

**TRIBUNALE DI BARI**

**Sezione lavoro**

Il Giudice, dot.ssa Ernesta Tarantino,

scogliendo la riserva di cui al verbale di udienza dell'8/11/2010;

letti gli atti di causa e uditi i procuratori di parte ricorrente ;

**OSSERVA**

Con ricorso depositato il 20.9.2010 il ricorrente, [REDACTED], ha adito il Tribunale di Bari, in funzione di Giudice del lavoro, per sentir accogliere la richiesta di tutela cautelare invocata ai sensi dell'art. 700 c.p.c. nei confronti di [REDACTED] e, in particolare, per sentir :

"1)...sospendere in via cautelare l'archiviazione del procedimento di "regolarizzazione" disposto dalla Prefettura di Bari;

2) dichiarare costituito il contratto di soggiorno tra la sig.ra [REDACTED], il ricorrente e lo Sportello Unico Immigrazione, Prefettura – Utg di Bari e, comunque, dichiarare il diritto del ricorrente alla conclusione del procedimento amministrativo con o senza dichiarazione di costituzione del rapporto di lavoro tra il ricorrente e la resistente;

3) conseguentemente ordinare alla Questura di Bari di rilasciare idoneo permesso di soggiorno al ricorrente del tipo "per motivi di lavoro" in caso di dichiarazione di costituzione del rapporto di lavoro con la resistente ovvero, in mancanza, per attesa occupazione ;

4) in via subordinata dichiarare il diritto del ricorrente ad ottenere la completa regolarizzazione amministrativa di cui all'art. 1 c 7 L. 102/09 con riapertura della procedura amministrativa già archiviata"

5) in via ulteriormente subordinata, pur in mancanza della conclusione del procedimento amministrativo con assunzione del lavoratore, dichiarare il diritto dello stesso di ottenere un permesso di soggiorno per attesa occupazione da parte della Questura di Bari?"

A sostegno delle proprie richieste il ricorrente ha posto in luce i seguenti accadimenti.

Premesso di aver svolto dal febbraio 2009 alla fine di agosto 2010 le mansioni di collaboratore domestico alle dipendenze della sig.ra [REDACTED] in assenza di una formale regolarizzazione di tale rapporto di lavoro presso i competenti organi previdenziali ed

assistenziali, ha segnalato che in data 30.9.09, in occasione della promulgazione della legge 102/09 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1.7.09 n 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali), la datrice di lavoro [REDACTED] avanzava richiesta di regolarizzazione della sua condizione lavorativa (quale collaboratore domestico) ai sensi dell'art 1 ter della L. 102/09 : utilizzando a tali fini la procedura informatica ministeriale dichiarava l'esistenza di un rapporto di lavoro domestico con [REDACTED] e corrispondeva la somma di E 500,00, così come previsto dalla legge. Tuttavia, convocata per il 19.5.2010 presso lo Sportello Unico Immigrazione al fine di sottoscrivere il contratto di soggiorno ex art 5 bis D.Lgs 286/98, la [REDACTED] non si presentava, né, sollecitata dal predetto Ufficio ai sensi dell'art 10 bis l. 241/90, forniva osservazioni e documentazione rilevanti nel termine prescrittore di dieci giorni. Quindi, stante la reiterata assenza della datrice di lavoro, il successivo 22.7.2010 lo Sportello Unico Immigrazione di Bari archiviava (melius rigettava : cfr provvedimento versato in atti sb alleg. 4) la procedura di regolarizzazione del rapporto di lavoro irregolare di [REDACTED]. Il ricorrente ha aggiunto di esser venuto a conoscenza della archiviazione della procedura di regolarizzazione solo il 30.8.2010, al rientro dalle ferie, allorquando gli veniva notificato il decreto di espulsione dal territorio nazionale, emesso in pari data dalla Prefettura di Bari proprio a causa della citata archiviazione ; chiariva, al riguardo, di non aver avuto alcuna comunicazione da parte della sua datrice di lavoro (presso cui comunque aveva continuato a svolgere attività lavorativa sino la periodo di ferie) della data di convocazione (19.5.2010) presso lo Sportello Unico di Immigrazione al fine della stipula del contratto di soggiorno, evidenziando che la lettera di convocazione da parte dell'Ufficio viene inviata solo al datore di lavoro.

[REDACTED] ha quindi invocato il diritto ad una corretta assunzione o alla conclusione della procedura amministrativa di regolarizzazione : in definitiva ha chiesto, ai sensi dell'art. 2932 c.c., una pronuncia equipollente al contratto di soggiorno di cui al comma 7 dell'art 1 ter DL 78/09 convertito in L 102/09 (presupposto giuridico necessario per l'ottenimento del permesso di soggiorno), stante il mancato adempimento da parte della datrice di lavoro [REDACTED] all'obbligo di concludere in contratto di soggiorno, o, in subordine, una pronuncia che dichiari

il suo diritto di ottenere il completamento della procedura di regolarizzazione amministrativa di cui all'art 1 ter citato con eventuale riapertura della predetta .

Sotto il profilo del periculum in mora, ha dedotto che la irreparabilità del pregiudizio determinato dal provvedimento in data 22.7.2010 di archiviazione della procedura di emersione dal lavoro emesso a causa della mancata sottoscrizione del contratto di soggiorno va ravvisato nel fatto che egli, conseguentemente, è stato destinatario in data 30.8.2010 del decreto di espulsione dal territorio nazionale, il cui ordine - attualmente vigente - lo pone in una condizione di estrema precarietà, soggetto com'è a gravi responsabilità penali, nonché nella circostanza che non sono più sospesi nei suoi confronti i procedimenti penali e amministrativi per violazione delle norme relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale. Nondimeno, nel segnalare di aver comunque presentato opposizione al decreto di espulsione, ha sottolineato che, ove dovesse effettivamente rientrare nel proprio paese d'origine, verserebbe in un grave pericolo di vita, attese le note vicende di guerra terrorismo e carestia che tormentano quel paese.

Nonostante regolare notifica del ricorso, [REDACTED] non si è costituita in giudizio.

Il giudice si è riservato per la decisione.

**Il ricorso va accolto nei limiti che di seguito si vanno ad esporre.**

Ritiene questo Giudice preliminare rammentare che i presupposti richiesti dal legislatore per una delibazione ai sensi dell'art. 700 c.p.c sono il c.d. fumus boni iuris e il periculum in mora : la norma, infatti, presuppone, affinché possa essere emesso il provvedimento cautelare, non solo che risulti la verosimiglianza o la probabilità della fondatezza del diritto fatto valere ma anche che il diritto invocato sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile durante il tempo necessario a farlo valere in un giudizio ordinario, essendo volta la procedura ad impedire che la futura pronuncia del giudice possa risultare pregiudicata dal tempo necessario per ottenerla; occorre, cioè, la coesistenza dei citati presupposti, di talchè la carenza di uno dei due osta al rilascio del provvedimento invocato.



Orbene, quanto al fumus boni iuris, e, cioè, quanto al diritto invocato dal ricorrente di essere assunto dalla Burdi (mediante una pronuncia giudiziale che tenga il posto del contratto di soggiorno non concluso) o comunque di ottenere la conclusione del procedimento amministrativo e/o il completamento della procedura amministrativa di regolarizzazione della sua posizione lavorativa (con riapertura della stessa), è doveroso – **prima di affermarne la sussistenza** - richiamare la normativa applicabile al caso di specie e la lettura che della stessa è stata data in sede di circolari amministrative.

Si tratta dell'art 1 ter L. 102/2009. tale norma, intitolata "*dichiarazione di attività di assistenza e di sostegno alle famiglie*" attribuisce ai datori di lavoro - che, alla data del 30 giugno 2009 occupino irregolarmente alle proprie dipendenze, almeno da tre mesi, lavoratori italiani o cittadini di uno stato membro dell'unione europea o lavoratori extracomunitari - la possibilità di regolarizzare il rapporto di lavoro.

Per far ciò, il datore di lavoro dovrà, entro un determinato termine (dal 1 al 30 settembre 2009), presentare una dichiarazione di sussistenza del rapporto di lavoro, anche detta <di emersione>.

Tale dichiarazione dovrà essere inoltrata all'Inps se il lavoratore è italiano o è cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea mediante apposito modulo, mentre andrà indirizzata allo sportello Unico per l'Immigrazione di cui all'art 22 T U di cui al d.lgs 25.7.98 n 286, se il lavoratore è extracomunitario con il rispetto di determinate modalità informatiche.

In quest'ultimo caso – che qui ci interessa, atteso che ~~XXXXXXXXXX~~ è cittadino extracomunitario – la dichiarazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una serie di indicazioni: ad es. i dati identificativi del datore di lavoro; le generalità e nazionalità del lavoratore extracomunitario, i dati identificativi del passaporto o di altro documento valido per l'espatrio; l'indicazione della tipologia e delle modalità di impiego; l'attestazione – per le domande relative a lavoratori impiegati nel lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare – della disponibilità di un determinato reddito; l'assunzione dell'impegno a corrispondere una retribuzione minima (non inferiore a quella prevista nel contratto collettivo nazionale di riferimento..) e, nel caso di lavoro domestico, che l'orario di lavoro non sia inferiore a 20 ore settimanali; la proposta del contratto di soggiorno di cui all'art. 5 bis T U d.lgs 25.7.98 n 286, gli estremi della ricevuta di pagamento del contributo forfettario (art 1 ter c. 4).



Prima ancora di presentare la detta dichiarazione, infatti, il datore di lavoro è tenuto a pagare un contributo forfettario di 500 Euro per ciascun lavoratore (art 1 ter c. 3).

L'iter procedurale contempla un ulteriore stadio, rappresentato dalla verifica dell'ammissibilità di tale che dovrà essere compiuta dallo sportello unico dell'immigrazione e dall'acquisizione del parere della questura in merito alla insussistenza di motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno. (prima parte c. 7 citato art 1 ter)

Eseguiti tali incombeni, lo Sportello unico per l'immigrazione convoca le parti per la stipulazione del contratto di soggiorno e per la presentazione della richiesta del permesso di soggiorno, previa esibizione dell'avvenuto pagamento del contributo di cui al comma 3.

Il contratto di soggiorno è quello dettato all'art 5 bis d.Lgs 286/98 [ a mente del quale : < *il contratto di soggiorno per lavoro subordinato stipulato tra un datore di lavoro italiano... e un prestatore di lavoro, cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea o apolide, contiene : a) la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore....; b) l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel Paese di provenienza. Non costituisce titolo valido per il rilascio del permesso di soggiorno il contratto che non contenga le dichiarazioni di cui alle lettere a) e b) del comma 1. Il contratto di soggiorno per lavoro è sottoscritto in base a quanto previsto dall'art 22 presso lo sportello unico per l'immigrazione della provincia nella quale risiede o ha sede legale il datore di lavoro o dove avrà luogo la prestazione lavorativa ...>] ed è lo strumento che prelude al rilascio del permesso di soggiorno . all'art 5 c. 3 bis D Lga 286/98 si legge infatti che "il permesso di soggiorno per motivi di lavoro è rilasciato a seguito della stipula del contratto di soggiorno di cui all'art 5 bis ....la dura del relativo permesso di soggiorno per lavoro è quella prevista dal contratto di soggiorno..".*

Orbene, la normativa di cui all'art 1 ter L. 102/09 ha previsto che nell'ipotesi in cui, convocate le parti per la stipula del contratto di soggiorno, queste non si presentino senza giustificato motivo, il procedimento di regolarizzazione debba essere archiviato. (ultima parte c. 7 art 1 ter)

L'archiviazione del procedimento o il rigetto della dichiarazione (o la mancata presentazione della dichiarazione nel termine prescritto dalla legge) comporta la cessazione della sospensione di cui al comma 8 dell'art 1 ter : trattasi della sospensione dei procedimenti penali e amministrativi nei

confronti del datore di lavoro e del lavoratore per violazione delle norme relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale..e all'impiego di lavoratori.

La legge prevede anche che, nelle more della definizione del procedimento di emersione, lo straniero non possa essere espulso (tranne che in alcune specifiche ipotesi) e che, una volta che sia stato sottoscritto il contratto di soggiorno e vi sia stato il rilascio del permesso di soggiorno, si determini l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi relativi alle violazioni di cui al comma 8.

In definitiva , la legge – in particolare la norma di cui all'art 1 ter l. 102/09 - si è occupata espressamente del solo caso in cui, convocate le parti, manchi "la presentazione di entrambe le parti senza giustificato motivo".

Nulla invece ha detto circa la situazione in cui sia solo una delle parti a non presentarsi o quella in cui una delle parti non sappia della convocazione.

Sono state poi due circolari del Ministero dell'Interno a fornire chiarimenti in ordine al verificarsi di queste situazioni.

Dapprima la circolare 6466 del 29.10.09 ha affrontato il caso in cui il datore di lavoro che ha presentato la dichiarazione di emersione voglia, successivamente all'istanza, rinunciare all'istanza ed ha chiarito che "il datore di lavoro è tenuto a completare la procedura di emersione, perfezionando la volontà di pervenire alla regolarizzazione del lavoratore extracomunitario occupato alle sue dipendenze , manifestata con il versamento del contributo forfettario di 500 euro e con la presentazione della dichiarazione di emersione, firmando presso lo Sportello Unico competente il contratto di soggiorno contestualmente al lavoratore extracomunitario ..... Solo dopo aver perfezionato quanto sopra, il datore di lavoro potrà eventualmente porre fine al rapporto di lavoro...Pertanto la rinuncia alla dichiarazione di emersione , intervenuta nel corso della procedura, comporterà l'archiviazione del procedimento di emersione e la cessazione della sospensione dei procedimenti sanzionatori prevista dall'art 1 ter c 8 e 9 l. 102/09. In tal caso, comunque, il datore di lavoro dovrà essere convocato affinché tale rinuncia venga formalizzata, con le conseguenze sanzionatorie previste dalle norme vigenti...".

Poi, di seguito, la circolare 7950 del 7.12.2010 ha preso in esame *la situazione in cui vi sia un'interruzione del rapporto di lavoro al di fuori delle ipotesi previste dalla circolare n 6466*

(id est rinuncia da parte del datore di lavoro) avvenute prima della conclusione della procedura presso lo Sportello.

Ha precisato che "anche in tali ipotesi il datore di lavoro, che ha presentato la domanda di emersione, dovrà essere convocato insieme al lavoratore presso codesti Sportelli Unici, al fine di formalizzare la rinuncia al rapporto di lavoro, specificando i motivi che hanno causato l'interruzione dello stesso rapporto, e sottoscrivere comunque - contestualmente al lavoratore straniero - il contratto di soggiorno per il periodo relativo all'effettivo impiego del lavoratore. Solo a seguito di tale adempimento, si perfezionerà la conseguente estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi prevista dalla norma.....

Nel corpo delle circolari si aggiunge che il datore di lavoro dovrà provvedere al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali all'Inps, a favore del lavoratore straniero per l'intero periodo di effettiva durata del rapporto di lavoro.

Ai lavoratori interessati sarà consentito, quindi, richiedere il rilascio di un permesso di soggiorno per attesa occupazione.

Ancora, si precisa che, *nel caso in cui, a seguito della convocazione, soltanto il datore di lavoro si rechi regolarmente presso codesti Sportelli Unici, questi dovrà confermare di avere assolto all'obbligo di informare il lavoratore sulla necessità di presentarsi alla convocazione presso lo Sportello Unico per completare la procedura di emersione*, fornendo indicazioni sui motivi della mancata presentazione, qualora ne abbia notizia. In tale ipotesi, si procederà per il datore di lavoro agli adempimenti sopra descritti (sottoscrizione del contratto di soggiorno, assunzione del lavoratore e cessazione del rapporto di lavoro) con conseguente estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi. “

**Orbene da tale excursus normativo, indispensabile per la comprensione degli odierni fatti di causa, è dato desumere in maniera certa i seguenti dati.**

Il primo.

Lo Sportello Unico per l'Immigrazione - dopo la presentazione da parte del datore di lavoro della dichiarazione di sussistenza del rapporto di lavoro ai sensi dell'art 1 ter l. 102/09, e una volta superato il vaglio dell'ammissibilità della dichiarazione stessa ed acquisito il parere della questura circa l'insussistenza di motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario (cfr c. 7 prima parte) - convoca le parti perché sia stipulato il contratto di

soggiorno, e lo fa avvisando il datore di lavoro della data in cui dovrà, insieme al lavoratore, comparire dinanzi allo Sportello Unico. **La lettera di convocazione, cioè, viene inviata solo al datore di lavoro, il quale, a sua volta, deve avvisare il lavoratore del giorno fissato per la convocazione.**

Che questa sia la procedura, è desumibile dal fatto che è il datore di lavoro a presentare, utilizzando un modulo informatico, la domanda di emersione (e, quindi, l'interlocutore diretto dell'ente è il datore di lavoro), nonché dal rilievo che in detta domanda "informatica" (per così dire, standard) devono essere contenuti "i dati identificativi del datore di lavoro" (cfr lett a) c. 4 art 1 ter) e "l'indicazione delle generalità e della nazionalità del lavoratore extracomunitario" (cfr lett. b) c. 4 art 1 ter), ovverosia per il primo, oltre alle generalità, anche tutto ciò che serva per reperirlo, quale ad esempio residenza e indirizzo, e per il secondo solo generalità e nazionalità.

Peraltro, sul punto dissipa ogni dubbio la circolare n 7950 del 7.12.2009 laddove, occupandosi del caso in cui si rechi presso lo Sportello Unico Immigrazione soltanto il datore di lavoro, chiarisce che è obbligo del datore di lavoro informare e avvisare il lavoratore della data di convocazione presso lo Sportello. Si legge " *...questi dovrà confermare di aver assolto all'obbligo di informare il lavoratore sulla necessità di presentarsi alla convocazione presso lo Sportello Unico per completare la procedura di emersione...* " .

Tanto detto equivale a dire che a fronte dell'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore della convocazione presso lo Sportello Unico, vi è il diritto del lavoratore di venire a conoscenza di tale data e di esserne perciò avvisato.

#### Il secondo.

La procedura di emersione di cui all'art 1 ter L. 102/09 involge la posizione irregolare di due soggetti, da un lato il datore di lavoro, dall'altro il lavoratore, e garantisce, nel periodo in cui si svolge, la sospensione dei procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore per le violazioni delle norme relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale e relative all'impiego dei lavoratori (cfr c. 8 art 1 ter : "*dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino alla conclusione del procedimento di cui al presente articolo, sono sospesi tutti i procedimenti penali e amministrativi...*"), procedimenti che rivivranno in caso di rigetto o di archiviazione della procedura o di mancata presentazione della dichiarazione di emersione. Nel

periodo in cui vige la procedura vi è anche il divieto di espellere lo straniero (cfr c. 10 art 1 ter), mentre l'estinzione dei reati e degli illeciti di cui alla legge 102/09 discenderà solo dal completamento della procedura di regolarizzazione attraverso la sottoscrizione del contratto di soggiorno, la comunicazione all'Inps e il rilascio del permesso di soggiorno (cfr c. 11 art 1 ter)..

Tanto comporta che la partecipazione di entrambe le parti alla procedura detta sia indispensabile e, soprattutto, che chiare e, ove necessarie, distinte, appaiano le posizioni del datore di lavoro e del lavoratore, attese le non indifferenti implicazioni che tale procedura riversa su entrambi i protagonisti.

Ma tanto comporta, soprattutto, che la procedura di regolarizzazione debba essere completata : vi è un diritto delle parti a veder comunque completata la procedura iniziata con la presentazione della dichiarazione di emersione, fatto salvo il verificarsi di ogni peculiare evento diverso dalla prosecuzione del rapporto di lavoro

Si spiega così che il legislatore abbia voluto prevedere l'archiviazione della procedura (con tutto ciò - come già detto - che ne consegue) per la sola ipotesi in cui nessuna delle due parti si presenti alla convocazione senza preoccuparsi di darne giustificato motivo (cfr ultima parte c. 7 art 1 ter) : in tal caso è manifesto il disinteresse di entrambe le parti alla conclusione della procedura..

Si spiega, così, che il Ministero dell'Interno, in sede di circolari, abbia preso in esame le posizioni di ciascuna delle parti anche alla luce del comportamento tenuto dall'altra parte.

Ha detto, infatti, se il datore di lavoro, dopo aver presentato la domanda, voglia rinunciare all'istanza , sarà comunque tenuto a completare la procedura di emersione, perfezionando la volontà di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario (già manifestata con la presentazione della domanda e con il pagamento del contributo) firmando presso lo sportello il contratto di soggiorno contestualmente al lavoratore extracomunitario in relazione e per il periodo di effettivo impiego del lavoratore.

Solo dopo aver perfezionato tali adempimenti, il datore di lavoro potrà porre fine al rapporto di lavoro; la rinuncia alla dichiarazione di emersione - che comporterà l'archiviazione del procedimento con la cessazione della sospensione dei procedimenti sanzionatori - dovrà essere formalizzata dal datore, il quale dovrà versare i contributi a favore del lavoratore , mentre quest'ultimo potrà chiedere il rilascio di un permesso di soggiorno per attesa occupazione.

In altri termini, una volta che il datore di lavoro ha deciso di presentare la domanda di sussistenza di un rapporto di lavoro con un extracomunitario ad esempio, dovrà sempre - anche quando decida di rinunciare all'istanza - garantire al lavoratore la stipula del contratto di soggiorno almeno per quella parte di rapporto di lavoro che il datore di lavoro ha già dichiarato sussistere nel corpo della dichiarazione. In tal modo cadranno sul datore di lavoro le conseguenze della archiviazione della procedura (cfr cessazione della sospensione dei procedimenti) mentre il lavoratore potrà, almeno per quel periodo pregresso, chiedere il rilascio del permesso di soggiorno: la sua posizione irregolare, almeno per quel segmento, sarà in qualche modo sanata. Si spiega così che il Ministero abbia affrontato anche l'ipotesi in cui si interrompa il rapporto di lavoro anche per motivi dovorsi dalla rinuncia all'istanza di emersione da parte del datore di lavoro. Anche in questo caso, specificati i motivi che hanno causato l'interruzione, deve essere sottoscritto comunque il contratto di soggiorno dal datore di lavoro e dal lavoratore per il periodo relativo all'effettivo impiego del lavoratore, e solo a seguito di tale adempimento si avrà la conseguente estinzione dei reati e degli illeciti.

Si spiega che il Ministero abbia previsto anche la situazione in cui il datore di lavoro si presenti il giorno della convocazione presso lo sportello unico e altrettanto non faccia il lavoratore: in tal caso per il datore di lavoro, sul quale incomberà l'onere di dimostrare di aver avvisato della convocazione il lavoratore, si procederà agli adempimenti detti (ovverossia sottoscrizione del contratto di soggiorno, assunzione del lavoratore e cessazione del rapporto di lavoro) con conseguente estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi.

**Orbene, sulla premessa che quelli sin qui detti siano i punti fermi della procedura di regolarizzazione in esame, si tratta di farne concreta applicazione al caso in oggetto.**

Effettivamente, nel caso in esame non risulta che [redacted] sia stato avvertito da [redacted] della data - il 19.5.2010 - fissata dall'ufficio Sportelli Immigrazione per la stipula del contratto di soggiorno e per il rilascio del permesso di soggiorno.

La documentazione versata al fascicolo dà contezza solo del fatto che la [redacted] (che aveva presentato domanda di regolarizzazione della posizione lavorativa di [redacted] versando il contributo di Euro 500,00) sia stata regolarmente convocata dallo Sportello Unico per l'Immigrazione per il giorno 19 maggio 2010 e che, in considerazione della sua assenza (e di quella del lavoratore), sia stata anche, ma invano, sollecitata a rendere osservazioni al riguardo.

Depongono in tal senso la lettera datata 30.3.2010 avente ad oggetto "la convocazione per istanza di emersione di lavoro irregolare di cittadino extracomunitario ex L. 102/09" con cui l'ufficio invitava la ██████ a presentarsi il 19.5.2010 *accompagnata* dal lavoratore ██████ nonché la lettera datata 7.6.2010 con cui si informava la ██████ che la istanza di emersione non poteva essere accolta perché, convocata, non si presentava senza produrre comunicazione giustificativa e con cui, comunque, le si concede la possibilità di fornire osservazioni.

A fronte di tanto, e in presenza di una espressa doglianza con cui il lavoratore ██████ ha lamentato di non saper nulla di quella convocazione, in atti non vi è alcunché che consenta al contrario di dire che ██████, invece, abbia informato l'extracomunitario della fissazione della giornata del 19 maggio 2010 in cui procedere alla stipula del contratto di soggiorno (con tutte le relative conseguenze).

Peraltro, il comportamento processuale della ██████ - che non ha inteso costituirsi nella presente procedura d'urgenza - rende tale denunciata circostanza incontestata.

Quindi, sia pure nei limiti della sommarietà della cognizione di tale procedura d'urgente, è provato che ██████ non ha assolto all'obbligo di avvisare il lavoratore con conseguente violazione delle prerogative e diritti di quest'ultimo.

E' dato incontrovertibile che la procedura di regolarizzazione sia stata archiviata (melius rigettata la domanda di emersione) senza che una delle parti - il lavoratore - fosse a conoscenza della convocazione presso lo Sportello.

Non può dirsi allora vi sia stata una scelta libera e consapevole di ██████, di modo che non possono gravare su di lui, sic et simpliciter, le conseguenze della archiviazione e/o rigetto della procedura (cessazione della sospensione dei procedimenti amministrativi e penali, cessazione del divieto di espulsione).

Gli atti al vaglio del Giudice consentono, inoltre, di acclarare che il datore di lavoro che, oltre a non aver avvisato il cittadino extracomunitario, non ha completato - come impostogli dalla legge e dalle circolari proprio a tutela delle ragioni del lavoratore - la procedura amministrativa mediante la sottoscrizione del contratto di soggiorno almeno per il periodo di effettivo impiego, impedendo, così facendo, che ad ██████ fosse rilasciato, almeno, il permesso di soggiorno per attesa occupazione.

In definitiva, ritiene il Giudice che, poiché irrinunciabile è l'interesse del lavoratore a vedersi riconoscere le forme di regolarizzazione lavorativa e di permanenza sul territorio

italiano, innegabile il diritto a conoscere della data fissata per la stipula del contratto di soggiorno; includibile il diritto a veder completata la procedura amministrativa di regolarizzazione mediante la stipula del detto contratto, sussista nel caso di specie il c.d. *fumus boni iuris*

La disamina delle conseguenze che, in astratto, scaturiscono dal rigetto o dall'archiviazione di una qualsivoglia procedura di emersione e di quelle che, in concreto, interessano il ricorrente (cfr decreto di espulsione emesso nei suoi confronti dalla Prefettura di Bari il 30.8.2010) pone in luce e rende più che palese l'irreparabilità del pregiudizio su di lui incombente, sicchè vi sono i requisiti per ritenere sussistente il c.d. periculum in mora.

Tenuto conto di quanto sin qui esposto, non può, tuttavia, ignorarsi che ciò che, in buona sostanza, in prima battuta [redacted] chiede a questo Giudice è una pronuncia costitutiva ex art 2932 cc., una pronuncia che tenga luogo del contratto di soggiorno per lavoro subordinato ex art 5 bis D.Lgs 286/98 (cfr .."sospendere in via cautelare l'archiviazione del procedimento di regolarizzazione disposto dalla prefettura di Bari...e dichiarare costituito il contratto di soggiorno tra la [redacted] e il ricorrente.").

Ma, è pacifico che una pronuncia di tal fatta non sia ammissibile in questa sede cautelare.

Ed invero, secondo l'orientamento di questa sezione (cfr ordinanza collegiale del 9.6.08). < la tutela d'urgenza deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti perfetti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al Giudice, posto che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito; quindi le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotto con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art 700 cpc presuppone l'attualità del diritto cautelando; così, Trib. Lav. Torino 21.7.03 secondo cui "il ricorso al provvedimento d'urgenza ex art 700 cpc, al fine di far dichiarare la parte obbligata a concludere un contratto ai sensi dell'art 2932 c.c. non è ammissibile per la natura strumentale ed anticipatoria del provvedimento stesso. Ed invero, il provvedimento d'urgenza mira alla provvisoria realizzazione di una situazione giuridica perfetta preesistente alla pronuncia del giudice, con la naturale conseguenza che le sentenze costitutive non sono

suscettibili di tutela urgente ai sensi dell'art 700 cpc in quanto lo stesso provvedimento produrrebbe la costituzione del rapporto giuridico che invece spetta alla sentenza di merito.

Deve aggiungersi - sulla premessa che l'obbligo del datore di lavoro di assunzione non è suscettibile di esecuzione in forma specifica a norma dell'art 2932 cc nel caso in cui non siano determinati tutti gli elementi del contratto da concludere (qualifica, mansioni, retribuzione, orario) che sono il frutto necessariamente di una libera contrattazione tra le parti - che, nel caso di specie, l'obbligo della ██████ di sottoscrivere il contratto di soggiorno di cui all'art 5 bis d.lgs 286/98 non è affatto suscettibile di esecuzione in forma specifica atteso il peculiare contenuto che detto contratto deve avere. La norma è chiara infatti nel dire che il contratto deve contenere la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore, e l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel paese di origine. Trattasi cioè di dichiarazioni (nella cui assenza, peraltro, <il contratto non sarà titolo valido per il rilascio del permesso di soggiorno.>) che non possono che essere rimesse alla volontà espressa del datore.

Peraltro, si è già detto che, sebbene il datore di lavoro sia obbligato a completare la procedura di regolarizzazione, è libero - ove voglia rinunciare alla istanza o alla prosecuzione del rapporto di lavoro - di porre fine al rapporto di lavoro, sicchè egli dovrà solo sottoscrivere un contratto di soggiorno limitatamente al periodo relativo di effettivo impiego. In tal caso metterà il lavoratore nelle condizioni di ottenere il rilascio del permesso di soggiorno solo per attesa occupazione. Trattasi di una scelta non coercibile.

Tenuto conto di ciò, va escluso che in questa sede si possa provvedere all'emissione di una pronuncia avente regime giuridico e efficacia di una pronuncia costitutiva, che dichiari cioè costituito il contratto di soggiorno tra ██████.

E, però, la situazione in cui versa ██████ è degna di immediata protezione attesi i risvolti che la definizione della procedura di emersione hanno sulla sua persona (la pendenza di un ordine di espulsione dal territorio nazionale e cessazione della sospensione dei procedimenti penali e amministrativi eventualmente a suo carico in relazione alla violazione delle norme sull'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato italiano).

Ed allora, deve darsi seguito alla domanda pure avanzata dal ricorrente di "ottenete la completa regolarizzazione amministrativa di cui all'art 1 ter c. 7 con riapertura della procedura archiviata". Quindi, previa sospensione dell'efficacia del provvedimento del 22.7.2010 dello Sportello Unico

per l'Immigrazione di Bari di rigetto della dichiarazione di emersione dal lavoro irregolare presentata da [REDACTED] in data 30.9.09 in favore di [REDACTED], deve ordinarsi al datore di lavoro [REDACTED] di porre in essere tutto quanto necessario, ai sensi dell'art 1 ter, per completare in maniera regolare la procedura di regolarizzazione del rapporto di lavoro di [REDACTED] avviata con la presentazione della dichiarazione del 30.9.09, e di adoperarsi efficacemente perché siano compiute tutte le attività richieste dal comma 7 della norma detta e dalle circolari ministeriali al fine della stipula del contratto di soggiorno (convocazione dinanzi allo Sportello del cittadino extracomunitario con eventuale previa richiesta di apposita data, essendo già trascorsa invano quella fissata del 19.5.2010, sottoscrizione del contratto di soggiorno).

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte e nei limiti delle stesse il ricorso va accolto, e va dichiarato il diritto di [REDACTED] di ottenere la completa regolarizzazione amministrativa di cui all'art 1 ter l. 102/09 in relazione alla procedura avviata da [REDACTED] con la presentazione della dichiarazione di emersione di lavoro irregolare in data 30.9.2010.

Nulla va disposto sulle spese, data la contumacia di [REDACTED]

P.Q.M.

Accoglie il ricorso e – previa sospensione dell'efficacia del provvedimento del 22.7.2010 dello Sportello Unico per l'Immigrazione di Bari di rigetto della dichiarazione di emersione dal lavoro irregolare presentata da [REDACTED] in data 30.9.09 in favore di [REDACTED] - dichiara il diritto di [REDACTED] ad ottenere il completamento della procedura di regolarizzazione del suo rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 1 ter l. 102/09.

Ordina al datore di lavoro di adoperarsi perché, secondo le indicazioni di cui in parte motiva, siano compiute tutte le attività a tal fine necessarie previste dal comma 7 art 1 ter, così come letto anche alla luce delle circolari del Ministero dell'Interno n 6466 del 29.10.09 e 7950 del 7.12.2009.

Nulla per le spese

Si comunichi.

Bari, 15.11.2010

Il Giudice del Lavoro  
dr.ssa Ernesta Tarantino  
*Ernesta Tarantino*

DEPOSITO IN CASCELLETTA  
1-5 NOV: 2010  
(Dessa Maria Tullio Novosadjan)