

LA NUOVA DISCIPLINA SULL'IMMIGRAZIONE
L. 6 marzo 1998, n. 40 e D.L.G.S. 25 luglio 1998, n. 286

Seconda Parte (contenente riferimenti al Regolamento di attuazione, emanato con D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394)

6. Disposizioni di carattere umanitario.

6.1. Il capo III del titolo II della nuova normativa, come accennato in premessa, costituisce la prima applicazione dell'aspetto innovatore e "costruttivo" introdotto dal legislatore del 1998.

"Innovatore" in quanto – lo ricordiamo – nessun precedente legislativo aveva affrontato in via organica e sistematica la materia dell'accoglienza dell'extracomunitario nel territorio dello Stato, individuandone, prima ancora di regolarli, i diritti; "costruttivo" in quanto, dopo aver posto norme volte in qualche modo ad arginare il fenomeno immigratorio, si è proceduto a disciplinare il profilo dell'integrazione dello straniero extracomunitario nel tessuto sociale del Paese d'accoglienza.

La prima norma del capo III, vale a dire l'art. 16 (art. 18 del T.U.), è dedicata alla protezione sociale dell'immigrato nei cui confronti vengano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento ed emergano "concreti" pericoli per la sua incolumità, per l'effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione di stampo criminale. In tal caso, il Questore, su proposta o con il parere favorevole del Procuratore della Repubblica, rilascia uno speciale permesso di soggiorno della durata di sei mesi, rinnovabile "per un anno, o per il maggior periodo occorrente per motivi di giustizia" (comma quarto).

6.2. Sui presupposti che conducono al rilascio di questo speciale permesso di soggiorno vale la pena soffermarsi brevemente.

Il primo comma della norma in commento, infatti, sembra ancorare rigidamente gli episodi di violenza e di sfruttamento, subiti dallo straniero, ai "condizionamenti" di un'organizzazione criminale. Ed a sostegno dell'apparente esclusione di altre forme di violenza e di sfruttamento sta il comma secondo, laddove pare collegare gli elementi da cui risulti la condizione di pericolo, sofferta dall'interessato, alla rilevanza del contributo offerto da quest'ultimo per l'efficace contrasto dell'attività del sodalizio criminale.

E' chiaro che il legislatore ha inteso in tal modo affrontare problematiche tipicamente connesse all'utilizzazione a fini delittuosi dell'immigrazione clandestina, quale ad esempio quella dello sfruttamento della prostituzione ovvero dello spaccio di droga. Ci pare, tuttavia, che la norma avrebbe dovuto essere integrata con un riferimento ad ogni ipotesi di pericolo all'incolumità dello straniero, derivante dalle (pur numerose ed altrettanto gravi, ancorché non sempre emergenti

all'attenzione dell'opinione pubblica) situazioni di violenza e prevaricazione di carattere, per così dire, "privato", in quanto non connesso ad attività di associazioni per delinquere.

Come negare che, nelle predette situazioni, lo straniero, pur sempre vittima di lesione alle proprie fondamentali prerogative, necessiti di quel programma di assistenza e di integrazione sociale menzionato ai commi 2 e 3 della norma *de qua*? E che dunque debba essere munito dello speciale permesso di soggiorno?

Va inoltre osservato che la norma nulla specifica in merito ai "condizionamenti" forieri di pericolo per lo straniero che da essi intenda sottrarsi.

Si tratta esclusivamente di condizionamenti "passivi", vale a dire di episodi in cui la vittima è stata suo malgrado inglobata nell'organizzazione criminosa, senza cioè partecipare in prima persona all'ideazione, alla predisposizione ed alla stessa attuazione degli intenti delittuosi, oppure la tutela della norma in esame può essere generalmente estesa ai noti pericoli derivanti dal c.d. "pentitismo"?

Ci pare di poter esprimere parere favorevole ad una tale soluzione estensiva in virtù della comune *ratio* di fondo che presiede all'esigenza generale di protezione dei collaboratori di giustizia: assicurarne, nel superiore interesse di ordine pubblico, l'incolumità in funzione della repressione dell'illegalità organizzata. Il particolare *status* del soggetto da proteggere consentirebbe l'adozione delle misure contemplate, quale norma speciale, dall'articolo in commento.

6.3. Il quinto ed il sesto comma dell'art. 18 illustrano le facoltà connesse al rilascio del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale.

Nel primo dei due commi citati si fa espressa menzione della possibilità, accanto a quella di accesso ai servizi assistenziali e allo studio, di svolgere un'attività di lavoro subordinato, con possibilità di proroga qualora, alla scadenza della durata del suddetto permesso, il rapporto di lavoro sia in corso.

Va sottolineata l'estrema rilevanza del comma in parola. In esso, infatti, il legislatore ha inteso porre un principio che, ad avviso di chi scrive, deve acquisire valenza generale.

Ogni permesso di soggiorno, rilasciato per motivi *lato sensu* umanitari deve poter consentire al titolare di svolgere un'attività lavorativa. Non dovrebbero pertanto sussistere dubbi sull'estensione delle facoltà di cui al comma quinto dell'art. 18 anche ai permessi rilasciati ai sensi dell'art. 5, commi secondo e sesto, nonostante il silenzio di tale norma sulle predette facoltà.

Una diversa e più restrittiva interpretazione ci sembrerebbe collidere non solo con l'art. 3 della Costituzione, regolandosi diversamente fattispecie analoghe (entrambe, infatti, vedono alla base del rilascio di uno speciale titolo di soggiorno ragioni di carattere umanitario), ma anche con il combinato disposto dell'art. 10, dell'art. 2 e dell'art. 4 della medesima Carta Fondamentale, che

garantiscono allo straniero la possibilità di esercitare nella Repubblica i diritti inviolabili dell'uomo, tra cui non può non essere ricompreso quello al lavoro.

Un ruolo senz'altro rimarchevole, in quanto indice di un forte progresso sociale, va ravvisato nel comma sesto dell'art. 18, che in qualche modo si pone come attuativo dello scopo di rieducazione che l'art. 27 Cost. attribuisce alla pena; scopo la cui rilevanza appare sicuramente accresciuta ogniqualvolta il fatto delittuoso sia imputabile ad un soggetto minore. Attraverso il predetto comma sesto dell'art. 18, infatti, il legislatore ha inteso incentivare il recupero e l'inserimento di coloro che hanno espiato un periodo di detenzione per reati commessi durante la minore età, attraverso la concessione di un permesso di soggiorno che consenta loro di completare, attraverso la partecipazione ai programmi menzionati al precedente comma secondo, l'integrazione sociale.

7. Segue: i divieti di espulsione e respingimento e le misure di accoglienza per eventi eccezionali.

7.1. Tra le misure (espressamente annoverate tra quelle) di carattere umanitario, rientrano altresì due norme che, in parte, riproducono esigenze speciali di salvaguardia dei diritti fondamentali, già contemplate nella legge n. 39/90⁹.

Così, il primo comma dell'art. 17 (art. 18 del T.U.) riproduce pressoché letteralmente il disposto dell'abrogato art. 7, comma 10, della c.d. "legge Martelli", laddove impedisce l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere fatto oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

Un'osservazione si impone in ordine all'effettività di un tale divieto, che può essere invocato, per un verso, in sede di opposizione svolta nei confronti del provvedimento di espulsione ai sensi dell'art. 11, comma 8 (art. 13 del T.U.), innanzi al Giudice ordinario (ovviamente non più il Pretore, a seguito dell'entrata in vigore della legge istitutiva del Giudice unico di primo grado); nonché, per altro verso, di fronte al tribunale amministrativo regionale del Lazio nei casi della c.d. espulsione amministrativa di cui al comma primo della suddetta norma¹⁰.

⁹ In realtà la c.d. "legge Martelli", al comma sesto dell'art. 7, consentiva, allo straniero che venisse espulso ed a prescindere dall'operatività del divieto in parola, una sorta di scelta relativa allo Stato ove doveva essere rinvio. Ovviamente non si trattava di scelta lasciata al mero arbitrio dell'interessato, dovendo in ogni modo l'autorità di pubblica sicurezza vagliarne i "giustificati motivi".

¹⁰ Ove il divieto venga invocato avverso un provvedimento di espulsione susseguente al diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato, esso riveste una duplice valenza. Per un verso quella di motivo di illegittimità del provvedimento espulsivo stesso; per altro verso quella di motivo di illegittimità – da far valere, stavolta, innanzi al giudice

Orbene: mentre nel giudizio innanzi al T.A.R. il divieto *de quo* può essere dedotto a livello di *fumus* e di *periculum* allo scopo di ottenere la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ai sensi dell'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nel giudizio innanzi al magistrato ordinario non pare vi sia spazio per condizionare l'*annullamento* del provvedimento – il che è sanzione ovviamente più stabile della mera *sospensione* dell'esecutorietà dell'atto stesso - ad una mera ricognizione dei predetti requisiti, esonerando in tal modo l'interessato dall'allegazione di efficaci emergenze probatorie.

A meno che, nell'ambito di tale ultimo rimedio impugnatorio non sia consentito, nello stesso ricorso, richiedere in via cautelare, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., la sospensione dell'efficacia del provvedimento di espulsione sulla sola base di generici riferimenti al pericolo di persecuzione che il ricorrente incontrerebbe in caso di rientro in Patria.

Ci rendiamo ben conto che tale soluzione stride con la *ratio* di celerità che ha indotto il legislatore a modellare l'opposizione innanzi al giudice ordinario sulle forme dei procedimenti in camera di consiglio di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c.. E ci rendiamo ben conto, inoltre, che è impensabile ipotizzare una prosecuzione nel merito che – nel rispetto del termine di dieci giorni per la definizione del procedimento, sancito al comma nono del citato art. 11 (art. 13 del T.U.) - conduca prima alla conferma o revoca della sospensione concessa in via cautelare, indi alla decisione relativa alla legittimità del provvedimento di espulsione.

Tuttavia riteniamo che, onde evitare questioni di legittimità costituzionale, il divieto di cui all'art. 17 (art. 19 del T.U.) debba operare, tanto in caso di espulsione amministrativa, quanto in quella "ordinaria", in presenza di meri elementi presuntivi in merito alla sussistenza del pericolo di persecuzione. Senza cioè gravare oltremodo l'interessato di un onere probatorio spesso diabolico, in considerazione delle precarie condizioni in cui verosimilmente egli versa al momento della presentazione del ricorso (ovviamente nei casi in cui riesca effettivamente a presentarlo, attesa l'estrema esiguità del termine per l'opposizione).

D'altra parte, a tale soluzione sembra condurre lo stesso tenore letterale della norma, laddove prevede, quale *conditio sine qua non* del divieto, non l'effettiva prova, sibbene la sola *possibilità* della persecuzione (possibilità che, a nostro avviso, dovrebbe ritenersi desumibile anche

amministrativo - del provvedimento di diniego di riconoscimento. A tale proposito va segnalata la recentissima tendenza della giurisprudenza di merito a ravvedere un rapporto di pregiudizialità necessaria, a norma dell'art. 295 c.p.c., tra il giudizio amministrativo e quello ordinario.

Pregiudizialità sfociata in due significative pronunzie, che la colgono e la collocano in distinte prospettive: la prima emessa dal Pretore di Milano in data 3 novembre 1998, secondo cui la necessità di attendere l'esito del giudizio amministrativo precluderebbe in radice l'espulsione decretata, appunto, in pendenza del termine per ricorrere innanzi al T.A.R., talché tale necessità può essere addirittura invocata con lo strumento del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. in corso di causa (cioè formulando un'apposita istanza in tal senso nel corpo dello stesso ricorso in opposizione di cui all'art.11, comma ottavo, della legge n. 40/98). La seconda emessa dal Tribunale di Roma in data 4 novembre 1999,

sulla base di fatti notori relativi al Paese in cui lo straniero dovrebbe essere respinto). Ed alla stessa conclusione pare convergere l'altro dato, costituito dalla genericità della locuzione “*possa essere oggetto di persecuzione*”; locuzione che, sia pure ancorando il timore di persecuzione ad una condizione personale (razza, sesso, lingua, ecc.) richiama tuttavia un pericolo potenziale, di natura prevalentemente oggettiva, se non addirittura “astratta” (nel senso di non apparire direttamente connessa con la personale situazione o condizione dell'interessato).

Sta di fatto che – o almeno così pare a chi scrive -, così come formulata, tale espressione non sembra richiedere la dimostrazione di una effettiva condizione personale di persecuzione, come al contrario esige l'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 (ratificata con legge 24 luglio 1954, n. 722) definendo i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Operando il divieto, l'interessato viene munito di uno speciale permesso di soggiorno a norma dell'art. 28 del Regolamento di attuazione, emanato con D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394.

Si tratta, riteniamo, di una *sub specie* di permesso umanitario, la cui *ratio* non sembra diversa da quella posta dal legislatore alla base dei permessi previsti dall'art. 16 (art. 18 del T.U.), fondata su motivi di protezione sociale; ne consegue che, anche in virtù della mancanza di un espresso riferimento normativo in senso contrario, pure il permesso di soggiorno previsto dall'art. 28 del Regolamento di attuazione dovrebbe, simmetricamente, assicurare al titolare le medesime prerogative contemplate al comma quinto del citato art. 16 l. 40/98, tra le quali, principalmente, quella di poter svolgere un'attività lavorativa di carattere subordinato.

7.2. Il secondo comma dell'articolo in commento vieta l'espulsione nei confronti di particolari categorie di stranieri. In particolare, alle lettere a), c) e d) sono contemplate situazioni specifiche che, sotto l'imperio dell'abrogata normativa, non trovavano una collocazione autonoma che ne salvaguardasse, sotto il profilo umanitario, le rispettive peculiarità.

Tra gli spunti di riflessione che la norma *de qua* suggerisce, non si può non osservare che le ipotesi di cui alle lettere a) e c) sembrano, in qualche modo, anticipare la tutela dei minori e dell'integrità dei nuclei familiari, disciplinata al successivo titolo IV, ampliandone in alcuni casi la portata.

Così il divieto di espulsione dei parenti entro il quarto grado, conviventi con il cittadino italiano, altro non fa che allargare il novero dei soggetti stranieri i quali, a norma del successivo art. 26 (art. 28 del T.U.), comma secondo, fruiscono del diritto al riacquisto ed al mantenimento dell'unità familiare proprio perché legati al cittadino italiano da un rapporto di parentela, salva l'applicazione espressa del D.P.R. 30 dicembre 1965, n. 1656.

nella quale si afferma espressamente sussistere tra i due giudizi – quello amministrativo e quello ordinario – un rapporto di pregiudizialità che impone la sospensione prevista dal citato art. 295 c.p.c..

In tale contesto, peraltro, il collegamento sistematico tra il secondo comma dell'art. 17 (art. 19 del T.U.) e l'art. 28 (art. 30 del T.U.), comma primo, lettera c, ci autorizza a ritenere possibile il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari anche allo straniero, parente entro il quarto grado del cittadino italiano, del quale è vietata l'espulsione in ragione della prima delle norme dianzi citate.

Infatti, il divieto di espulsione parrebbe legittimare, sia pure indirettamente, la permanenza sul territorio italiano dello straniero in parola. Così che, protrattasi tale permanenza (per così dire "tollerata") per oltre un anno, non si vede perché colui che ne beneficia non possa dirsi "regolarmente soggiornante" ai fini dell'ottenimento del permesso di soggiorno per motivi familiari.

Se non il legislatore, sarà con ogni probabilità la Corte Costituzionale, anche in tal caso, a sciogliere il dubbio.

Piuttosto pleonastico, infine, ci sembra il divieto di espulsione di cui alla lettera b) del secondo comma dell'art. 17, relativo agli stranieri titolari della carta di soggiorno; infatti le prerogative di un siffatto titolo formano oggetto dell'articolata regolamentazione contenuta al quarto comma del precedente art. 9 (art. 7 del T.U.), e disciplinate in modo tale da escludere in radice ogni possibilità di espulsione (ad eccezione di quella amministrativa, peraltro fatta salva dallo stesso art. 17). Ragion per cui l'annoverare i titolari di carta di soggiorno tra i soggetti a cui favore viene sancito il divieto di espulsione, si rivela quasi una sorta di ... "premura" quantomeno ultronea.

7.3. Il titolo II si chiude con l'art. 18 (art. 20 del T.U.), che demanda ad un apposito decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministeri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale e con altre Amministrazioni interessate, l'introduzione di misure di protezione temporanea, prevedendo inoltre una relazione annuale sull'attuazione delle misure adottate.

Tale norma, com'è noto, ha formato oggetto dei numerosi interventi del Governo, in particolare nei recenti episodi di immigrazione di massa di profughi provenienti dalla Regione del Kosovo.

8. La disciplina del lavoro.

8.1. Il titolo III della normativa in commento introduce al settore della legge che più squisitamente costituisce l'espressione del mutato approccio con il fenomeno immigratorio.

Abbiamo già evidenziato la "svolta" impressa dal legislatore del 1998 alla materia dell'immigrazione: senz'altro restrittiva, ma al contempo più sensibile agli aspetti umanitari, in

ragione dei quali sono stati posti gli obiettivi di più alto spessore sociale, da perseguire, appunto, attraverso una più organica regolamentazione dell'accoglienza degli immigrati e della loro integrazione tanto nel mondo del lavoro, quanto nel più generale tessuto sociale del nostro Paese.

Ovviamente, si è dovuto, in primo luogo, regolare i criteri di accesso, atteso il rischio che, attraverso un'indiscriminata accoglienza, avrebbe potuto crearsi un sensibile squilibrio nel mercato del lavoro in danno dei cittadini italiani; uno squilibrio che – al di là della vuota retorica e dei fin troppo noti luoghi comuni - certo non avrebbe giovato alla risoluzione dei problemi legati all'alta percentuale di disoccupazione da cui l'Italia è afflitta.

Ragion per cui, anche in applicazione del generale principio di cui all'art. 2, relativo alla predisposizione di documenti programmatici delle politiche migratorie, l'art. 19 (art. 21 del T.U.) introduce la determinazione dei flussi di ingresso degli stranieri per motivi di lavoro, privilegiando, attraverso la riserva di apposite quote, gli Stati extracomunitari con i quali il Ministro degli affari esteri, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, abbia concluso specifici accordi tesi, in via generale, appunto alla regolamentazione dei flussi d'ingresso e delle procedure di ammissione. Quindi, più in particolare, a stabilire forme reciproche di agevolazione nell'inserimento di lavoratori stranieri, anche per periodi limitati per l'esercizio di determinate opere o servizi.

La norma infine, demanda al Regolamento di attuazione tanto l'istituzione di un'anagrafe annuale, informatizzata, delle offerte e delle richieste di lavoro subordinato di lavoratori stranieri, quanto la predisposizione di un collegamento della predetta anagrafe con l'archivio organizzato dall'I.N.P.S. – di cui faremo cenno di qui a poco - e con le questure. Si viene a creare, in tal modo, una sorta di "sinergia informatica" in grado, per un verso, di controllare in tempo reale le necessità del mercato, i movimenti di lavoratori, nonché il rispetto degli obblighi contributivi da parte dei datori di lavoro, e per altro verso di verificare e reprimere episodi di lavoro irregolare.

Espressione di tale interazione amministrativa è rappresentata dall'"Archivio anagrafico dei lavoratori extracomunitari", costituito, come detto, presso l'I.N.P.S. a norma del comma settimo dell'art. 22 del T.U., con funzioni di raccordo tra le varie Amministrazioni pubbliche e finalizzato allo scambio di informazioni posto in essere sulla base di apposita convenzione conclusa tra le Amministrazioni interessate.

8.2. L'art. 22 del Testo Unico, di cui si è appena fatta menzione, condensa in un'unica norma le modalità di instaurazione e di svolgimento di rapporti di lavoro subordinato, tanto a tempo determinato che a tempo indeterminato, già regolate non solo dalla legge 40 del 1998, ma anche dalla legge 30 dicembre 1986, n. 943, recante "*norme in materia di collocamento e di trattamento*

dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine”, nonché dalla legge 8 agosto 1995, n. 335.

Quanto alla fase instaurativa, la norma disciplina gli oneri a carico del datore di lavoro, consistenti: *a)* nella richiesta nominativa di autorizzazione al lavoro, da inoltrare al competente ufficio periferico del Ministero del lavoro; *b)* nella contestuale esibizione della documentazione comprovante le modalità di sistemazione alloggiativa del lavoratore; *c)* nell’esibizione di copia del contratto di lavoro.

Tali disposizioni vanno poi coordinate con l’art. 30 del Regolamento di attuazione, quanto alla specificazione dei requisiti formali e delle modalità di inoltro delle richieste, nonché della documentazione da allegare alle stesse.

Va osservato che l’autorizzazione nominativa, rilasciata a norma del terzo comma dell’art. 22 del Testo Unico, deve considerarsi il momento cardine dell’*iter* prodromico allo svolgimento del rapporto lavorativo. Essa, infatti, secondo il successivo comma sesto, costituisce per lo straniero il documento necessario e sufficiente per l’ottenimento del visto d’ingresso rilasciato dal consolato italiano presso lo Stato d’origine.

La norma in commento enuclea, correlativamente, i diritti sorgenti in capo al lavoratore straniero a seguito dell’instaurazione del rapporto di impiego, che si aggiungono a quelli contemplati dalle leggi regolanti in via generale lo svolgimento di attività lavorative.

Al comma nono viene infatti assicurata allo straniero che perda il posto di lavoro, nonché ai suoi familiari legalmente residenti, il mantenimento del permesso di soggiorno e la possibilità di iscriversi nelle liste di collocamento – per giunta con priorità rispetto a nuovi lavoratori extracomunitari - per il periodo di residua validità dello stesso, e comunque per un periodo non inferiore ad un anno.

Al comma undicesimo viene, inoltre, garantita allo straniero la conservazione dei diritti previdenziali e di sicurezza sociale, nel frattempo maturati, anche in caso di rimpatrio, ed indipendentemente dalla vigenza di un accordo di reciprocità in corso col Paese d’origine dell’interessato. Si tratta, all’evidenza, di una garanzia coerente con il principio posto dal secondo comma dell’art. 38 Cost., che vuole assicurati ai lavoratori *tout court* (senza distinzione di nazionalità, e dunque per la sola circostanza dell’impiego in Italia o alle dipendenze di un soggetto di diritto italiano, sia esso persona fisica o giuridica) “*mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*”.

Al comma tredicesimo, infine, viene regolato il riconoscimento di titoli di formazione professionale acquisiti all’estero. La norma, peraltro, ove non vi siano accordi specifici con lo Stato

in cui i titoli sono stati rilasciati, prevede la possibilità di fissare condizioni e modalità di riconoscimento delle qualifiche per singoli casi.

Anche in tal caso, si tratta di una disposizione dettata da intenti di piena integrazione dello straniero nel panorama lavorativo-professionale italiano, secondo l'approccio di tipo "solidaristico" più volte menzionato in precedenza.

8.3. L'art. 21 (art. 23 del T.U.), regola le prestazioni di garanzia relative all'ingresso di lavoratori stranieri in Italia, al fine del loro inserimento nel mercato del lavoro; tale garanzia può provenire non solo dal cittadino italiano, ma anche dallo straniero regolarmente soggiornante, nonché dalle regioni, dagli enti locali e dalle associazioni contemplate al secondo comma.

Anche in tal caso l'autorizzazione all'ingresso è consentita nei limiti delle quote stabilite nel documento programmatico per gli ingressi per lavoro, redatto nell'ambito della fissazione delle politiche migratorie ai sensi dell'art. 3, comma secondo, della legge in commento.

La disciplina compiuta dell'oggetto e dei requisiti della prestazione di garanzia è contenuta nell'art. 34 del Regolamento, e consiste nella stipulazione di un'assicurazione obbligatoria al servizio sanitario nazionale, nella disponibilità di un alloggio per l'accoglienza dell'interessato, nella prestazione di mezzi di sussistenza nella misura non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e nel pagamento delle spese di rimpatrio.

Alla prestazione della garanzia segue, previa verifica della sussistenza dei requisiti sopra indicati, l'autorizzazione all'ingresso nel territorio dello Stato dello straniero che intenda inserirsi nel mercato del lavoro; quindi il rilascio a beneficio di questi, di un permesso di soggiorno della durata di un anno, funzionale esclusivamente al predetto fine di inserimento, formalizzato con l'iscrizione nelle liste di collocamento. Ai sensi del comma quarto dell'art. 36 del Regolamento, alla scadenza del termine di validità dello speciale permesso di soggiorno, lo straniero deve lasciare il territorio dello Stato, salvo che abbia nel frattempo conseguito il permesso di soggiorno per motivi di lavoro, tanto in caso di assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato (che gli consentirà di usufruire di un permesso di durata biennale, salvo rinnovi, come previsto all'art. 36, comma terzo, lettera a, del Regolamento di attuazione) quanto con contratto stagionale o a tempo determinato (in tal caso la durata del permesso si conformerà alla durata del contratto oppure, nell'ipotesi di lavoro stagionale, per un periodo non inferiore a 12 mesi dalla data di rilascio del permesso di soggiorno per l'inserimento nel mercato del lavoro).

8.4. Gli artt. 22 e 23 della legge n. 40/1998 (rispettivamente, artt. 24 e 25 del T.U.), disciplinano il lavoro stagionale, prescrivendo anche per tale ipotesi la previa richiesta nominativa da parte dei datori di lavoro interessati; richiesta che può tuttavia essere diretta – più genericamente

- ad un soggetto iscritto nelle liste di collocamento redatte a seguito di accordi bilaterali o convenzioni secondo quanto stabilito in sede di determinazione dei flussi d'ingresso.

Da notare la possibilità di stipula di apposite convenzioni tra le Commissioni regionali per l'impiego e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello regionale dei lavoratori e dei datori di lavoro, convenzioni tese espressamente a favorire l'accesso dei lavoratori stranieri “*ai posti di lavoro stagionale individuati*” (art. 22, comma quinto).

Altrettanto rilevanti le prerogative che il legislatore riserva al lavoratore stagionale: egli non solo ha diritto di precedenza – rispetto ai connazionali che non vi abbiano mai fatto regolare ingresso - per il rientro in Italia nell'anno successivo, ma può in ogni momento convertire il proprio permesso di soggiorno per lavoro stagionale in permesso per lavoro subordinato a tempo indeterminato o determinato.

Il lavoro stagionale, in altre parole, viene regolato in modo tale da fungere da vero e proprio “trampolino di lancio” per lo straniero che, nell'attesa di reperire una stabile occupazione nel nostro Paese, voglia comunque fruire di periodi di soggiorno regolare (quelli in cui svolge attività stagionali) allo scopo di sondare il mercato del lavoro in cerca, appunto, di un impiego duraturo.

Addirittura un'apposita norma, vale a dire il successivo art. 23 (art. 25 del T.U.), regola infine le particolari forme di previdenza ed assistenza, la cui specialità viene dal legislatore ivi giustificata, al comma primo, “*in considerazione della durata limitata dei contratti nonché della loro specificità*”.

8.5. La disciplina del lavoro autonomo si incentra essenzialmente sull'esigenza di verifica delle condizioni soggettive (economiche e logistiche) dello straniero che intenda intraprendere, in Italia, un'attività professionale.

L'art. 24 della nuova normativa (art. 26 del T.U.), contempla infatti cinque presupposti che consentono all'interessato di ottenere l'autorizzazione o la licenza prevista per l'attività – industriale, professionale, artigianale o commerciale, ecc. - che intenda svolgere.

Essi consistono: *a)* nella dimostrazione di disporre di risorse adeguate per l'esercizio dell'attività prescelta (ad esempio la disponibilità di locali per l'esercizio di un'attività commerciale che importi contatti col pubblico); *b)* nel possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana per l'esercizio di tale attività (quali i titoli o le abilitazioni professionali); *c)* nel possesso di un'attestazione, rilasciata dall'autorità competente, ove si dichiari l'insussistenza di motivi ostativi al rilascio dell'autorizzazione o della licenza; *d)* nella disposizione di un'idonea sistemazione alloggiativa; *e)* nella disponibilità di un reddito annuo, *proveniente da fonti lecite*, di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa

sanitaria, ovvero di una corrispondente garanzia prestata da cittadini italiani o stranieri regolarmente residenti, oppure da enti.

Sia pur condividendo l'esigenza di evitare una sorta di riciclaggio a fini legali di proventi derivanti da attività illecite, va tuttavia espressa una certa perplessità di ordine interpretativo in relazione al riferimento ai redditi provenienti da fonti lecite. L'art. 39 del Regolamento di attuazione, infatti, nulla dice quanto ai requisiti della documentazione rappresentativa dei redditi, al di là del riferimento ai soggetti destinatari dell'esibizione; riferimento, a nostro avviso, generico e piuttosto farraginoso, specie ove menziona – senza nulla specificare quanto a natura e modalità di trasmissione - la normativa e le documentazioni da far pervenire al Ministero degli affari esteri da parte dei Ministeri competenti e dalla competente Camera di commercio, industria ed artigianato.

8.6. A chiusura del Titolo III, in una posizione per certi versi residuale, sia pure dettagliatamente determinando ed individuando l'oggetto della relativa disciplina, il legislatore si occupa delle attività lavorative che, per tipologia, tempi e modalità di svolgimento, non ha ritenuto di ricomprendere nell'alveo di una delle categorie fondamentali di rapporti di lavoro.

Ci riferiamo all'art. 25 della legge 6 marzo 1998, n. 40, norma che, corredata dai commi 2 e 4 dell'art. 14 della legge 30 dicembre 1996, viene trasfusa nell'art. 27 del T.U., enucleando una serie di categorie di stranieri (per l'esattezza sedici), i quali possono essere muniti di ingresso per lavoro in casi particolari (prevalentemente per attività sportive, spettacoli, studio e ricerca, ecc.).

Particolarità degna di menzione, atta ovviamente a scoraggiare l'utilizzazione surrettizia di tale ingresso, è costituita dal comma secondo, laddove si prevede che il permesso di soggiorno rilasciato ai lavoratori extracomunitari, autorizzati a svolgere attività lavorativa subordinata nel settore dello spettacolo, è e permane – sia pure senza il limite di durata, applicandosi ovviamente a rapporti a tempo indeterminato - esclusivamente funzionale alla predetta attività. Non ne è pertanto consentita la conversione e comunque l'utilizzazione per settori od attività lavorative di diversa natura, venendosi con ciò a creare una sorta di *sub* specie di permesso di soggiorno per lavoro subordinato.

La specialità della norma da ultimo citata, tuttavia, dovrebbe egualmente coerenza con quelle che regolano l'eventualità della perdita del posto di lavoro o del rimpatrio, vale a dire i commi 9 ed 11 dell'art. 22 del T.U., già trattati retro al § 8.2. Anche in tal caso, nel silenzio tanto della legge, quanto dell'art. 40 del Regolamento di attuazione, riteniamo estensibili le conseguenze relative agli accadimenti sopra menzionati anche alle fattispecie di rapporti di lavoro a tempo subordinato relativi al settore dello spettacolo, profilandosi altrimenti una disparità di trattamento invocabile innanzi alla Consulta.

9. Unità familiare e tutela dei minori, assistenza sanitaria, diritto all'istruzione ed all'alloggio.

Ognuna delle norme costituenti i Titoli IV e V, lo si è accennato in premessa, disciplinano per la prima volta unitariamente e sistematicamente, i diritti e le facoltà di natura sociale connessi ad un regolare titolo di permanenza nel territorio dello Stato.

Non possiamo che ribadire il senso di progresso sociale che trasfonde la nuova normativa, progresso avviato – sia pure con i limiti “forzati” di cui s’è detto sempre in premessa – già dalla c.d. “legge Martelli”, allo scopo di coerenza il nostro Ordinamento con i precetti posti, rispettivamente, dall’art. 2, comma primo, Cost., relativo al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti umani inviolabili, nonché dall’art. 10, comma terzo, della stessa Carta fondamentale, concernente la garanzia, a favore dello straniero, delle libertà fondamentali.

9.1. Il diritto a mantenere o a riacquistare l’unità familiare è riconosciuto, in primo luogo, a favore dello straniero regolarmente soggiornante; per tale, secondo l’art. 26 della legge n. 40/98 (art. 28 del T.U.) è da considerarsi lo straniero munito di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno. Correlativamente, lo stesso diritto viene riconosciuto ai cittadini stranieri familiari di un cittadino italiano o di uno Stato membro dell’Unione Europea.

L’art. 27 della legge (art. 30 del T.U.) enuclea le categorie di soggetti legittimati a seguire in Italia il proprio congiunto ivi regolarmente soggiornante, estendendone il novero sino ai parenti entro il terzo grado, purché a carico ed inabili al lavoro secondo la legislazione italiana.

A tale riguardo, potrebbe porsi il quesito circa la natura ed i requisiti occorrenti per aversi inabilità al lavoro; se questa, in altri termini, debba essere intesa *in senso stretto*, quale inabilità derivante da una condizione di menomazione psico-fisica dell’individuo (come tale – a rigore - da accertare da parte delle competenti Autorità in una sorta di giudizio “preventivo”, cui condizionare il visto d’ingresso a norma del comma ottavo della norma in esame), oppure, *in senso lato*, quale impossibilità a reperire un’idonea occupazione in Italia al seguito del proprio parente, e dunque da quest’ultimo economicamente dipendenti, tanto da profilare a carico dello stesso parente soggiornante un obbligo alimentare ai sensi dell’art. 433 c.c..

Ricorrendone i requisiti, il ricongiungimento può essere originario o successivo, a seconda che i familiari seguano lo straniero munito di carta di soggiorno o di visto d’ingresso per lavoro subordinato relativo a contratto di durata non inferiore ad un anno, o per lavoro autonomo non occasionale, ovvero che lo raggiungano successivamente.

I presupposti “logistici” per l’attuazione del ricongiungimento sono costituiti dalla disponibilità di un alloggio che risponda ai criteri di cui alla lettera a del comma terzo dell’art. 27

(art. 29 del T.U.), nonché la disponibilità di un reddito annuo, anche in tal caso derivante da fonti lecite, di importo proporzionato al numero dei familiari con i quali si chiede il ricongiungimento (lettera b).

La domanda di nulla osta, in una con la prescritta documentazione, va presentata presso la questura del luogo di dimora del richiedente; trascorsi novanta giorni dalla richiesta in parola senza che sia intervenuto il provvedimento di cui al comma settimo, sia esso di accoglimento o di diniego, si forma il c.d. silenzio – assenso: l'interessato può, in tal caso, rivolgersi direttamente alle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane allo scopo di ottenere il visto d'ingresso, dietro la semplice esibizione della copia degli atti presentati in questura all'atto della richiesta del nulla osta, contrassegnata e datata dalla questura stessa.

9.2. Il successivo art. 28 (art. 30 del T.U.), disciplina il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, ancorandolo, quanto alla durata ed alle facoltà ad esso connesse, al titolo di soggiorno di cui è titolare il familiare che ha richiesto il ricongiungimento. Sempre in tale spirito di "accessorietà" si pone peraltro il comma 4 del predetto articolo 28, consentendo al familiare che effettua il ricongiungimento con lo straniero titolare di carta di soggiorno, di usufruire di un analogo titolo. E tale carta viene rilasciata *ipso facto* allo straniero che effettua il ricongiungimento con un cittadino italiano o comunitario.

Di indubbia rilevanza il comma quinto, che prevede la possibilità di conversione in permesso di soggiorno per lavoro subordinato, per lavoro autonomo o per studio del titolo rilasciato per motivi familiari, in caso di separazione legale, scioglimento del matrimonio o impossibilità per il figlio minore, divenuto maggiorenne, di ottenere la carta di soggiorno.

L'ultimo comma dell'art. 28 prevede, infine, la possibilità di presentare ricorso al Pretore (oggi al Tribunale, in funzione di giudice unico in primo grado) avverso i provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare. La norma, tuttavia, non fa menzione alcuna dei termini d'impugnazione (a differenza del precedente art. 13, comma 8, relativo all'espulsione c.d. "ordinaria").

Per colmare tale lacuna è a nostro avviso possibile un'applicazione analogica del termine di sessanta giorni decorrenti dalla conoscenza dell'atto da impugnare, previsto in via generale per invocare l'illegittimità degli atti amministrativi innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale dall'art. 21, comma primo, legge 6 dicembre 1971, n. 1034; una soluzione che si giustifica – sia pure tenendo presente la diversità del giudice competente e dello stesso procedimento - anche in ragione di ciò che l'ultimo comma dell'art. 6 della legge in commento prevede il ricorso innanzi al Giudice amministrativo avverso, da un lato, i provvedimenti di diniego al rilascio del permesso di soggiorno nonché, dall'altro lato, gli altri provvedimenti relativi alle facoltà ed agli obblighi inerenti

al soggiorno. E tale previsione implicitamente ribadisce la vigenza del termine di sessanta giorni prescritto dalla citata legge n. 1034/1971.

Ora, ci pare che sia nell'uno che nell'altro caso (vale a dire tanto in ipotesi di impugnazione del diniego al rilascio del permesso di soggiorno, quanto in quella – ora in commento – dell'impugnazione avverso il nulla osta al ricongiungimento familiare), l'oggetto del ricorso è rappresentato dalla (presunta) illegittimità di provvedimenti amministrativi, aventi ad oggetto il rilascio di un titolo di soggiorno nel nostro Paese. Non si vede, pertanto, perché il legislatore dovrebbe prevedere un differente termine impugnatorio in materia di ricongiungimento familiare, nemmeno sussistendo *in subiecta materia* valide ragioni d'ordine pubblico che impongano una celerità di definizione dei procedimenti; ragioni, al contrario, che ci sembrano condivisibili in materia di espulsione, sia pur dissentendo (come accennato *supra*) in merito all'estrema esiguità (cinque giorni) del termine per ricorrere avverso i provvedimenti ad essa relativi.

Quanto poi alla devoluzione al giudice ordinario delle impugnazioni *de quibus*, riteniamo che essa possa giustificarsi in ciò che, in base alle stesse dizioni usate dalla legge, il ricongiungimento familiare costituisca, in capo a colui che la invochi una situazione di diritto soggettivo; non ci pare, al contrario che la tutela di una tale fondamentale diritto possa utilmente largirsi nelle forme del procedimento in camera di consiglio, vale a dire attraverso una cognizione che penalizza oltremodo il contraddittorio e preclude un'esaustiva istruttoria (si pensi alla necessità di approfondite indagini – non surrogabili con la mera audizione dell'interessato – per stabilire l'ordine di parentela in base alla legge straniera, visto che la lettera d dell'art. 27 non contiene un'espressa riserva di legge italiana, come nel caso dell'inabilità al lavoro).

E sempre in base alla natura di diritto soggettivo, che la stessa legge attribuisce alle posizioni ivi tutelate, vanno pure riconosciuti, conseguentemente, i caratteri di decisorietà e di definitività dei provvedimenti che decidono sul ricorso in parola; caratteri peraltro sintomatici della natura di sentenza. Di talché è nostro convincimento che, ultimata la fase di reclamo di cui all'art. 739 c.p.c., residui la possibilità di ricorrere in Cassazione¹¹.

9.3. Il Titolo IV si chiude con tre norme – gli artt. 29, 30 e 31, rispettivamente artt. 31, 32 e 33 del T.U. che si occupano della condizione dei minori temporaneamente ammessi sul territorio dello Stato nell'ambito del ricongiungimento familiare.

La prima norma contempla, tra l'altro, la possibilità che il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, possa consentire l'ingresso o la permanenza in Italia

¹¹ Cfr., sul punto, i (minimi, ma più emblematici) riferimenti di dottrina e giurisprudenza di cui alla nota n. 8 della prima parte di questo commento.

del familiare per un periodo di tempo determinato, nonché la competenza del Tribunale per i minorenni ad adottare provvedimenti di espulsione dei minori stranieri, su richiesta del questore.

E' da chiedersi, a tal riguardo, se alla differente competenza consegua pure un diverso regime di impugnazione dell'espulsione stessa: la risposta ci pare debba essere negativa in ragione del fatto che, sia pure promanando da un'autorità giurisdizionale, il provvedimento non perde la sua natura amministrativa.

La seconda norma prevede il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di studio o lavoro al minore già iscritto nel permesso di soggiorno o nella carta di soggiorno dello straniero cui è affidato, quando questi raggiunga la maggiore età.

La terza, infine, prevede l'istituzione di un Comitato per i minori stranieri che vigili sulle modalità di soggiorno e, in generale, la tutela dei minori stranieri temporaneamente ammessi sul territorio dello Stato. I compiti di un siffatto Comitato, così come le stesse regole e modalità per l'ingresso ed il soggiorno nel territorio nazionale dei minori stranieri, sono definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro da lui delegato, con il parere dei Ministri degli affari esteri, dell'interno e di grazia e giustizia.

9.4. Le disposizioni in materia sanitaria, di istruzione, di alloggio e di partecipazione alla vita pubblica e (di) integrazione sociale sono contenute al Titolo V, attraverso una serie di norme tese, in primo luogo, a garantire agli stranieri regolarmente soggiornanti l'esercizio dei diritti fondamentali quali, appunto, la tutela della salute, la disponibilità di una decorosa sistemazione abitativa, la possibilità di accedere all'istruzione nelle sue varie forme e gradi, nonché quella di esercitare un'attività professionale dietro riconoscimento del titolo professionale corrispondente all'attività da intraprendere, ancorché ottenuto all'estero.

In secondo luogo, le norme in argomento non ignorano le necessità contingenti ed urgenti di coloro che, ancorché privi di un regolare permesso, tuttavia soggiornino nel territorio dello stato, o che proprio a tutela di un proprio diritto fondamentale siano necessitati a farvi ingresso.

Si tratta di una disciplina specifica ed articolata della quale, al di là dei più volte ripetuti aspetti programmatici, attuativi dei principi costituzionali relativi ai diritti "sociali" in senso lato, vale la pena ripercorrere i passi più rilevanti ed innovativi.

9.5. Quanto all'assistenza sanitaria, essa è assicurata mediante l'obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale. Tale obbligo, ai sensi dell'art. 32 della legge n. 40/1998 (art. 34 del T.U.), è posto a carico degli stranieri regolarmente soggiornanti, tanto nel caso in cui abbiano in corso un'attività di lavoro subordinato o autonomo, quanto nell'ipotesi in cui siano iscritti nelle liste di collocamento (cfr. comma primo, lettera a). Ad essi vanno aggiunti (cfr. comma primo, lettera b) coloro che abbiano chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, per asilo

politico, per asilo umanitario (con tale – non eccelsa - dizione riteniamo che la legge abbia inteso riferirsi a coloro che abbiano ottenuto il permesso di cui all'art. 5, comma sesto), per richiesta d'asilo (cui dovrebbe equipararsi la richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato, anche nel periodo necessario alla definizione dell'impugnazione dell'eventuale diniego da parte della Commissione centrale), per attesa adozione, per affidamento e per acquisto della cittadinanza.

Per coloro che, sia pure regolarmente soggiornanti non versino nelle predette condizioni, il comma terzo dell'art. 32 prevede l'obbligo di stipulare una polizza assicurativa contro il rischio di malattie, infortunio e maternità.

L'iscrizione al servizio sanitario nazionale può essere peraltro volontariamente attuato dagli stranieri soggiornanti per motivi di studio o per quelli collocati alla pari, a norma della legge 18 maggio 1973, n. 304.

L'art. 33 della legge (art. 35 del T.U.), disciplina le tariffe da applicare per le prestazioni sanitarie da erogarsi agli stranieri non iscritti al servizio sanitario nazionale, nonché gli interventi e le cure urgenti da prestarsi in determinate occasioni (maternità, infanzia, vaccinazioni, ecc.) a beneficio degli stranieri c.d. "irregolari". Da notare, a tale proposito, che il comma quinto dell'art. 33 prevede che l'accesso di questi ultimi presso strutture sanitarie non comporta alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo il caso di refertazione obbligatoria e comunque a parità di condizioni con il cittadino italiano. Non è ben chiaro se tale garanzia comporti, in capo allo straniero non in regola con la vigente normativa, una sorta di diritto alla mancata segnalazione, ed un correlativo obbligo di natura negativa a carico dell'operatore sanitario; certo è che il comma quinto dell'art. 43 del Regolamento prescrive, coerentemente con la predetta garanzia, la forma anonima della comunicazione al Ministero dell'interno, relativa alle prestazioni sanitarie lasciate insolute.

L'art. 34 (art. 36 del T.U.), prevede, infine, i casi di ingresso e soggiorno per cure mediche, contemplando il rilascio di un apposito permesso di soggiorno a vantaggio di coloro che necessitino di particolari terapie mediche in Italia. Il permesso, di durata pari alla durata presunta del trattamento terapeutico, è concesso altresì all'eventuale accompagnatore (in realtà non viene posto, tanto dalla legge, quanto dal Regolamento di attuazione, alcun limite al numero di accompagnatori), ed è comunque condizionato, ai sensi dell'art. 44, comma primo, lettera c, del Regolamento attuativo, alla dimostrazione relativa alla disponibilità, in Italia, di risorse sufficienti all'integrale pagamento delle spese sanitarie e di quelle inerenti al vitto ed all'alloggio, al di fuori della struttura sanitaria nonché all'avvenuto versamento di un deposito a titolo cauzionale di una somma corrispondente al 30 % del costo presumibile delle prestazioni richieste (art. 44, comma primo, lettera b).

9.6. Quanto all'istruzione, la legge estende ai minori stranieri presenti sul territorio la soggezione all'obbligo scolastico, sancendo quindi il principio secondo cui *“l'effettività del diritto allo studio è garantita dallo Stato, dalle Regioni e dagli enti locali anche mediante l'attivazione di appositi corsi ed iniziative per l'apprendimento della lingua italiana”*.

L'art. 36 della legge n. 40/98, in una con i commi 4 e 5 dell'art. 9 della legge 30 dicembre 1986, n. 943, riverbera nell'art. 38 del T.U. una serie di dichiarazioni programmatiche ed organizzative atte non solo a favorire il miglior inserimento scolastico dei minori stranieri attraverso l'istituzione di corsi linguistici intensivi, ma anche a promuovere attività interculturali comuni *“come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza”*.

Tale essendo la *ratio* che informa l'intera disciplina in esame, le istituzioni scolastiche, anche sulla base di convenzioni con le Regioni e gli enti locali, promuovono le attività contemplate dal comma quinto dell'art. 38 del T.U.. Le modalità specifiche di attuazione degli intenti sopra cennati vengono demandate ad un'apposita normativa regolamentare, con il compito di fissare, tra l'altro, i criteri per il riconoscimento dei titoli di studio e degli studi effettuati nei paesi di provenienza ai fini dell'inserimento scolastico.

Circa l'accesso all'istruzione universitaria, l'art. 37 della legge (art. 39 del T.U.) assicura la piena parità di trattamento tra lo straniero ed il cittadino italiano, lasciando all'autonomia degli atenei le iniziative volte ad inserire una quota di studenti stranieri ai corsi universitari. Tali iniziative altro non rappresentano, o almeno così pare, che il mezzo per assicurare comunque che un determinato numero di posti venga assicurato a vantaggio di studenti stranieri, nei casi – non infrequenti - di fissazione di limiti all'accesso.

La nuova normativa, comunque, ed in ossequio alla generale esigenza di razionalizzazione degli accessi (alla stregua di quanto previsto in materia di ingresso per lavoro subordinato), limita il numero dei visti d'ingresso e dei permessi di soggiorno per l'accesso all'istruzione universitaria, in base alle disponibilità comunicate annualmente dalle università stesse.

Non ci pare peraltro peregrino il dubbio di incostituzionalità di una tale limitazione, atteso che il legislatore pare demandarne l'intera regolamentazione ad iniziative e comunque a provvedimenti dei singoli atenei, con ciò spogliandosi della riserva assoluta di legge prevista dall'art. 33, comma secondo, Cost. per l'introduzione di norme generali sull'istruzione¹².

¹² Va infatti tenuto presente che un indiscriminato potere discrezionale per le Università di stabilire un accesso limitato ai corsi relativi a determinate facoltà è stato censurato dalla Corte Costituzionale attraverso l'*arrêt* n. 383 del 27 novembre 1998, che ha condizionato la legittimità della fissazione del c.d. “numero chiuso”, da parte di fonti di normazione secondaria, ad una previa fissazione dei criteri informativi da parte della legge ordinaria, cui è equiparata in senso lato la normativa comunitaria, finanche quella non immediatamente *self executing*, quale le direttive.

9.7. Le disposizioni in materia di alloggio e di assistenza sociale sono contenute agli artt. 38 e 39 della legge (rispettivamente artt. 40 e 41 del T.U.).

Esse disciplinano l'istituzione ed il titolo per accedere ai centri di accoglienza, con particolare riguardo a coloro che, beninteso regolarmente soggiornanti, siano tuttavia temporaneamente impossibilitati a provvedere alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza. Il comma sesto dell'art. 38, in particolare, attribuisce agli stranieri muniti di carta di soggiorno o iscritti nelle liste di collocamento, nonché (e non si capisce perché tali stranieri vengano accostati a "quelli regolarmente soggiornanti", non essendovi dubbi sulla regolarità della loro permanenza sul territorio dello stato) a quelli esercitanti attività di lavoro subordinato o autonomo, il diritto di accedere agli alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Il riferimento al generale concetto di straniero regolarmente soggiornante, sia pure con le varie sfaccettature con cui la particolare tipologia di permesso di soggiorno di volta in volta "colora" tale concetto, sparisce incomprensibilmente nell'art. 39, laddove viene assicurata la fruizione delle provvidenze e delle misure di assistenza sociale soltanto agli stranieri muniti di carta di soggiorno ed a quelli muniti di permesso di durata non inferiore ad un anno. Si tratta – riteniamo - di un'incongruenza di cui si fa fatica a cogliere la *ratio*, atteso il prevalente atteggiamento di generale estensione, appunto ai titolari di un (apparentemente indiscriminato) regolare soggiorno, dei fondamentali aspetti legati alla tutela dei diritti fondamentali ed alla solidarietà sociale.

10. La prevenzione e la repressione della discriminazione.

10.1. Il capo IV del Titolo V merita indubbiamente una trattazione a sé stante. Si tratta, infatti, della parte della nuova legge ove il legislatore imprime una notevole accelerazione alla realizzazione di una piena integrazione degli stranieri, assicurando loro una forte tutela ad un proprio diritto che non esitiamo a definire "personalissimo", perché attinente alla dignità stessa della persona, da preservare in un momento senz'altro delicato della vita dello straniero che, vuoi per scelta, vuoi per necessità, deve ... "reinventare" la propria vita in un ambiente per lui innaturale, e troppe volte immeritadamente ostile.

Tale intento viene attuato con la previsione, all'art. 40 della legge (norma che, in aggiunta all'art. 2 della già citata legge n. 943/1986, va a costituire l'art. 42 del T.U.), delle misure incentivanti attività in favore degli stranieri regolarmente soggiornanti, meglio specificate nelle lettere da a) ad e) del comma primo della norma *de qua*. Tra queste vanno evidenziate quelle che prevedono l'impiego di stranieri regolarmente soggiornanti quali "mediatori interculturali" al fine di agevolare i rapporti con le singole amministrazioni, nonché l'organizzazione di "corsi di

formazione, ispirati a criteri di convivenza in una società multiculturale e di prevenzione di comportamenti discriminatori, xenofobi o razzisti, destinati agli operatori di uffici pubblici e degli enti privati che rapporti abituali con stranieri o che esercitano competenze rilevanti in materia di immigrazione". La migliore prevenzione di atteggiamenti discriminatori, nonché di meri pregiudizi, infatti, è e resta l'educazione alla convivenza ed all'integrazione con le diversità culturali e (purtroppo va ribadito) razziali.

10.2. Ma cosa deve intendersi per discriminazione, al fine di un'efficace attuazione dei principi di prevenzione e repressione?

La risposta, attraverso una definizione alquanto articolata, viene fornita dall'art. 41 della legge (art. 43 del T.U.).

Costituisce dunque discriminazione *“ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”*.

Una formula di principio corredata dalla previsioni di fattispecie soggettivamente (quanto cioè alla qualità di chi pone in essere comportamenti discriminatori) ed oggettivamente determinate, relative alle ipotesi ove più frequentemente può aversi discriminazione.

Un'importante precisazione, anch'essa giocoforza aderente ad un diffuso malcostume, è costituita dalla previsione del comma terzo, che estende la tutela contenuta negli artt. 41 e 42 della legge anche ai cittadini italiani, agli apolidi ed agli altri cittadini provenienti da Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia. Si tratta di una precisazione non pleonastica, ma integrativa della definizione sopra riportata, il cui tenore, sia pure esaustivo, sembrerebbe lasciar fuori dall'ambito di salvaguardia le discriminazioni basate sulla provenienza regionale, nell'ambito della medesima nazionalità.

Alla previsione dettagliata delle fattispecie discriminatorie, segue unicamente una tutela di carattere civilistico; l'innovatività, costituita dalla determinazione e definizione dell'atto discriminatorio, il suo significato sociale ed umanitario, avrebbero forse meritato qualcosa di più.

Ma tant'è; forse si tratta soltanto di un primo passo!

10.3. Veniamo, pertanto, all'azione civile contro la discriminazione, disciplinata – sostanzialmente e processualmente – dall'art. 42 della legge n. 40/1998 (art. 44 del T.U.).

Dal punto di vista sostanziale si è in presenza di un'azione di contenuto analogo alle altre azioni inibitorie previste dal nostro ordinamento, tese ad offrire uno strumento (il più possibile

agile) alla rimozione di situazioni pregiudicanti diritti non suscettibili di una lesione reiterata nel tempo (si pensi all'azione tesa ad inibire la continuazione di atti di concorrenza sleale, di cui all'art. 2599 c.c., all'azione repressiva di condotte antisindacali di cui all'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché a quella volta a reprimere l'uso, in danno dei consumatori, di clausole contrattuali abusive, di recente introdotta all'art. 1469 *sexies* c.c.)¹³.

Dal punto di vista processuale, la legge ha, per così dire, scelto un via che ben potrebbe definirsi "a doppio binario", utilizzando, per un verso, le forme del processo cautelare uniforme (artt. 669 bis e ss. c.p.c.); per altro verso, quanto alle impugnazioni, avvalendosi di quelle proprie dei procedimenti in camera di consiglio, regolate agli artt. 737, 738 e 739 c.p.c..

Il legislatore, inoltre, ha previsto l'emissione di un'ordinanza di accoglimento (come vedremo munita dei crismi della sentenza) recante non solo i provvedimenti richiesti, atti cioè a rimuovere le conseguenze dei comportamenti discriminatori, ma addirittura la condanna del convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

Pur senza dilungarci in disquisizioni di schietta natura processuale (non è certo questa la sede, sebbene la norma offra spunti di riflessione in quantità rilevante, specie quanto al rispetto – per vero attenuato – della garanzia del contraddittorio), ci pare che la successione processuale di tali provvedimenti e la *ratio* stessa che ne governa il contenuto decisorio, debba condurre l'interprete a ricomprendere l'intero procedimento nell'alveo della procedura cautelare¹⁴. Ciò anche in virtù della previsione dell'emissione – in ipotesi di urgenza indifferibile - di un decreto *inaudita altera parte*, sia pure previa assunzione di sommarie informazioni.

Trattasi di procedura cautelare *sui generis*, che contempla almeno due innovazioni di indubbia portata, dovute – anche in tal caso - alla particolare materia trattata.

La prima consiste nell'esclusione della necessaria strumentalità del provvedimento di accoglimento ad un successivo accertamento a cognizione piena del merito; esclusione che si fa assai rilevante anche e soprattutto in virtù delle conseguenze risarcitorie producibili dal provvedimento stesso.

La seconda è rappresentata dalla già accennata previsione di un regime impugnatorio che utilizza le forme procedurali camerale; un regime per vero coerente con l'esigenza di una trattazione celere, sia pure munito della natura di gravame, attesa la possibilità di riesame globale del merito propria del reclamo disciplinato dall'art. 739 c.p.c..

¹³ Sul concetto, l'ambito di applicazione e la funzione dell'azione inibitoria cfr. FRIGNANI, *Inibitoria (azione)*, Voce dell'Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano 1971, pag. 559 e ss.

¹⁴ Si tratta di una sorta di azione di tipo cautelare "speciale" in quanto tipica, laddove il rimedio cautelare inteso in senso generale deve rinvenirsi nella procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c.. La funzione anticipatoria – e dunque comune ai provvedimenti cautelari - dell'azione *de qua* è ribadita da FRIGNANI, *Op. ult. cit.*, pag. 563, con riferimenti a MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Milano, 1961, pag. 46, ivi richiamato in nota.

La norma in commento, peraltro, ingenera il dubbio se la decisione che definisce il procedimento, di cui al comma settimo, sia la stessa ordinanza che accoglie in primo grado il ricorso, ovvero quella che conclude il giudizio ad esito dell'impugnazione. Tale dubbio – che solleviamo più che altro a titolo provocatorio – si fonda sul collocamento della previsione del possibile contenuto risarcitorio del provvedimento che definisce il giudizio, successivamente alla disciplina del reclamo.

Ebbene, la soluzione che paventa il risarcimento del danno quale misura accessoria della decisione di secondo grado ci pare francamente abnorme; il che lascia propendere per una svista d'ordine "sistematico" del legislatore.

Quanto, infine, alla natura della decisione in argomento, trattasi senz'altro di sentenza; e non solo per il contenuto decisorio e definitivo su questione di diritto soggettivo (qual è quello – come detto attinente alla sfera personalissima – a non subire atti discriminatori), ma anche in virtù del fatto che, al successivo comma decimo, tale provvedimento è espressamente definito "sentenza". Come tale – aggiungiamo – senz'altro ricorribile in Cassazione.

10.4. A parte la superfluità del comma ottavo, che riconnette gli estremi del reato di cui all'art. 388, comma primo, del codice penale, all'eventuale inosservanza dei provvedimenti di accoglimento del ricorso, sono da segnalare i commi 9, 10 ed 11 dell'art. 42.

Con il primo il legislatore ha inteso agevolare l'onere probatorio a carico del ricorrente, che può documentare i comportamenti discriminatori attraverso l'allegazione di elementi di fatto a carattere statistico, che nella particolare fattispecie dedotta possono assurgere al rango di presunzioni semplici, soggette sì al prudente apprezzamento del giudice, ma comunque di indubbio valore indiziario.

Con il secondo, anche in tal caso in linea con altre ipotesi di azioni inibitorie previste nell'Ordinamento, la legittimazione ad agire è estesa anche alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale.

Con il terzo, infine, si prevede la comunicazione alle amministrazioni interessate, da parte del giudice investito del ricorso, dell'accertamento di atti discriminatori posti in essere da imprese cui sono stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti, nonché da quelle che abbiano stipulato con le amministrazioni stesse contratti di appalto relativi all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o forniture. Tale comunicazione – dall'intento senz'altro deterrente - può costituire presupposto per la revoca dei benefici o per l'esclusione temporanea del responsabile da ulteriori concessioni finanziarie o da appalti.

11. Norme conclusive.

La normativa si conclude (agli artt. 43 e 44 – artt. 45 e 46 del T.U.) con la previsione di un Fondo nazionale per le politiche migratorie e di una Commissione per le politiche di integrazione. Quanto al primo, esso viene istituito allo scopo di finanziare le varie attività connesse con la determinazione dei flussi immigratori, con l'istituzione di programmi tesi a favorire l'integrazione culturale e gli scambi interculturali, con la predisposizione e gestione di centri di accoglienza e con l'attività della stessa Commissione per le politiche di integrazione.

Quest'ultima, a sua volta, deve predisporre per il Governo, in vista della relazione parlamentare, lo stato di attuazione delle politiche per l'integrazione degli immigrati, nonché di formulare proposte di interventi di adeguamenti di tali politiche e di rispondere ai quesiti di volta in volta posti dal Governo in materia di politiche migratorie, interculturali, nonché relativi agli interventi contro il razzismo.

12. Considerazioni finali.

A conclusione di questo (sia pur sommario ed incompleto) *excursus* su di una legge di indubbio momento storico, meglio si può tentare di dare una risposta agli interrogativi posti in premessa, in ordine alla coerenza della normativa con i fini di regolamentazione del fenomeno immigratorio e di solidarietà sociale, che hanno ispirato i *conditores*.

Certo è da dire che a volte l'esigenza di regolamentare prevale su quella di carattere più schiettamente umanitario (basti pensare alla rigida disciplina dell'espulsione, all'altrettanto rigorosa individuazione delle tipologie di permesso di soggiorno, ecc). Tuttavia a noi pare che la disciplina degli aspetti di tutela dello straniero risulti infine prevalente.

Se lo straniero è regolarmente soggiornante (una locuzione che ritorna spesso, come abbiamo visto, nelle disposizioni che richiamano in maggior grado il diritto all'uguaglianza sociale degli immigrati), può fruire di una condizione di notevole salvaguardia delle proprie esigenze di vita, abitative, lavorative e di istruzione nell'ambito della comunità ospitante.

Ma se non lo fosse, nondimeno si attenua la tutela della persona umana nelle sue componenti fondamentali. E, dunque, il diritto ad un temporaneo alloggio in centri di accoglienza, a poter usufruire dei trattamenti sanitari urgenti ed al rispetto della propria *privacy*, attraverso l'esonero degli operatori sanitari dal comunicare alle competenti autorità l'ingresso degli stranieri "irregolari" nelle strutture sanitarie.

Cosa manca alla nuova legge?

A nostro avviso, una più incisiva tutela avverso gli episodi di discriminazione, al di là della sola azione civile (che spesso può rivelarsi di scarsa efficacia). Forse se l'atto od il comportamento discriminatorio venisse elevato al rango di reato, ne uscirebbe sicuramente amplificato l'aspetto deterrente.

Occorrerebbe, poi, equiparare coloro che non possono essere espulsi ai sensi dell'art. 17 (art. 19 del T.U.) agli stranieri regolarmente soggiornanti, rischiandosi altrimenti di sminuire alquanto i fini umanitari sottesi dalla norma in parola.

Andrebbe infine prevista una sorta di possibilità di "sanatoria" periodica – sia pure in presenza di requisiti rigorosissimi e nel rispetto delle politiche connesse alla determinazione dei flussi immigratori, magari riservando a tal scopo una quota anche minima di permessi di soggiorno disponibili -, che funga da premio per coloro che, pur avendo fatto ingresso in via irregolare, trovino tuttavia la possibilità di un regolare inserimento nel mondo del lavoro.

Ci rendiamo conto che tale ultima proposta può apparire, per così dire, una "provocazione". Ma così come lo era l'intero fenomeno immigratorio alla fine degli anni '80, così lo è attualmente la clandestinità oggi; e la clandestinità troppo spesso è uno stato di necessità non da reprimere *ipso facto*, ma da comprendere, vagliare caso per caso al di là delle (spesso sommarie, troppo spesso addirittura "farsesche") audizioni innanzi a commissioni quali quella per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ove il diniego viene fondato su motivazioni prestampate e preconcrete.

Ciò, con ogni probabilità, rappresenterebbe l'intervento più propriamente umanitario. La cui realizzazione appare difficile, ma non impossibile; ed il notevole salto in avanti, rappresentato dalla normativa di cui abbiamo illustrato i passi salienti, consente un certo ottimismo.

Mario Melillo
Avvocato in Roma