasse spingere la condizione dei migranti verso una dimensione sostanzialmente servile, precludendo, oltre tutto, l'ulteriore sviluppo dei percorsi d'integrazione già avviati anche nel mondo del lavoro. Ciò nonostante, nella relazione al disegno legge, il Governo di quegli anni si esprimeva nei seguenti termini: *“la linea guida seguita dal provvedimento è quella di giustificare l'ingresso e la permanenza sul territorio nazionale dello straniero per soggiorni duraturi solo in relazione all'effettivo svolgimento di un'attività lavorativa sicura e lecita, di carattere temporaneo o anche di elevata durata.”*

Il contratto di soggiorno costituisce, dunque, il presupposto necessario per la concessione del permesso per motivi di lavoro²⁷, sicché la durata del soggiorno è strettamente collegata al medesimo contratto che costituisce così la causa per la quale il permesso viene concesso.

Nell'ottica di provvedere, pure in una materia affidata al contratto, ad assicurare i diritti fondamentali delle persone²⁸, è espressamente previsto che il contratto debba contemplare a carico del datore di lavoro sia la garanzia della disponibilità dell'alloggio - che rientri nei parametri minimi previsti dalle leggi regionali per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica - sia l'impegno al pagamento delle spese di ritorno del lavoratore nel Paese di origine. In mancanza, il contratto è considerato affetto da nullità e, quindi, non potrà costituire titolo valido per il rilascio del permesso di soggiorno. Al riguardo, in considerazione della particolare *ratio* sottostante a simili previsioni, non si può fare a meno di rilevare sin d'ora come possa apparire insufficiente il rimedio della invalidità assoluta, previsto nella disciplina in esame, mentre si constata la totale assenza di sanzioni nei confronti del datore di lavoro nel caso in cui si renda inadempiente agli obblighi derivati dalla garanzia; l'eventuale inadempimento determinerebbe, infatti, il diniego del permesso di soggiorno, a tutto svantaggio solo del lavoratore extracomunitario. La palese lacuna normativa non può che suscitare quanto meno delle perplessità, non solo in termini di squilibrio sinallagmatico delle prestazioni contrattuali, ma anche sotto il profilo della minore tutela per il lavoratore

²⁷ Occorre, altresì, rendere conto della recente normativa speciale, il d.lgs. 20 giugno 2012, n. 108, che, in attuazione della Direttiva 2009/50/CE, ha introdotto una nuova fattispecie di “ingresso” per motivi di lavoro a favore di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati e che, per tale ragione, possono ottenere il rilascio della c.d. carta blu UE che consente loro di soggiornare liberamente nel territorio europeo; ad esso si affianca anche il d. lgs. 4 marzo 2014, n. 40 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale 22 marzo 2014, n. 68) con il quale è stata data attuazione alla Direttiva europea 2011/98 relativa ad una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e prevede un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, tutti fondati sul principio della parità di trattamento.

²⁸ Di diritti inviolabili della persona, riconducibili all'art. 2 Cost., scaturenti dal rapporto di lavoro, di qualunque tipo esso sia, parla L. NOGLER, *La “deriva” risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, p. 63 ss.

straniero rispetto a quella normalmente apprestata al lavoratore in tutto il diritto del lavoro; con conseguente possibile violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost* e degli artt. 1 e 14 della CEDU²⁹. Analogamente, visto che la durata del permesso è collegata inscindibilmente alla durata del rapporto di lavoro e limitatamente a pochi mesi dopo una eventuale perdita,³⁰ appare possibile intravedere in tali previsioni un particolare potere del datore di lavoro nei confronti del lavoratore quasi integrante *ex lege* una condizione di servilismo del migrante, cui corrisponderebbe un vero e proprio *dominio* del datore sulla sua persona. Così intese, queste previsioni striderebbero anch'esse con l'art. 3 Cost. e con gli artt. 1, 4 e 14 della CEDU. Per converso, in attuazione di talune convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (la Convenzione n. 102 del 28 giugno 1952, ratificata con l. n. 741 del 22 maggio 1956 relativa all'indennità di malattia, al trattamento di maternità e agli assegni familiari; la n.118 del 28 giugno 1962, ratificata con l. n. 657 del 13 luglio 1966, che limita il principio solo agli stranieri degli Stati contraenti), il principio della parità di trattamento, volto a garantire i mezzi di sostentamento al lavoratore nel caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria, è, invece, salvaguardato e riconosciuto anche al lavoratore extracomunitario³¹.

²⁹ È bene sempre tenere nella dovuta considerazione la particolare *ratio* che sottintende tutta la materia del contratto di lavoro; una *ratio* tutta incentrata sulla natura del sinallagma contrattuale, nel quale è assolutamente preminente l'oggetto della prestazione di fare che è eseguita dalla *persona* del lavoratore. Il che ha portato la migliore dottrina lavorista a concepire il rapporto di lavoro non solo come fonte di pretese di natura economica ma anche come sede nella quale il lavoratore svolge la sua personalità e dove trovano, dunque, ragione di tutela anche tutti i diritti personalissimi ad essa connessi. Cfr., sul punto, A. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001; PEDRAZZOLI (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2004; L. NOGLER, *La "deriva" risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, op. cit., p. 63 ss. In giurisprudenza, particolarmente esplicite al riguardo sono: C. cost. 6 aprile 2004, n. 113 in *NGL*, 2004, p. 52 ss.; Cass. 8 novembre 2004, n. 21253, *ivi*, 2005, p. 371 ss.; Cass. 4 aprile 1995, n. 10405, in *Foro it.*, 1995, I, 3133; Cass. 26 marzo 2010, n. 7380, la quale ha stabilito che è inammissibile "la tesi secondo la quale l'INPS non può agire per il recupero dei versamenti contributivi omessi dal datore di lavoro ai danni del cittadino straniero impiegato irregolarmente. Il contratto di lavoro stipulato con il lavoratore extracomunitario privo del permesso di soggiorno è un contratto in violazione di legge e costituisce reato. Tuttavia, l'illegittimità di tale contratto non comporta il venir meno del diritto del lavoratore alla retribuzione per il lavoro eseguito e, quindi, al versamento dei relativi contributi" (cfr. immigrazione.it, accesso del 10 ottobre 2021).

³⁰ Secondo l'art. 22 comma 11, T.U., in conformità all'art. 8 della Convenzione O.I.L. n. 143 del 1975 (per la quale allo straniero divenuto disoccupato deve essere concesso un periodo di tempo minimo per la ricerca di un nuovo lavoro) la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno né per il lavoratore, né per i suoi familiari regolarmente soggiornanti. Infatti il lavoratore, anche dimissionario, può iscriversi alle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso e, in ogni caso, a meno che non si tratti di un permesso di lavoro stagionale, avrà un permesso di attesa occupazione della durata di sei mesi. Precedentemente alla legge Bossi-Fini, la durata di tale permesso era di un anno. A tale riguardo, è sicuramente interessante richiamare una sentenza emessa dal TAR del Trentino, n. 643 del 2001, che ha accolto il ricorso di un lavoratore straniero contro un decreto di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno. Il rinnovo era stato negato in quanto il lavoratore aveva perso il lavoro al momento della richiesta. Ad avviso del TAR, "*la casuale e momentanea perdita del posto di lavoro non costituisce ostacolo al rinnovo del permesso di soggiorno a favore del lavoratore extracomunitario che svolga in atto un'attività lavorativa (cfr., tra le tante, T.R.G.A. del Trentino - Alto Adige, Trento, n. 288 del 12 aprile 2001).*" Il TAR ha, altresì, precisato che "*le norme citate tutelano in modo pieno ed indiscutibile il lavoratore extracomunitario che, come il ricorrente nella fattispecie in esame, sia casualmente privo di lavoro al momento della scadenza del permesso di soggiorno, ma abbia lavorato per periodi più o meno lunghi ed abbia in corso un contratto di lavoro che, per il suo perfezionamento, richieda il rinnovo del permesso in questione*".

³¹ Per attestarsi solo alle pronunce più recenti della giurisprudenza europea in tema, cfr. Corte di Giustizia, 2 settembre 2021, relativa alla causa C-350/20, (in *Altalex*, accesso del 10 ottobre 2021) che ha ribadito il diritto all'assegno di natalità

Un ambito nel quale la materia di cui si tratta aveva di fatto creato un *vulnus* nell'apparato rimediabile *ex contractu* del lavoratore extracomunitario era quello in cui la normativa non contemplava il caso del licenziamento del lavoratore extracomunitario avvenuto a ridosso del termine ultimo per la regolarizzazione o durante il procedimento della stessa. Un notevole numero di sentenze, riferibili alla fattispecie, attesta che, durante il periodo precedente alla scadenza del termine per la prima regolarizzazione, per evitare di dover seguire la procedura prevista dalla legge, molti datori di lavoro avevano attuato su tutto il territorio italiano numerosi licenziamenti di lavoratori regolarizzabili, precludendo ai lavoratori medesimi ogni possibilità di emergere dal mercato del lavoro “nero” e dal sommerso mondo degli stranieri privi del permesso di soggiorno, con tutto il carico di menomazioni che lo accompagnano. In quel periodo, la giurisprudenza ha dato un segnale significativo nel contesto della problematica che si era posta e si è orientata nel senso di accogliere i ricorsi che i lavoratori extracomunitari proponevano in via d'urgenza al Giudice ordinario per ottenere una sentenza che obbligasse il datore di lavoro a presentare la domanda di regolarizzazione. Emblematica, al riguardo, è stata la decisione della sezione lavoro del Tribunale di Milano che, con sentenza del 22 ottobre 2002, ha ordinato al datore di lavoro di reintegrare al suo posto il lavoratore licenziato e di procedere alla regolarizzazione ex art. 1 del d.l. 195/2002; orientamento, questo, poi recepito in una circolare del Ministero dell'Interno, la n. 300 C/2002/2472/P/12.222.8/1^aDiv., nella quale si è riconosciuto che la posizione dei cittadini extracomunitari, che lavoravano irregolarmente ed i cui datori di lavoro non avevano inteso procedere alla regolarizzazione o avevano interrotto il rapporto di lavoro, se avevano adito le vie legali per mantenere il rapporto o aperto una vertenza sindacale o di patronato a ciò finalizzata, potevano essere assimilati agli stranieri con regolare permesso di soggiorno che vengono licenziati ex art. 22 comma 11 Testo Unico.

Nella stessa direzione si è orientato il Tribunale di Milano con l'ordinanza del 5 novembre 2002³² ove, dopo aver decretato che si era configurata un'ipotesi di licenziamento inefficace, il Tribunale ha ritenuto che questo comportasse l'obbligo per la convenuta di procedere con la sanatoria, così motivando :
“Diversamente ragionando, e cioè ritenendo che il datore di lavoro possa a sua discrezione decidere se regolarizzare o meno il lavoratore fatto irregolarmente lavorare alle sue dipendenze, si finirebbe col rimettere all'autore di un reato la prosecuzione e la permanenza dello stesso pur dopo il suo accertamento in sede giudiziale: il che appare difficilmente ipotizzabile, anche

e di maternità non solo gli stranieri soggiornanti di lungo periodo, ma anche quelli in possesso soltanto del permesso unico di lavoro ed ha considerato contraria al principio della parità di trattamento di cui alla Dir. UE 2011/98, la legge nazionale che esclude i cittadini di paesi terzi non soggiornanti di lungo periodo, dal beneficio dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità previsti da tale direttiva. In senso conforme, v. anche Corte di Giustizia del 2 aprile 2020, C-802/18; 21 giugno 2017, Martinez Silva, C-449/16, richiamate espressamente dalla sentenza del 2 settembre 2021 prima citata

³² *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, n. 4, 2002, p. 161 ss.

nell'ottica di generale sanatoria cui si spira la legge". Nello stesso senso si era espresso il Tribunale di Bologna, in data 8 novembre 2002, con decreto nel quale affermava testualmente che *"la regolarizzazione ai sensi del d.l. 195/2002, secondo l'interpretazione preferibile dalla normativa, costituisce un vero e proprio diritto del lavoratore ed un obbligo per il datore di lavoro, anche nel caso in cui [...] il diniego del permesso di soggiorno non sia dovuto a fatto addebitabile al datore di lavoro"*. Ancora più efficacemente, il Tribunale di Pisa, con decreto emesso il 10 dicembre 2002, dopo aver rimarcato la lacuna della legge - la quale non ha previsto il caso in cui i rapporti si interrompano nell'imminenza o in vista degli obblighi derivanti dalla regolarizzazione - ha ritenuto necessaria un'interpretazione giurisprudenziale aderente *"innanzitutto del canone di eguaglianza sostanziale davanti alla legge"*. Aggiungono, ancora, i giudici del Tribunale di Pisa: *"La regolarizzazione degli immigrati - che nel nostro paese sono stranamente un problema anziché una risorsa - ha ricevuto solo recentemente una qualche sistemazione peraltro confusa, non foss'altro perché vengono spesso frammisti i piani della tutela dell'ordine pubblico e della disciplina del lavoro, spesso (anzi, quasi sempre) finendo col sacrificare i diritti del lavoratore, o comunque, rendendone oltremodo difficile l'esercizio, fino allo scoramento. Come se il legislatore volesse tenere questa forza lavoro sul crinale della marginalità sociale, in una situazione di costante ricattabilità. Con il che si finisce col rischiare che, in via di fatto, venga a crearsi nel diritto del lavoro un corpus sostanzialmente separato, che riguarda il rapporto con i lavoratori extracomunitari."*

Sul fronte della giurisprudenza europea, è ormai acclarato che la Corte di giustizia non ha mai mancato di ribadire la necessità di una tutela parificata tra lavoratori comunitari regolari e lavoratori stranieri irregolari, salvo solo i casi, quasi eccezionali, di gravi forme di pericolo per l'ordine pubblico. La centralità della persona del lavoratore all'interno del rapporto di lavoro è stata sempre più rafforzata, nel corso degli anni, man mano che il Trattato di Lisbona ha attratto nel suo articolato normativo l'Accordo di Schengen e si è andata sempre più affermando la valenza costituzionale della CEDU. Dei diritti fondamentali ed irrinunciabili del lavoratore *tout court* (libertà di circolazione e di stabilimento; trattamento retributivo adeguato alle esigenze proprie e della famiglia; diritto alla previdenza ed all'assistenza sanitaria; divieto di discriminazione per motivi razziali o sessuali; prerogative, queste, tutte sussumibili sotto il principio del rispetto della dignità dell'uomo) si è fatta sempre portavoce la Corte di giustizia che, nelle sue decisioni, ha sempre privilegiato l'applicazione dei superiori principi europei rispetto a quelli nazionali, interpretando restrittivamente limiti e condizionamenti eventualmente previsti nelle normative interne³³.

³³ Cfr., ad esempio, Corte di giustizia 19 giugno 2014, C-507/12, la quale ha riconosciuto in capo ad una cittadina extracomunitaria, costretta a lasciare il lavoro dal suo stato di gravidanza, il diritto a mantenere il permesso di soggiorno per motivi di lavoro fino ad un periodo di tempo che sia "ragionevole" per trovarne un altro. La posizione in tal senso è stata di recente ribadita, a conferma dell'orientamento consolidato dalla sentenza del 3 giugno 2021, C-624/19 K e a. / Tesco Stores, con la quale la Corte di Giustizia ha stabilito che "l'articolo 157 TFUE ha efficacia diretta nelle controversie tra privati in cui è dedotta l'inosservanza del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile per un «lavoro di pari valore», sancito in tale articolo" (comunicato stampa consultabile su <http://www.curia.europa.eu/>).

4. Pluralismo delle norme. Pluralismo delle giurisdizioni?

Con le riflessioni che precedono si è provato ad evidenziare come nel sistema interno, in punto di diritto sostanziale, la condizione giuridica dello straniero nel contesto delle formazioni sociali più rilevanti appaia assistita da un apparato di norme che, seppure non sempre in armonia con i principi generali contenuti nelle fonti sovraordinate in tema di tutela dei diritti fondamentali, tuttavia, costituisce un sistema sufficientemente esaustivo delle possibili pretese da vantare.

Diversamente, se ci si pone sul piano processuale, la posizione giuridica dello straniero appare, invece, piuttosto indebolita in quanto non assistita da regole adeguate allo *status* di chi, estraneo agli strumenti convenzionali sovranazionali, si trovi nella necessità di adire l'autorità giudiziaria per far valere i propri diritti.

Si è già visto come nell'ambito dei rapporti familiari la tutela giurisdizionale dello straniero sia stata caratterizzata – specie fino a non molto tempo fa - da una certa discrasia e da qualche disallineamento tra Corti interne e Corti sovranazionali non solo in tema di qualificazione e riconoscimento dei rapporti che siano diversi dal matrimonio³⁴, ma anche con riguardo agli effetti che da quei rapporti derivano nei confronti della prole³⁵.

Più articolato e complesso è il discorso nell'ambito della tutela in sede giurisdizionale dei rapporti di lavoro in cui sia parte uno straniero irregolare, laddove, a fronte di vere e proprie prestazioni lavorative rese - spesso in stato di vera e propria soggezione - evidentemente, non è richiamabile alcuna disciplina *ad hoc*; sicché, il primo elemento di criticità che si pone è proprio quello della possibilità per il lavoratore irregolare, eventualmente leso, di agire e comparire in giudizio per la tutela dei propri diritti, secondo quanto previsto dall'art. 24 Cost.. In simili circostanze, infatti, sull'autorità giudiziaria adita incomberebbe l'obbligo di denunciare colui che agisce per il reato *ex art. 10 bis* d. lgs. 286 del 1998³⁶.

³⁴ Compresa le unioni tra persone dello stesso sesso. Cfr. in tema A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012; ID., *L'abbandono del dualismo etero normativo della famiglia*, in *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 40 ss. In Italia cfr. C. cost. 15 aprile 2010, n. 138. Sul tema si è pronunciata la Suprema Corte: Cass. 15 marzo 2012, n. 4184 in *Guida dir.*, 2012, n. 14, p. 17. Per i primi commenti alla sentenza v. P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861; M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *rivistaaic.it*, 28.3.2012; M. GATTUSO, *“Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 678 ss.; V. CARBONE, *Matrimonio omosessuale e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 618; G. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida dir.*, 2012, 14, p. 35 ss.

³⁵ Cfr. quanto riportato sub par. n. 2

³⁶ Norma per cui è stato presentato ed approvato in Commissione Giustizia sia alla Camera che al Senato un emendamento abrogativo in considerazione del fallimento dei risultati che la norma avrebbe dovuto raggiungere (procedimento penale; pagamento di una sanzione pecuniaria a carico di chi fosse stato trovato senza il permesso di soggiorno e conseguente espulsione). Tale emendamento è contenuto nella Legge-delega 28 aprile 2014, n. 67 (in G.U. 2 maggio 2014, n. 100) “Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”.

Quanto al mezzo di tutela contrattuale esperibile dal lavoratore irregolare, la posizione della giurisprudenza più risalente era fortemente caratterizzata dalla concezione secondo la quale un contratto di lavoro con uno straniero, privo del permesso di soggiorno, avrebbe dovuto essere considerato affetto da nullità *ex art.* 1343 c.c. per contrarietà a norme di ordine pubblico; conseguentemente, la stessa giurisprudenza riteneva non applicabile allo straniero irregolare la tutela di cui all'art. 2126 c.c., in forza della quale al lavoratore deve essere assicurato in ogni caso il diritto alla retribuzione, né la tutela di cui all'art. 75 c.p.c., ove è previsto che il diritto ad agire in giudizio implica “*il libero esercizio del diritto*” che il lavoratore irregolare non ha³⁷.

In tempi più recenti, in considerazione del dibattito che si era creato intorno a casi simili e dell'accentuato contrasto giurisprudenziale che ne era derivato anche con le Corti sovranazionali, sul riconoscimento della tutela *ex art.* 2126 c.c. sono intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali hanno statuito che : a) il contratto di lavoro, anche se stipulato dal cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno, non è affetto da nullità per illiceità della causa o dell'oggetto; b) che, pertanto, il lavoratore ha diritto ad agire in sede giurisdizionale per far valere i diritti garantiti dall'art. 2126 c.c. (dunque, al diritto alla retribuzione, dalla quale consegue l'obbligo del datore di lavoro di versare i contributi previdenziali ed assistenziali)³⁸.

E, tuttavia, superato l'*impasse* creatosi in punto di diritto sostanziale, per quanto sopra si accennava, sul piano processuale, nel momento in cui il lavoratore irregolare adisce il giudice del lavoro per ottenere tutela, l'attuazione del principio sancito dalle Sezioni Unite rischia di diventare privo del giusto grado di effettività di cui ha bisogno. Con la decisione richiamata, infatti, la Suprema Corte ha posto una questione che, nella materia *de qua*, assai di frequente ha reso l'azione giudiziale quasi impossibile: da una parte, si è dinnanzi all'art. 24, co.1, Cost., che garantisce a tutti coloro che hanno un diritto di agire in giudizio per farlo valere nei confronti dei destinatari *erga omnes* o solo interessati; dall'altra, è vigente l'art. 2, co. 5°, del d.lgs. n. 286 del 1998, nel combinato disposto con gli artt.10-*bis* dello stesso decreto e 331, co. 4, c.p.p., che impongono all'autorità giudiziaria adita di segnalare la presenza del lavoratore clandestino sporgendo

³⁷ Trib. Como 18 febbraio 2008, in D&L 2008, con nota di S. CAMPILONGO, *Il diritto del clandestino alla tutela giurisdizionale: due decisioni a confronto*, p.718. *Contra v.* Trib. Milano 13 aprile 2007, *ivi*, 2007, con nota di A. GUARISO, *Straniero clandestino, rapporto di lavoro e diritto alla tutela giurisdizionale*, p. 815.

³⁸ Cass. Sez. Un. 26 marzo 2010, n. 7380, in *Guida al lavoro*, 2010, n. 17, p. 72 ss. degna di nota è anche la sentenza della Consulta ove si legge: “È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. in relazione all'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, l'art. 80, 19° comma, L. 23/12/03 n. 388, nella parte in cui subordina al requisito della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti dell'assegno mensile d'invalidità di cui all'art. 13 L. 30/3/71 n. 118. Infatti, essendo detto assegno un'erogazione destinata a fornire alla persona un minimo di sostentamento, atto ad assicurarne la sopravvivenza, esso si iscrive nei limiti e per le finalità essenziali che la Corte Costituzionale, anche alla luce degli enunciati della Corte di Strasburgo, ha additato come parametro di ineludibile uguaglianza di trattamento tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti?” (Corte cost. 28 maggio 2010, n. 187, in D&L, 2010, con nota di A. GUARISO, *Prestazioni assistenziali e 'parametro' di ineludibile uguaglianza secondo la Corte Costituzionale*, p. 359)

denuncia al pubblico ministero ed effettuando una comunicazione all'autorità amministrativa competente all'emissione del provvedimento di espulsione. Un conflitto di norme che, peraltro, si pone anche in relazione all'art. 9 della Convenzione OIL n. 143/5, la quale garantisce agli immigrati irregolari il diritto di far valere le proprie pretese anche personalmente innanzi alle autorità giudiziarie.

Una simile aporia non è tollerabile nel sistema vigente in quanto se il diritto dello straniero di agire in giudizio viene di fatto subordinato alla propria condizione di regolarità di soggiorno, restando nelle ipotesi di irregolarità il rischio concreto di subire una denuncia per il reato ex art. 10 *bis* d. lgs. 286 del 1998, altri e di pari rango sono i principi che possono essere intaccati per la negata tutela, primo fra tutti il principio di uguaglianza e di non discriminazione. Per tali ragioni, qualche anno fa, il Tribunale del Lavoro di Voghera³⁹ aveva sollevato questione di legittimità costituzionale del citato art. 10 *bis*, nella parte in cui non prevede una deroga all'obbligo di denuncia di cui all'art. 331 c.p.p. da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti dello straniero sprovvisto di regolare titolo di soggiorno che si sia rivolto alla stessa per la tutela dei propri diritti. La norma è sembrata, infatti, porsi in conflitto con il diritto di agire in giudizio e con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.; ma anche con l'art. 3, che vieta ogni discriminazione basata su condizioni personali e sociali, e con l'art. 10, nonché con l'art. 117 Cost., poiché in violazione dell'art. 14 CEDU e degli artt. 1 e 9 Convenzione Oil 143/75.

Anche il Tribunale per i minorenni di Roma, con ordinanza del 30 settembre 2010, ha sollevato analoga questione di costituzionalità in riferimento agli articoli 2, 11, 24, I° co., e 117, I° co., Cost. ed in relazione all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, agli artt. 21, 23, 47 e 52 della CEDU, nonché a diverse Convenzioni internazionali. Nell'ordinanza di rimessione, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Roma illustrava il caso in cui era stata richiesta la decadenza dalla potestà sui figli minori a carico di un cittadino pachistano. La richiesta di decadenza dalla potestà genitoriale era fondata su una dichiarazione in cui la moglie, irregolarmente soggiornante, esponeva che il marito l'aveva segregata in casa, sottoponendola a molteplici e ripetute minacce e vessazioni sino a quando ella, sottrattasi al suo controllo, aveva sporto denuncia alla Polizia di Stato.

Rilevando che la vittima di tale trattamento non era potuta comparire dinanzi al Tribunale per i minorenni proprio perché irregolare, il Procuratore della Repubblica nel sollevare questione di costituzionalità, sottolineava, altresì, che quelle norme che obbligano alla denuncia dello straniero irregolare recano *vulnus* al principio di tutela giurisdizionale effettiva, che costituisce principio generale e fondante, oltre che del

³⁹ Trib. Voghera, 20 novembre 2009, in D&L, 2009; cfr. anche Trib. Udine, Udine 29 giugno 2010, in D&L, 2010, p. 874 secondo cui: "L'art. 18 TFUE, impone una parità di trattamento tra i cittadini comunitari anche sul piano processuale, poiché la parità effettiva si garantisce non solo assicurando uguaglianza nei diritti, ma anche negli strumenti processuali necessari a farli valere; ne segue che, in forza dei principi di interpretazione conforme e leale cooperazione, il giudice deve garantire ai cittadini comunitari una tutela processuale non inferiore a quella prevista dall'ordinamento interno per gli extracomunitari e che pertanto gli artt. 43 e 44 Tu immigrazione trovano applicazione anche in caso di discriminazione di cittadino comunitario".

diritto interno, anche del diritto comunitario. Considerato, infatti, che la disciplina censurata incide su diritti e sulle libertà spettanti ad ogni individuo, indipendentemente dalla nazionalità, l'art. 10-bis realizzerebbe *“una compressione dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale”*, privandolo *“di qualsiasi effettività”*.

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 306 dell'11 novembre 2011, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, per difetto di rilevanza concreta nel giudizio *a quo*. Nel provvedimento della Consulta, tra le motivazioni esplicate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, intervenuta nel giudizio, sono state illustrate quelle ritenute più rilevanti ai fini della declaratoria di inammissibilità ma anche risolutive dei numerosi casi simili che si pongono dinanzi ai giudici ordinari. Ha rilevato, infatti, l'Avvocatura che, a seguito della *“sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, El Dridi, secondo la quale al giudice nazionale spetta il potere di non applicare le norme del d.lgs. n. 286 del 1998 in contrasto con la direttiva 16 dicembre 2008, n. 2008/115/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare) e, tra queste, quelle che stabiliscono una sanzione detentiva nel caso di irregolare permanenza nel territorio nazionale”* è conseguita *“l'insussistenza del presupposto dell'obbligo di denuncia e, quindi, della rilevanza della questione di legittimità costituzionale”*; e che *“gli articoli 17, 18 e 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 recano una disciplina che garantisce allo straniero extracomunitario il diritto ad una piena ed effettiva tutela giurisdizionale, non essendo giuridicamente rilevante che, qualora questi versi in una situazione di irregolarità, possa «di fatto avere delle remore» nell'esercitarlo, «per timore di rendere ulteriormente “evidente” la propria posizione”*; di modo che, alla luce di questa pronuncia, appare ora possibile ritenere che gli stranieri irregolari non dovrebbero subire alcuna preclusione all'esperibilità delle azioni a tutela dei loro diritti e non dovrebbero neppure essere pregiudicati dal procedimento di espulsione in quanto clandestini⁴⁰.

Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha perso occasione per censurare le menomazioni in cui si traduce spesso l'applicazione di talune disposizioni interne proprio nella materia del diritto del lavoro. Numerose sono ormai le decisioni delle Corti europee in occasione delle quali lo Stato italiano è stato condannato a versare ad un lavoratore immigrato gli assegni familiari che gli erano stati negati per non essere stato in possesso, a quel tempo, del permesso di soggiorno. Nelle motivazioni delle sentenze si legge chiaramente che la differenza tra italiani e stranieri nell'accesso alle prestazioni assistenziali è discriminatoria se non si poggia su una giustificazione oggettiva e ragionevole e che le

⁴⁰ Sul tema del lavoro affidato agli immigrati irregolari, esisteva una Direttiva 2009/52/CE - recante norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi, appunto non in regola. Essa è stata recepita in Italia con d.lgs. del 16 luglio 2012, n. 109, ove sono ora contemplate tutte le sanzioni (*inter alia*, impossibilità di accedere a fondi europei; impossibilità di ottenere permessi per successive attività imprenditoriali) a carico del datore di lavoro nel caso in cui si avvalga di lavoratori stranieri mantenendoli in uno stato di irregolarità

autorità non hanno motivazioni ragionevoli che possano giustificare la esclusione da certi benefici di legge degli stranieri legalmente inseriti in Italia. Di qui la decisione di condannare lo Stato italiano, che, con il suo comportamento verso quel lavoratore che si trovi in quella situazione, dovesse violare i principi ribaditi dalla Convenzione Europea dei diritti umani, come il diritto a un giusto processo, il divieto di discriminazioni e il rispetto della vita privata e familiare.

Questa tendenza delle Corti europee, trattandosi dei diritti fondamentali delle persone (a prescindere se straniere o non in uno Stato), consente ai Giudici europei di applicare la CEDU e, in tal modo, di tentare di attenuare le aporie del sistema e di fornire ad esso un certo grado di conformità. È, infatti, ormai agevole constatare come, anche in seno alle Corti interne, i giudici nazionali abbiano sempre presente l'articolato normativo della CEDU e non facciano fatica a richiamare quelle norme e quei principi non solo per integrare il diritto interno ma, talvolta, anche per disapplicarlo quando in contrasto con essi. È, altresì, acclarato che, di frequente, anche la giurisprudenza delle Corti sovranazionali entra a far parte delle motivazioni delle più importanti pronunce dei giudici italiani, i quali, dunque, non possono più fare a meno di conoscere una rilevante parte del diritto vivente.

Ciò nondimeno, non vi è dubbio che la presenza nel sistema ordinamentale di una fonte sovraordinata qual è la CEDU, unitamente alla rilevanza che hanno ormai assunto le sue decisioni, può porre un delicato problema di equilibrio nel pluralismo dei livelli di giurisdizioni presenti nel sistema. Già la Corte costituzionale con le famose sentenze nn. 348 e 349 del 2007, ha riconosciuto alle norme della CEDU (ora espressamente richiamata dal Trattato di Lisbona – art. 6), “*lo stesso valore giuridico dei trattati*”: trattasi, dunque, di norme sovraordinate alla legge ordinaria in ragione del loro contenuto costituzionale; norme che il giudice ordinario è obbligato a tenere in considerazione nella interpretazione ad esse data dalla Corte di Strasburgo⁴¹, ogni qualvolta si troverà a dover interpretare ed applicare una qualsiasi altra norma di legge. Correlativamente, a fronte di una sorta di “completezza sostanziale” tra sistemi di norme interne e sovranazionali che si possono integrare e richiamare alternativamente, non si può fare a meno di rilevare, invece, il carattere residuale e sussidiario dell'eventuale azione di tutela dinanzi alle Corti sovranazionali; il che, assai spesso, potrebbe anche tradursi in un pregiudizio persino più grave di quello per cui si chiede giustizia.

⁴¹ Tanto che appare lecito domandarsi se, accanto ad una gerarchia delle fonti del diritto, non si debba tener conto anche di una gerarchia del diritto vivente.