

Matricola n. 0000726888

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

**IL DIRITTO AL LAVORO
DELLO STRANIERO**

Tesi di laurea in DIRITTI FONDAMENTALI

Relatore

Prof. Luca Mezzetti

Presentata da

Matilde Concetti

**Sessione Unica
Anno Accademico 2018/2019**

Indice

Introduzione	5
I La figura dello straniero	8
1.1 La segmentazione dello status di straniero	8
1.1.1 <i>Segue</i> : Lo status di migrante	14
1.2 La condizione giuridica dello straniero	18
1.2.1 Nell'ordinamento internazionale	19
1.2.2 Nell'ordinamento nazionale: la condizione di reciprocità	29
1.2.3 <i>Segue</i> : lo status dello straniero oltre l'art. 10 Cost.	33
1.3 Profili generali della evoluzione legislativa delle politiche migratorie	41
1.3.1 Quadro giuridico europeo	41
1.3.2 La percezione del fenomeno migratorio nel contesto nazionale	48
1.3.3 Quadro giuridico italiano	51

II Le garanzie previste a favore del lavoratore migrante	61
2.1 Il lavoratore migrante nella Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari	61
2.2 Le Convenzioni OIL ed i <i>core labour standards</i>	65
2.3 Le Convenzioni del Consiglio d'Europa in materia di migrazioni economiche	70
2.4 La libertà di circolazione dei lavoratori nel diritto dell'Unione europea	73
2.5 <i>Segue</i> : La libertà di circolazione dei lavoratori dei Paesi terzi	79
2.6 Il diritto al lavoro riconosciuto allo straniero nella Costituzione italiana	84
III La normativa italiana in materia di accesso al mercato del lavoro da parte del prestatore straniero	92
3.1 Il mercato del lavoro italiano in relazione all'immigrazione	92
3.2 La programmazione dei flussi di ingresso. Il decreto flussi	97
3.3 Le procedure d'ingresso degli stranieri in Italia per motivi di lavoro. Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo	101

3.4 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato	105
3.4.1 <i>Segue</i> : Il contratto di soggiorno e l'accordo di integrazione	111
3.5 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro stagionale	119
3.6 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo	123
IV Il lavoro sommerso degli stranieri	127
4.1 Il fenomeno del lavoro sommerso	127
4.2 Il rapporto tra immigrazione e lavoro sommerso. Il sistema del caporalato	131
4.3 La Direttiva 2009/52/CE	134
4.4 Il decreto legislativo n. 109 del 2012	143
4.5 Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro	149
Conclusioni	156
Bibliografia e sitografia	160

Introduzione

La questione del fenomeno migratorio è divenuta negli anni recenti un tema politico scottante: più di una legislatura vi ha prestato la propria attenzione con l'intento di regolare il flusso di ingressi massiccio, ponendosi in un'ottica emergenziale e securitaria, ignorando la strutturalità del fenomeno.

Si rileva infatti che le istituzioni politiche, colte impreparate dall'inversione di tendenza dei flussi migratori, verificatasi a cavallo tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso, hanno adottato un approccio di stampo restrittivo degli ingressi che, invece di contrastarla, ha finito per favorire l'immigrazione irregolare. Così facendo inoltre, sono stati, e sono tuttora, messi a rischio i diritti fondamentali riconosciuti allo straniero in base agli artt. 2, 3 e 10, comma secondo, della Costituzione.

Obiettivo del lavoro svolto è quello di analizzare la condizione giuridica dello straniero in Italia e, in particolare, l'esercizio del diritto al lavoro a questi riservato e delle garanzie connesse. In relazione al diritto al lavoro, si pongono in rilievo alcuni aspetti critici della disciplina dell'ingresso e del soggiorno sul territorio nazionale per motivi lavorativi, soggetta negli anni a frequenti modifiche, a partire dall'emanazione del Testo Unico nel 1998, alla legge Bossi-Fini del 2002, fino alla recente legge di conversione del dibattuto Decreto Salvini. Date le caratteristiche transnazionali del fenomeno migratorio e dato il maggior peso che il fenomeno della globalizzazione ha assunto, ho ritenuto essenziale impostare l'elaborato in modo tale da poter illustrare la disciplina internazionale ed europea ove fosse necessario. È pacifico, infatti, che l'analisi dei livelli

ordinamentali sovranazionali sia imprescindibile ai fini di una disamina completa della normativa in materia di migrazioni economiche.

Il punto di partenza della trattazione è costituito da un inquadramento generale della figura dello straniero, comprensivo della segmentazione degli status che questi può assumere e la loro regolamentazione. Nel primo capitolo, inoltre, sono tracciate le linee generali dell'evoluzione legislativa, sia europea che italiana, delle politiche migratorie, e sono messi in evidenza i punti focali delle stesse, poi approfonditi nel prosieguo dell'esposizione.

Nel secondo capitolo viene introdotta la figura del lavoratore migrante e delle garanzie a questi riservate per l'operare del principio di parità di trattamento. Tali concetti vengono esaminati alla luce delle varie Convenzioni internazionali a ciò dedicate, quali: la Convenzione ONU del lavoratore migrante 1990, le Convenzioni OIL e del Consiglio d'Europa. In seguito, viene esaminata la libertà di circolazione dei lavoratori garantita all'interno dell'Unione europea e la differente disciplina applicabile ai cittadini europei ed ai cittadini provenienti dai Paesi terzi. Da ultimo, viene presa in considerazione la disciplina costituzionale italiana del diritto al lavoro assicurato al prestatore straniero.

Il terzo capitolo descrive il rapporto tra il mercato del lavoro italiano e gli immigrati, soffermandosi poi sull'intricato iter procedimentale necessario allo scopo di entrare e soggiornare regolarmente in Italia per motivi lavorativi; esso è articolato diversamente in base alla tipologia di permesso di soggiorno che si vuole ottenere, purché le quote di ingresso rientrino in quelle stabilite dal decreto flussi emanato annualmente.

Infine, nel quarto capitolo viene presentato il fenomeno del lavoro sommerso e le sue strette implicazioni con l'immigrazione, anche per quanto riguarda il sistema del caporalato. In conclusione, sono delineate le misure di contrasto e di emersione del lavoro sommerso apportate nel nostro ordinamento a seguito del

recepimento della Direttiva 2009/52/CE con il d. lgs. 109/2012 e le recenti modifiche normative del reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo.

I La figura dello straniero

1.1 La segmentazione dello status di straniero. - 1.1.1 *Segue: Lo status di migrante.* - 1.2 La condizione giuridica dello straniero. - 1.2.1 Nell'ordinamento internazionale. - 1.2.2 Nell'ordinamento nazionale: la condizione di reciprocità. - 1.2.3 *Segue: Lo status dello straniero oltre l'art. 10 Cost.* - 1.3 Profili generali dell'evoluzione legislativa delle politiche migratorie. - 1.3.1 Il quadro giuridico europeo. - 1.3.2 La percezione del fenomeno migratorio nel contesto nazionale. - 1.3.3 Il quadro giuridico italiano.

1.1 La segmentazione dello status di straniero

Per inquadrare la figura dello straniero sul piano prettamente giuridico è utile richiamare i vari status che questi può assumere, ognuno dei quali si caratterizza per determinate particolarità della relativa disciplina giuridica¹.

Una prima nozione di straniero, di stampo formale e assai minimale, può essere ricavata in negativo o per esclusione rispetto ai marcatori di appartenenza che il diritto stesso fissa; per cui si reputa straniero colui che, in base alle leggi di un determinato Stato, non è considerato cittadino dello stesso².

L'ordinamento giuridico italiano si avvale della dimensione negativa per identificare come straniero quel soggetto che non ha con l'Italia un rapporto giuridico e politico di appartenenza, sia egli un soggetto in possesso della cittadinanza di un altro Stato, o un soggetto che non abbia alcuna cittadinanza (c.d. apolide). Invece non è considerato straniero colui che abbia la doppia cittadinanza, compresa l'italiana³.

¹ GESTRIM., *La cittadinanza e gli stranieri*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padova, 2012, p.45.

² NASCIBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1984, p.8.

³ Op. ult. cit. e D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1992, p.114 e ss.

È evidente che ciascun individuo assuma la posizione di "straniero" non solo quando si trova all'estero, cioè oltre i confini del proprio Stato di cittadinanza, e si relaziona con lo Stato ospite, ma anche nel caso in cui, all'interno del proprio Stato, venga a contatto con le rappresentanze diplomatiche o consolari di altro Stato; dunque non si riscontra - o si dovrebbe riscontrare – “alcunché di deteriore in tale statuto”⁴.

Una prima categoria di stranieri è costituita da coloro che beneficiano del regime giuridico specifico di protezione internazionale, che si articola nelle due forme di status di rifugiato e di protezione sussidiaria.

Quanto alla prima, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del Protocollo relativo allo status di rifugiati adottato a New York il 31 gennaio 1967⁵, un rifugiato viene definito come “Un individuo che temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le opinioni politiche, si trova fuori dal Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che non avendo una cittadinanza e trovandosi al di fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di siffatti avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per timore di cui sopra”⁶.

“Per atti di persecuzione si intendono atti di violenza fisica o psichica, inclusa la violenza sessuale; atti diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia;

⁴ In questo senso si esprime GESTRI M., *La cittadinanza e gli stranieri*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.26.

⁵ I cui testi sono reperibili al sito www.unhcr.it (ultimo accesso 24/06/2019). Inoltre si sottolinea che sia la Convenzione che il Protocollo sono richiamati dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a conferma dell'importanza che il diritto di asilo riveste a livello nazionale, comunitario e internazionale.

⁶ Convenzione sullo status dei rifugiati, Ginevra, 28 luglio 1951, Cap. 1, Art. 1, lett. A), comma 2, rubricato “Definizione del termine di 'rifugiato’”.

provvedimenti giudiziari, amministrativi o di polizia discriminatori o sproporzionati; sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini di guerra o contro l'umanità⁷. Si ritiene essenziale comunque, ai fini del riconoscimento di tale status, riuscire a provare almeno un fondato timore di essere perseguitato.

Si precisa che una persona in attesa della ratificazione del suo status di rifugiato viene definito richiedente asilo. Fino alla decisione definitiva delle autorità competenti di quel Paese (in Italia è la Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato), la persona ha diritto di soggiornare regolarmente nel Paese, anche se è arrivato senza documenti d'identità o in maniera irregolare⁸.

Le norme contenute nella Convenzione suddetta rimangono il principale standard internazionale con cui viene vagliata qualsiasi richiesta di protezione e di trattamento dei rifugiati. Segnatamente, il principio di *non-refoulement* (letteralmente, non respingimento) ex art. 33, comma primo, della Convenzione, sancisce che deve essere garantito al rifugiato il non-refoulement, ovvero che egli non può essere espulso o respinto, in qualsiasi modo, verso i confini di territori dove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate per i motivi di cui all'art. 1. Gli Stati hanno la responsabilità primaria di fornire questa

⁷ GUERRIERI F., *Asilo politico, protezione sussidiaria e permessi speciali: dati e differenze*, 30/11/2018, aggiornato e rivisto da Colombo F., <https://www.lenius.it/asilo-politico-protezione-sussidiaria-umanitaria-quali-le-differenze/> (ultimo accesso: 26/03/2019).

⁸ Per un'analisi più dettagliata della disciplina si rimanda a MORANDI N. e BONETTI P., *Lo status di rifugiato – Scheda Asgi*, aggiornata al 05/02/2013, http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2014/04/1_013_scheda_rifugiato_asgidocumenti.pdf, (ultimo accesso 10/04/2019).

protezione a quei soggetti che potenzialmente potrebbero ottenere lo status di rifugiato⁹.

Le norme italiane che disciplinano l'attribuzione della qualifica di rifugiato si trovano nel d.lgs. 251/2007 e nel d.lgs. 25/2008. L'ordinamento costituzionale italiano, infatti, riconosce all'art. 10, comma 3, Cost., il "diritto d'asilo" nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge a favore dello straniero "al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana". Tale disposizione è ritenuta norma immediatamente precettiva e costitutiva di un diritto soggettivo perfetto all'ingresso e al soggiorno nel territorio italiano (almeno al fine della presentazione della richiesta d'asilo). Inoltre, diversamente dalla Convenzione di Ginevra, non risulta necessario dimostrare la concreta persecuzione nello Stato di appartenenza, bensì è sufficiente l'oggettiva impossibilità di esercitare le libertà democratiche garantite in Italia nel Paese di provenienza¹⁰.

Dal riconoscimento dello status di rifugiato o persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, ma anche durante il periodo di attesa di riconoscimento, derivano una serie di diritti che rendono tale categoria di soggetti privilegiata rispetto agli altri stranieri, poiché godono di un livello rafforzato di tutela. In particolare viene loro concesso di svolgere attività lavorativa sia autonoma che subordinata, usufruire del servizio sanitario nazionale e delle prestazioni assistenziali dell'Inps, avere accesso allo studio ed ottenere un titolo di viaggio equipollente al passaporto, così come richiedere l'ingresso in Italia dei propri familiari senza dover dimostrare i requisiti di alloggio e di reddito richiesti per i titolari di altri tipi di permesso di soggiorno; infine, solo per i titolari di asilo

⁹ In merito all'applicazione di tale principio, cfr. Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri vs Italia*, Grande Chambre, 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09.

¹⁰ AA.VV., *Il diritto dell'immigrazione. Guida aggiornata alla legge n. 46/2017 "Decreto Minniti-Orlando"*, G. Giappichelli Editore, Milano, 2017, p.101 e ss.

politico, i tempi per ottenere la cittadinanza italiana sono ridotti alla metà, essendo necessari cinque anni anziché dieci¹¹.

Un ambito di tutela più ampio rispetto a quello definito dall'applicazione della Convenzione di Ginevra è riconosciuto agli stranieri che rientrano nello status di protezione sussidiaria. Questa seconda forma di protezione internazionale è stata prevista dalla Direttiva 2004/83/CE, poi sostituita dalla Direttiva 2011/95/CE, e si contraddistingue per essere concessa su basi strettamente individuali, caso per caso. Si specifica che è rilasciata al richiedente che ritiene, qualora faccia ritorno nel suo Paese, vi possa essere pericolo di andare incontro a danno grave, per cui si intende condanna a morte, tortura o altro trattamento inumano, guerra, calamità naturale, conflitti anche interni. Il relativo permesso ha durata quinquennale e accorda gli stessi diritti riconosciuti al rifugiato, con la possibilità di convertire il permesso di soggiorno per protezione sussidiaria in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, rinunciando così allo status di protezione accordato dal primo permesso¹².

Una terza forma di protezione era prevista dal Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998) ai sensi dell'art. 5, comma sesto: tale disposizione consentiva il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari nei confronti di coloro che fossero rimasti tagliati fuori dai due precedenti tipi di protezione, purché fossero stati in grado di provare “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”. Ad esempio che avrebbero potuto essere perseguiti nel loro Paese o in caso fossero

¹¹ GUERRIERI F., *Asilo politico, protezione sussidiaria e permessi speciali: dati e differenze*, 30/11/2018, aggiornato e rivisto da Colombo F., <https://www.lenius.it/asilo-politico-protezione-sussidiaria-umanitaria-quali-le-differenze/> (ultimo accesso: 26/03/2019).

¹² GUERRIERI F., *Asilo politico, protezione sussidiaria e permessi speciali: dati e differenze*, 30/11/2018, aggiornato e rivisto da Colombo F., <https://www.lenius.it/asilo-politico-protezione-sussidiaria-umanitaria-quali-le-differenze/> (ultimo accesso: 26/03/2019).

stati vittime di sfruttamento lavorativo o di tratta. Inoltre includeva le persone in fuga da emergenze come conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in paesi non appartenenti all'Unione europea. Vi rientravano quindi gli sfollati, ovvero persone che, pur avendo abbandonato la propria casa per motivi simili a quelli dei rifugiati, o a causa di eventi eccezionali quali calamità naturali o progetti di sviluppo su larga scala, non avevano attraversato un confine internazionale.

La protezione umanitaria mirava a garantire il rispetto dei diritti derivanti dai trattati sovranazionali e consentiva l'accesso al lavoro, al servizio sanitario nazionale, all'assistenza sociale e all'edilizia residenziale, malgrado il livello di tutela fosse inferiore rispetto le altre forme di protezione e provvisorio, poiché il permesso veniva concesso per due anni, poi rinnovabile.

Per le sue caratteristiche flessibili permetteva di rilasciare la maggior parte dei permessi di soggiorno, dato il rigido sistema di ingresso degli stranieri in Italia. Tuttavia, l'ultima parte dell'art. 5, comma sesto, del d. lgs. 286/1998, che permetteva appunto la concessione di permessi di soggiorno per motivi umanitari, è stata abrogata ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b), n. 2) del Decreto su immigrazione e sicurezza¹³, di cui si parlerà più avanti. Le ipotesi di protezione umanitaria sono ora del tutto eccezionali e sono state sostituite con permessi di soggiorno temporaneo per casi specifici, tra cui si annoverano: “protezione speciale” della durata di un anno (art. 19 T.U.), “calamità naturale” nel Paese di origine della durata di sei mesi (art. 20-bis, T.U.), “per cure mediche” della durata di un anno (art. 19, comma secondo, T.U.), “atti di particolare valore civile” (art. 42-bis T.U.) e “casi speciali” come protezione speciale, vittime di violenza

¹³ Decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132, consultabili al sito www.gazzettaufficiale.it, (ultimo accesso 24/06/2019).

domestica o particolare sfruttamento lavorativo (art. 18, art. 18-bis e art. 22, comma 12-quater, T.U.)¹⁴.

1.1.1 Segue: Lo status di migrante

È doveroso effettuare una precisazione terminologica tra migrante e straniero, anche se nel corso dell'elaborato tali termini saranno usati in maniera interscambiabile e, all'occorrenza, se ne darà opportuna indicazione. Ebbene, si può affermare che generalmente lo straniero si trova solo provvisoriamente sul territorio di uno Stato diverso da quello d'origine e non intende ivi stabilirsi o risiedervi (si pensi ai turisti stranieri); al contrario, il migrante si sposta da una determinata area geografica ad un'altra perché progetta di risiedere nei Paesi di immigrazione per un periodo di tempo prolungato, a volte anche in modo stabile, per cui sorge il problema riguardante la fruizione di una serie di posizioni giuridiche collegate alla residenza stabile in uno Stato¹⁵.

Come afferma l'OIM¹⁶, a livello internazionale non esiste una nozione universalmente riconosciuta di migrante quale categoria giuridica autonoma, poiché “è ormai assodato che, a parte pesanti situazioni di guerra come quelle attuali in Siria e Iraq, non c'è mai un solo fattore che porta ad emigrare, ma un complesso mix che comprende: instabilità politica e militare, persecuzione

¹⁴ Per uno sguardo complessivo alle modifiche sui permessi di soggiorno si veda *Le principali novità sui permessi di soggiorno introdotte dal decreto legge n. 113/18*, Scheda per operatori, aggiornata al 31.10.18, https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/11/DL-113-18_permessi-di-soggiorno_Scheda-per-operatori_31.10.18.pdf, (ultimo accesso: 10/04/2019).

¹⁵ NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p.4.

¹⁶ L'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni è stata fondata nel 1951 a Ginevra. È la principale Organizzazione Intergovernativa in ambito migratorio e conta 173 Stati Membri; da settembre 2016 è diventata Agenzia Collegata alle Nazioni Unite. Per saperne di più: www.italy.iom.

politica, difficile situazione economica, reti sociali per lo più familiari già presenti nel paese di arrivo, strategie di diversificazione delle risorse familiari”¹⁷. Inoltre, il quadro delle norme internazionali in materia appare piuttosto frammentario per ricavarne una definizione onnicomprensiva¹⁸. Le Nazioni Unite ne hanno dato la seguente definizione: "Una persona che si è spostata in un paese diverso da quello di residenza abituale e che vive in quel paese da più di un anno"¹⁹. Si evincono tre elementi: “la mobilità spaziale; l'attraversamento di un confine nazionale e lo spostamento in un altro paese; una permanenza prolungata nel nuovo paese, fissata convenzionalmente in almeno un anno”²⁰. Si sottolinea inoltre che le politiche migratorie, nel definire e delimitare i diritti e le condizioni del migrante, stabiliscono anche una classificazione delle varie categorie di immigrati. Queste ultime dunque sono il frutto delle previsioni e degli interessi della società di destinazione, nonché delle decisioni politico-amministrative dello Stato di arrivo²¹. Tra le più rilevanti, si può richiamare la distinzione tra migrazioni interne, ove la mobilità dei soggetti è circoscritta entro i confini nazionali, e migrazioni internazionali, in cui i migranti varcano i confini statali. Riveste particolare importanza anche la distinzione tra migrazione regolare e irregolare, basata sulla presenza o meno dell'autorizzazione da parte dell'ordinamento giuridico del Paese d'arrivo a farvi ingresso e a permanervi

¹⁷ COLOMBO F., *Rifugiati e migranti economici: facciamo chiarezza*, 26/06/2015, <https://www.lenius.it/rifugiati-e-migranti-economici/>, (ultimo accesso 11/04/2019).

¹⁸ MORRONE F., *Il lavoratore migrante irregolare*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali: fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Giuffrè editore, Milano, 2010, p.299 e ss.

¹⁹ Nell'ambito delle Nazioni Unite, il Relatore speciale sui diritti umani dei migranti nominato nel 1999 dalla Commissione sui diritti umani, ha proposto tale definizione di migranti: “*persons who are outside the territory of the State of which they are nationals or citizens, are not subject to its legal protection and are in the territory of another State;*” Doc. E/CN.4/2000/82, 6 gennaio 2000, paragrafo 36.

²⁰ AMBROSINI M., *Migrazioni*, Egea, Milano, 2017, p.11.

²¹ ZANFRINI L., *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Gif Editori Laterza, Roma - Bari, 2016, p.17 e ss.

(ovvero il possesso del permesso di soggiorno)²². Per cui “l’essere immigrato regolare o irregolare non dipende da una caratteristica soggettiva dell’individuo in questione, bensì dalla definizione che di esso dà il quadro normativo vigente”²³.

La Corte costituzionale ha sottolineato il concetto che lo status di irregolarità dello straniero non sia in sé sintomatico della pericolosità sociale del soggetto; con sentenza n. 249 del 2010 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza e del principio di offensività, della circostanza aggravante del fatto commesso dal soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale (ex art. 61, comma primo, n. 11-bis, c.p.). A tal proposito, il giudice delle leggi ha affermato che “la qualità di immigrato “irregolare” – che si acquista con l’ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un “tipo di autore” assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento”²⁴.

È tangibile dunque la diffusa stigmatizzazione sociale manifestata nei confronti di tali soggetti, cui viene quasi automaticamente associata una propensione per la criminalità, che si rispecchia poi in una normativa di segno repressivo a giustificazione della protezione dell’ordine pubblico e della sicurezza, come

²² ZANFRINI L., *Sociologia delle migrazioni*, Gif Editori Laterza, Roma - Bari, 2004, p.23 e ss.

²³ Ivi, p.28.

²⁴ Si veda Corte cost., sentenza 8 luglio 2010, n. 249.

risposta appunto ai timori espressi dai cittadini²⁵. In merito a ciò, Niccolai afferma che si tratta di un caso in cui una “qualificazione normativa possa incidere sulle opportunità di vita di un essere umano uguale a un altro essere umano”²⁶.

Per completezza, si può puntualizzare la distinzione tra immigrati irregolari e clandestini, che si fonda sul fatto che i primi, una volta entrati regolarmente in uno Stato diverso da quello di provenienza, hanno perduto i requisiti necessari per la permanenza sul territorio nazionale (ad esempio per scadenza del permesso di soggiorno o dopo un ordine di allontanamento); invece si precisa che i secondi sono migranti irregolari il cui ingresso e soggiorno nel Paese è stato illegale, cioè in violazione delle norme in materia di immigrazione (si pensi alla mancanza di regolare visto d’ingresso)²⁷.

Si nota tuttavia che è uso comune etichettare come immigrati solo alcuni degli stranieri che risiedono stabilmente e lavorano, ed escluderne invece altri seppure rientrino nella definizione convenzionale di immigrato. Ciò accade perché si tende a categorizzare come immigrati soltanto quegli stranieri provenienti dai paesi poveri, considerando appartenenti a categorie sociologiche diverse gli stranieri originari di paesi più sviluppati. Si prendano ad esempio un rumeno ed uno svizzero: solo il primo sarà additato come extracomunitario, nel senso di colui che non appartiene alla nostra comunità intesa in senso lato, di cittadini del Nord del mondo²⁸. Ne deriva un uso non solo dispregiativo del termine, ma anche e soprattutto improprio: extracomunitario infatti è colui che non è cittadino italiano o di altro Stato appartenente all’Unione europea – quindi non vi rientra

²⁵ LOCCHI M.C., *Il diritto degli stranieri*, Carocci editore, Roma, 2011, p.22 e ss.

²⁶ NICCOLAI S., *Straniero*, in AINIS M. (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2000 - XV, p.453.

²⁷ ZANFRINI L., op. ult. cit., p.27 e ss.

²⁸ AMBROSINI M., op. ult. cit., p.11 e ss.

il cittadino rumeno – e perciò può essere soggetto a restrizioni relativamente al diritto d'ingresso, di soggiorno e di permanenza e circolazione nel territorio nazionale, nonché al diritto di partecipazione politica. Nel caso specifico occorre constatare che, malgrado il formale riconoscimento accordato ai cittadini comunitari di un trattamento giuridico di favore rispetto ai non comunitari, esso non abbia acquietato pregiudizi e fobie collettive. Permangono infatti distinzioni tra l'extracomunitario debole, proveniente cioè dai Paesi in via di sviluppo e privo di specifiche doti professionali, e l'extracomunitario forte, proveniente invece da quei Paesi caratterizzati da società a capitalismo avanzato²⁹.

Per concludere, si può effettuare un'ulteriore precisazione terminologica riportando le varie segmentazioni ricomprese nel genus di immigrato: oltre ai migranti economici o immigrati per lavoro di cui si esporrà la disciplina nel prossimo capitolo, si individuano gli immigrati stagionali, così chiamati per la breve durata del loro soggiorno connessa alle esigenze dei settori agricoli o turistici; gli immigrati qualificati e gli imprenditori; gli studenti; ed i ricongiungimenti familiari³⁰. Per certi aspetti, rientrano sotto l'ombrello del termine migrante anche i richiedenti asilo e rifugiati, le cui migrazioni si caratterizzano per essere forzate e non volontarie³¹.

1.2 La condizione giuridica dello straniero

Una volta effettuata una sommaria classificazione delle varie sfaccettature che può assumere la nozione di straniero, si proseguirà volgendo l'attenzione al tema della condizione giuridica dello stesso, ovvero il trattamento a questi riservato.

²⁹ VISCOMI A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1991, p.9 e ss.

³⁰ AMBROSINI, op. ult. cit., p.17.

³¹ Ivi, p.18.

Si analizzerà dapprima la prospettiva internazionale, che costituisce tappa inevitabile alla luce del processo di internazionalizzazione e di crescente integrazione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona³², e che di conseguenza assume una posizione pregiudiziale rispetto alla determinazione della condizione dello straniero nell'ordinamento interno. Infine sembra opportuno introdurre sin da ora una considerazione che verrà poi ripresa e meglio sviluppata in seguito: si rileva che le fonti internazionali hanno una effettività ed un condizionamento limitato nei confronti dei singoli Stati, i quali si mostrano riluttanti a dare attuazione al diritto internazionale convenzionale in quanto "gelosi" della propria sovranità che, tra tanti ambiti, inerisce anche la disciplina del fenomeno migratorio³³.

1.2.1 Nell'ordinamento internazionale

In primis dunque si può brevemente ricordare la disputa sorta nel XIX secolo in merito alla questione di quale trattamento riservare al cittadino straniero: se procedere con l'applicazione del c.d. standard di trattamento nazionale, ossia non differente da quello applicato al cittadino, e che ben si confà al principio di assimilazione ed uguaglianza di trattamento propri della Comunità internazionale; oppure del c.d. standard minimo internazionale, che si traduce nell'obbligo di assicurare un livello di garanzia e protezione non inferiore ad un certo parametro internazionalmente concordato. Tuttavia, il primo modello rischia di favorire interessi e prerogative nazionali, a scapito dei diritti della

³² DE ROBBIO C., *Stranieri e diritto*, Pacini giuridica, Pisa, 2018, p.17.

³³ Cfr. PIERRE'-CAPS S., *L'immigrazione fra diritto internazionale e diritto costituzionale*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.11 e ss.; CHIAROMONTE W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p.9 e ss.

persona, e di esonerare lo Stato da ogni responsabilità nei confronti degli altri Paesi membri della Comunità. D' altra parte, il rinvio ad uno standard minimo di diritti ed obblighi comuni a livello sovranazionale non consente la definizione di un contenuto certo e determinato degli stessi, di conseguenza non è adatto ad assurgere a criterio-guida per la tutela di interessi ed esigenze di Paesi che, invece, necessitano di un minimo comune denominatore internazionalmente ammesso ed accettato³⁴.

Nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario in materia di trattamento degli stranieri si possono enucleare due principi: il primo vieta che allo straniero vengano demandate prestazioni e comportamenti non proporzionati all'intensità del suo legame con la comunità territoriale di riferimento (per esempio, l'obbligo del servizio militare); il secondo consiste nell'obbligo di protezione dello straniero da parte dello Stato territoriale al fine di evitare o reprimere offese contro la persona e/ o i beni dello straniero stesso. Al di là dei suddetti principi, non opera alcun limite per l'ammissione e l'espulsione degli stranieri, in quanto ogni Stato ha la facoltà di esercitare la propria politica nel campo dell'immigrazione; anche se si evidenzia che i membri della Comunità internazionale tendono a conformarsi ai principi di eguaglianza e non arbitrarietà e al diritto all'unità familiare³⁵ per la promozione della collaborazione interstatale e di favorevoli relazioni economiche internazionali. Vale a dire che gli Stati, in quanto sovrani, non hanno un obbligo di far entrare gli stranieri sul proprio territorio o di non escluderli, bensì hanno la libertà di ammetterli o di respingerli

³⁴ Così NASCIMBENE B., op. ult. cit., p.8.

³⁵ STARACE A., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale e comunitario*, in CENTONZE S. (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino - XXX, 2010, p.11 e ss.

dato che su di esse non gravano determinati obblighi a limite della propria sovranità³⁶.

Tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, riprodotte in atti convenzionali o da questi richiamate, sempre in materia di condizione giuridica dello straniero, possono elencarsi sinteticamente: il divieto per lo Stato ospitante di impedire l'esercizio dello jus avocandi da parte dello Stato di provenienza (ad eccezione del diritto d'asilo internazionale) ed altresì il divieto di trattenerlo lo straniero contro la sua volontà; il diritto ad esigere dagli stranieri che abbiano un rapporto stabile con lo Stato il pagamento di tributi per beni posseduti nel territorio o per attività in esso svolta e di esercitare nei loro confronti giurisdizione civile e penale, per atti, fatti o rapporti che lo straniero abbia con cittadini o lo Stato stesso; un obbligo generale di protezione degli stranieri e di assicurare loro garanzie giurisdizionali dei loro diritti ed interessi³⁷.

Si rileva che all'indomani del secondo conflitto mondiale, il concetto di protezione dello straniero ha ricevuto maggiore attenzione ed esso non si è più conformato alla disciplina del diritto di proprietà e di espropriazione, piuttosto ne è stato esaltato il profilo umanitario. Infatti la Comunità internazionale, incentrata dapprima sull'esercizio della protezione diplomatica da parte dello Stato e sull'individuazione di standard di trattamento condivisi, in seguito alle esperienze autoritarie e totalitarie della prima metà del secolo scorso, si è orientata verso profili relativi alla protezione internazionale dei diritti della persona in quanto tale, conciliando così le posizioni contrastanti quanto allo standard di trattamento³⁸. La Comunità invero si era accorta che non fosse più sufficiente affidare ai singoli Stati membri la protezione dei diritti umani, poiché

³⁶ D'ORAZIO G., op. cit., p.144.

³⁷ Ivi, p.148 e ss.

³⁸ NASCIMBENE B., op. ult. cit., p.8.

questi ultimi si configurano come trasversali rispetto alle singole culture, agli ordinamenti nazionali e alle giurisdizioni proprie di ogni Stato. Inoltre essa aveva stabilito che suddetti diritti sono dotati delle qualità di indivisibilità ed interdipendenza, tali per cui il rispetto di uno specifico diritto umano prevede il riconoscimento di altri diritti ad esso connessi, così da creare un fenomeno di “circolarità” dei diritti fondamentali, che mira a dotare la disciplina in esame dei caratteri di completezza ed effettività³⁹.

Pertanto, grazie alla valorizzazione dell’universalità della condizione dell’essere umano si è venuto ad impostare un assetto funzionalizzato ad eliminare ogni possibile discriminazione nei confronti dello straniero, che fungeva (e funge) da termine di confronto per la verifica del rispetto e della protezione dei diritti dell’uomo; in particolare, nei suoi confronti si applicano norme consuetudinarie come il divieto di violazioni gravi e generalizzate dei diritti umani oppure pratiche di governo particolarmente disumane ed efferate (si pensi al genocidio, alla tortura, a trattamenti disumani e degradanti ecc.)⁴⁰.

L’integrazione tra diritto degli stranieri e diritti della persona è stata dunque assimilata dalla dottrina e dalle prassi internazionali, e ne dà riprova la risoluzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite (n. 40/144 del 1985), con la quale è stata adottata la “Dichiarazione sui diritti degli individui che non sono cittadini del Paese in cui vivono”⁴¹.

Più in generale, l’obbligatoria protezione dei diritti fondamentali aspira all’affermazione del principio di dignità dell’uomo a livello globale, che assurge

³⁹ PUSTORINO P., *I diritti economici e sociali*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.320.

⁴⁰ STARACE A., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale e comunitario*, in CENTONZE S. (a cura di), op. cit., p.12.

⁴¹ NASCIMBENE B., *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in LEANZA U. (a cura di), *Le Migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno*, IX Congresso SIDI (2004), Napoli, 2005, p.83.

a substrato comune dei diversi modelli di tutela dei diritti⁴². Suddetto principio si rinviene segnatamente all'art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948, che proclama solennemente che "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali, in dignità e diritti", ed al quale si rifà anche il Preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Contemporaneamente, l'apertura delle Costituzioni al diritto internazionale umanitario ha fatto sì che si verificasse un aumento degli obblighi in capo agli Stati di riconoscimento e di tutela di diritti normalmente non riconosciuti allo straniero, in particolare diritti di natura economica e sociale. Inoltre, si nota che le norme a tutela dei diritti umani si caratterizzano per essere "norme a raggiera", ovvero nell'imporre agli Stati di riconoscere e proteggere suddetti diritti anche qualora essi stessi non abbiano sottoscritto i documenti che le contengono, in quanto devono essere applicate in base alla sola appartenenza alla Comunità internazionale. In altre parole, tali atti sono considerati *ius cogens*, ovvero diritto vincolante, anche nei confronti dei Paesi non firmatari.

Con l'adozione di tali strumenti internazionali si è dato avvio alla creazione di un catalogo di diritti inviolabili dell'uomo, che viene implementato grazie alla vivace giurisprudenza e al fitto dialogo tra le Corti internazionali, come la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia europea. Tra i diritti fondamentali vi rientrano, a titolo di esempio, oltre al diritto alla vita, quello alla sicurezza, alla salute e il diritto all'abitazione. Essi sono quindi garantiti a prescindere dalla cittadinanza, dal possesso di un permesso di soggiorno e dal rispetto delle regole d'ingresso, in quanto corrispondenti a valori universalmente riconosciuti, tali per cui il potere e il diritto dello Stato di regolamentare i propri

⁴² DE ROBBIO C., op. cit., p.20.

confini recedono di fronte ad essi⁴³. Nondimeno, la loro effettività è assicurata dai vari meccanismi di garanzia preordinati alla tutela dei diritti umani⁴⁴.

L'influenza esercitata dalle fonti internazionali nella definizione dei quadri normativi nazionali riguardanti l'immigrazione e la condizione giuridica dello straniero ha prodotto una copiosa normativa su queste materie, stratificata su più livelli. Facendo una breve rassegna delle fonti internazionali più rilevanti, va citata in primo luogo la Carta delle Nazioni Unite, anche detta Carta di San Francisco, firmata il 26 giugno 1945, che implica "il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di sesso, razza, di lingua e religione"⁴⁵ da parte di tutti gli Stati comunitari a prescindere dalla ratifica o meno della convenzione.

Solo pochi anni dopo, il 10 dicembre del 1948, viene firmata la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo da parte di una cinquantina di Stati. Tale documento internazionale, pur avente un amplissimo rilievo politico ed interpretativo, formalmente costituisce una mera raccomandazione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite per cui non assume valore vincolante.

Ad essa è stata data attuazione tramite il Patto Internazionale di New York del 1966 che, sebbene in origine fosse stato previsto un unico documento, è composto da due trattati che rispecchiano la divisione del mondo post-Guerra Fredda: un trattato sui diritti civili e politici e un altro sui diritti economici, sociali e culturali, rappresentanti rispettivamente l'ideologia europea occidentale e quella socialista. Purtroppo, tale Patto è divenuto esecutivo ben dieci anni dopo, con legge n. 881 del 1977, e sprovvisto di un idoneo strumento di garanzia: la

⁴³ NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto internazionale*, op. cit., p.30.

⁴⁴ CALAMIA A.M., *Le norme "non statali" e lo straniero*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.15.

⁴⁵ Capitolo I, art. 1, comma terzo, Carta delle Nazioni Unite.

Commissione dei diritti umani, poi trasformatasi nel Consiglio ONU per i Diritti Umani, esamina periodicamente relazioni inviate dagli Stati membri riguardanti la loro osservanza del trattato ma non è dotata del potere di emanare sentenze di condanna.

Sembra qui opportuno accennare, per poi riprenderne più approfonditamente la trattazione nel seguente capitolo, anche alla Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie⁴⁶: nonostante sia incentrata sui diritti di una sola categoria di stranieri, essa dimostra apertamente le proprie finalità di tipo umanitario sia nel contenuto delle norme, sia nel richiamo nel preambolo a molti strumenti di diritto internazionale umanitario (DUDU, I Patti internazionali, Convenzioni OIL), oltre che nel carattere inderogabile dei diritti riconosciuti ai singoli e dei doveri attribuiti agli Stati (artt. 82 e 83)⁴⁷. Infatti, rispetto ad altri mezzi di tutela dei diritti umanitari, la Convenzione non propone nuovi specifici diritti, ma si pone come obiettivo primario quello di promuovere il rispetto dei diritti umani dei migranti, i quali non sono solo lavoratori, bensì prima di tutto esseri umani, dando così una precisa interpretazione delle norme in materia di diritti umani nei confronti dei lavoratori migranti⁴⁸.

Il processo di internazionalizzazione dei diritti e libertà fondamentali dell'uomo è proseguito con lo sviluppo di una serie di sistemi regionali di protezione di diritti umani, tra cui risalta la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre

⁴⁶ Adottata con risoluzione dell'Assemblea generale delle N.U. n. A/RES/45/158 del 18 dicembre 1990, dopo oltre dieci anni di negoziati, è in vigore internazionalmente soltanto dal primo luglio 2003. Nel gennaio 2018 risulta ratificata da 51 Paesi.

⁴⁷ NASCIMBENE B., *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in LEANZA U. (a cura di), op. cit., p.73 e ss.

⁴⁸ NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto internazionale*, op. cit., p.24 e ss.

1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, comprensiva dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa.

La Convenzione vanta una maggiore effettività nella tutela dei diritti dell'uomo: ciò è dovuto, per un verso, all'opera interpretativa e creativa di importanza fondamentale da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, situata a Strasburgo, organo giurisdizionale investito dell'accertamento delle violazioni commesse in danno dei diritti della CEDU⁴⁹.

Si specifica ulteriormente che la Corte protegge il corpus collettivo dei diritti non solo su iniziativa di uno Stato contraente, ma anche di un individuo, di qualsiasi cittadinanza egli sia; si evince dunque, dalla diretta giustiziabilità dei diritti del singolo, che il "sistema di Strasburgo" rappresenta uno degli assetti più evoluti nell'ambito della protezione dei diritti della persona e, di conseguenza, dello straniero⁵⁰.

Per altro verso, si rileva che inizialmente la CEDU riconosceva espressamente solo le libertà negative e poi, grazie all'apporto della giurisprudenza della Corte e della elaborazione di 15 Protocolli aggiuntivi o modificativi alla Convenzione, il novero dei diritti tutelati si è ampliato, perciò la stessa ha assunto un peso sempre maggiore nella tutela dei diritti fondamentali.

In particolare, questo strumento normativo garantisce i diritti fondamentali a tutte le persone presenti sul territorio di uno Stato che abbia ratificato la CEDU, a prescindere dall'appartenenza ad uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa⁵¹: ai sensi dell'art. 1 della Convenzione "le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà

⁴⁹ DE ROBBIO C., op.cit., p.34.

⁵⁰ NASCIMBENE B., *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in LEANZA U. (a cura di), op. cit., p.86.

⁵¹ TOZZOLIS., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p.81.

definiti al Titolo primo della presente Convenzione”. Si può pertanto affermare che la Convenzione costituisce “uno strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo”, che “a differenza dei trattati internazionali di tipo classico...travalica l’ambito della semplice reciprocità tra gli Stati contraenti”⁵². È importante sottolineare poi che, ai sensi dell’art. 15 della Carta europea, alcuni dei diritti riconosciuti sono di rango assoluto, ovvero non sono sottoponibili a restrizioni, sospensioni o deroghe da parte degli Stati. Essi sono: l’articolo 2 in merito al diritto alla vita, l’articolo 3 che proibisce le torture, trattamenti e pene disumani e degradanti, il primo comma dell’articolo 4 che vieta la schiavitù e l’articolo 7 che afferma il principio di legalità penale.

Infine, si rimarca che i diritti contemplati dalla Carta europea, attribuiti anche nei confronti dello straniero in quanto persona, spesso hanno svolto la funzione di parametro di riferimento per valutare la legittimità della normativa nazionale sul trattamento degli immigrati: oltre ai già citati diritto alla vita (art. 2) e diritto alla protezione da schiavitù, torture, trattamenti inumani e degradanti (art. 3), si individuano il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5) e il divieto di discriminazione (art. 14)⁵³. Quest’ultimo dovere di non discriminazione si fonda, tra tanti fattori, sull’origine nazionale, per cui fa sì che gli stranieri presenti sul territorio degli Stati membri possano godere dei diritti fondamentali e delle libertà da essi previste.

Per completezza, nell’ambito dei sistemi regionali di protezione dei diritti umani, si segnalano la Convenzione Interamericana dei diritti dell’uomo, entrata in vigore nel 1978, e la Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli del 1981.

⁵² Cfr. Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, 23 marzo 1995 n. 310, punto 75.

⁵³ CORDIALE G., *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero negli strumenti del Consiglio d’Europa*, in AA.VV., *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Aracne, Arccia, 2016, p.177 e ss.

Per quanto riguarda l'ambito europeo, la formulazione di portata generale dell'art. 2 TUE afferma che "l'Unione si fonda sul rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani. [...]". Si tratta di "valori comuni agli Stati membri" e propri di "una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne".

Nell'ottica del doveroso riconoscimento dei diritti fondamentali in capo a tutti gli individui in quanto tali, indipendentemente dal possesso della cittadinanza dell'Unione, si inseriscono anche l'art. 6, comma primo, TUE, che stabilisce il riconoscimento dei diritti, libertà e principi statuiti dalla Carta dei diritti fondamentali europei⁵⁴. Inoltre il medesimo articolo, al comma secondo, dispone l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, precisando che tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

Nello specifico i trattati e il diritto comunitario derivato adottano due diversi standard di trattamento, a seconda che si tratti di cittadini extracomunitari o dell'Unione europea: questi ultimi infatti sono soggetti ad una normativa ad hoc, per cui beneficiano di un trattamento privilegiato rispetto ai cittadini e agli stranieri "comuni", che è conseguente all'applicazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, tanto che la Corte di Giustizia ha sancito l'incompatibilità di misure nazionali che privino i cittadini dell'UE del godimento dei diritti collegati a tale status⁵⁵.

⁵⁴ Firmata a Nizza il 7 dicembre del 2000, è stata proclamata solennemente il 12 dicembre 2007. Solo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 ha acquisito lo stesso valore giuridico del TUE e del TFUE, ed è quindi divenuta giustiziabile davanti alla Corte di giustizia dell'Unione ed ha tratto efficacia vincolante. Il testo completo è consultabile al sito www.europarl.europa.eu, (ultimo accesso 22/06/2019).

⁵⁵ L'istituto della cittadinanza europea è stato introdotto nell'ordinamento dell'UE dal Trattato di Maastricht nel 1992, ed entrata in vigore nell'anno successivo. Con l'entrata in vigore del Trattato

Si precisa infine che le norme sugli stranieri si applicano ai cittadini comunitari qualora non si possa impiegare la normativa europea o essa risulti meno favorevole; in altri termini, gli Stati membri possono usufruire di una clausola di maggior favore e quindi di garantire uno standard più elevato rispetto a quello delineato a livello europeo⁵⁶. Nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 1, 2° comma, T.U., si afferma che il Testo unico sull'immigrazione non si applica "ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, se non in quanto si tratti di norme più favorevoli, e salvo il disposto dell'art. 45 della legge 40/1998", ma solamente nei confronti dei non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi.

1.2.2 Nell'ordinamento nazionale: la condizione di reciprocità

Prima di descrivere il quadro costituzionale italiano, si procederà ad analizzare una norma avente rango di legge ordinaria, situata all'interno delle disposizioni preliminari al Codice civile che, fino all'entrata in vigore della Costituzione, si è contraddistinta per il ruolo garantistico svolto nella tutela dei diritti fondamentali degli stranieri. Si tratta dell'articolo 16 delle preleggi, rubricato "Trattamento dello straniero", il quale statuisce che "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni

di Lisbona nel 2009 l'art. 9 TUE ne dà la seguente definizione: "è cittadino dell'Unione europea chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro". La cittadinanza europea viene quindi ad aggiungersi a quella nazionale, senza sostituirsi ad essa (c.d. cittadinanza di secondo grado), solo ed automaticamente per il fatto stesso di essere cittadino di uno degli Stati membri dell'Unione. Inoltre, secondo quanto disposto dall'art. 20 TFUE, i cittadini dell'Unione "godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati". Per una disamina complessiva dell'istituto si veda GESTRI M., *La cittadinanza e gli stranieri*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.32. Cfr. Corte giust. *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office National de l'Emploi*, 8 marzo 2011, C-34/09.

⁵⁶ DE ROBBIO C., op. cit., p.53 e ss.

contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere”.

Suddetta norma conteneva un generale limite che consisteva nell'imporre allo straniero gli obblighi derivanti dalla legge italiana nelle materie in cui essa si applicava; contemporaneamente, consentiva allo stesso di godere dei diritti civili riconosciuti dall'ordinamento italiano a condizione di reciprocità, ovvero solo a condizione che la legge della nazione cui egli apparteneva riconoscesse al cittadino italiano gli stessi diritti civili riconosciuti ai propri cittadini⁵⁷.

In altri termini, la condizione di reciprocità tentava di porre su un piano di parità i due cittadini appartenenti a diverse nazioni, esigendo che il trattamento rivolto al cittadino italiano in tale Paese dovesse essere conforme, o altrimenti somigliante, a quello riservato allo straniero in Italia; a tal fine prescriveva la verifica positiva della possibilità per lo straniero di esercitare in Italia i diritti civili, identificati nei diritti e nelle libertà relativi ai normali rapporti di diritto privato nel campo della proprietà, delle successioni, del possesso, delle obbligazioni e dell'economia. Tale verifica poteva essere svolta “punto per punto”, vale a dire cioè che gli istituti e le materie tra i due Stati dovevano corrispondere in pieno per poter risultare esistente la condizione di reciprocità; oppure in maniera generica, ovvero era necessaria una somiglianza tra le due discipline statali affinché la condizione potesse ritenersi verificata⁵⁸.

La norma, pur essendo collocata nel Codice civile, aveva finalità apertamente pubblicistiche, ovvero svolgeva una funzione di tutela, da parte dello Stato, dei propri cittadini all'estero. Sebbene le intenzioni del legislatore mirassero ad avere un contenuto di valore, la legge nazionale era pur sempre senza vincoli nel

⁵⁷ MEMMO D., *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p.74.

⁵⁸ COSCIA G., *Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Volume 37, Fascicolo 3, 2001, p.557 e ss.

disciplinare il trattamento degli stranieri nel caso in cui le convenzioni non avessero disposto nulla o fossero mancate puntuali prescrizioni costituzionali⁵⁹. L'articolo 16 delle preleggi è da ritenersi tuttora vigente, anche perché non è stato mai espressamente abrogato da alcuna disposizione sopravvenuta. Tuttavia, secondo parte della dottrina⁶⁰, la portata di tale disposizione avrebbe subito un ridimensionamento consistente, se non abrogativo, ad opera dell'art. 10, comma secondo, Cost. Invero, tra gli effetti di tale disposizione costituzionale, come si dirà più avanti, risiede quello di aver inserito nel nuovo ordinamento gerarchico una pluralità di fonti, che di conseguenza ha comportato la diretta tutela da parte della Costituzione stessa di alcune situazioni soggettive di cui lo straniero può godere⁶¹; secondo altra parte della dottrina invece, la condizione di reciprocità nel godimento di diritti civili sarebbe tuttora suscettibile di applicazione nei casi di garanzia di situazioni giuridiche soggettive non rientranti nell'area dei diritti inviolabili⁶².

Ebbene, per delimitare con certezza l'ambito di applicazione della norma in esame, si sottolinea che i destinatari sono ben pochi in seguito all'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE), alla ratifica della Convenzione di New York del 28 settembre 1954 sugli apolidi e della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sui rifugiati, nonché successivamente all'entrata a far parte dell'Unione europea della maggioranza dei Paesi europei; vi rientrano quindi gli stranieri non cittadini di paesi dell'Unione europea e non cittadini di paesi aderenti allo SEE, né apolidi, né rifugiati.

⁵⁹ NICCOLAI S., *Straniero*, in AINIS M. (a cura di), op. cit., p.452.

⁶⁰ Sotto questo profilo cfr. CASSESE A., *Sub art. 10*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, Roma: Foro italiano, 1975 - XL, p.525.

⁶¹ Si ricordi che il Codice civile italiano è entrato in vigore il 21 aprile 1942, mentre la Costituzione italiano il primo gennaio 1948.

⁶² Cfr. DE ROBBIO C., op. cit., p.28.

Anche dal punto di vista oggettivo l'ambito di applicazione è andato progressivamente riducendosi: una prima causa è stata individuata, ad opera della giurisprudenza, nei principi generali dell'ordinamento italiano, per cui, ad esempio, si esclude l'operare della condizione qualora le norme straniere ledano l'ordine pubblico interno o internazionale, e perciò ritenute non applicabili in Italia⁶³. Inoltre, essa si applica solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona, dato che quelli inviolabili sono garantiti da norme internazionali e dalla Costituzione, a prescindere dalla cittadinanza, e non possono essere limitati da tale articolo⁶⁴. Ad esempio, è sottratto al principio di reciprocità il diritto del lavoratore straniero alla retribuzione proporzionata al lavoro svolto e adeguato ai bisogni personali e della sua famiglia, nonché il diritto al riposo e alle ferie, garantiti dall'art. 36 Cost., con riguardo alla prestazione lavorativa effettuata in Italia⁶⁵. Da ultimo, l'operatività di tale condizione è stata ulteriormente condizionata a seguito dell'introduzione delle nuove disposizioni normative sulla condizione giuridica dello straniero: infatti, ai sensi dell'art. 2, comma secondo, del T.U., "Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano [...]. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione".

Da quanto esposto, emerge dunque che la condizione di reciprocità avrà effetto solo nei confronti degli stranieri non soggiornanti in Italia o non soggiornanti regolarmente⁶⁶.

⁶³ MEMMO D., op. cit., p.77 e ss.

⁶⁴ Ivi, p.78 e ss.

⁶⁵ In questo senso, Cass. 4 marzo 1988, n. 2265.

⁶⁶ MEMMO D., op. cit., p.82.

1.2.3 Segue: lo status dello straniero oltre l'art. 10 Cost.

Come si è detto, la condizione giuridica dello straniero trova oggi fondamento nella Costituzione, che garantisce e valorizza le sue libertà ed i suoi diritti; tra questi vi rientrano anche i corollari dell'effettività delle situazioni soggettive tutelate e della interpretazione adeguatrice delle leggi ordinarie inerenti alla relativa disciplina⁶⁷.

La trattazione del tema non può che prendere avvio dalla norma cardine, costituita dall'articolo 10, comma secondo, Cost., il quale afferma che “La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”.

Tale articolo prevede dunque una duplice garanzia costituzionale per la disciplina di *subiecta* materia: da un lato enuncia una riserva di legge relativa che impone che il trattamento giuridico dello straniero non venga affidato a regolamenti governativi, bensì che sia rimesso alla competenza esclusiva del Parlamento, al fine di permettere una normativa più garantista; trattandosi comunque di una riserva relativa, è ammesso l'intervento di fonti subordinate alla legge nell'attività normativa di esecuzione, a condizione che vengano rispettati i limiti e le direttive impartite dalla legge stessa⁶⁸.

Dall'altro, la riserva di legge può qualificarsi come rinforzata, in quanto prescrive che il trattamento dello straniero non possa essere meno favorevole di quanto previsto dalle norme di diritto internazionale, come specificato sia dall'art. 10, comma primo, Cost., in virtù del quale “l'ordinamento italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”, sia dall'art. 117, comma primo, Cost., così riformulato dall'art. 3, L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, il

⁶⁷ D'ORAZIO G., op. cit., p.112.

⁶⁸ VISCOMI A., op.cit., p.15.

quale enuncia che “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

È pacifico, dunque, che l’ordinamento costituzionale italiano sia costantemente influenzato da quello internazionale, e che l’Italia partecipi attivamente al processo di integrazione comunitaria e ad altre organizzazioni sovranazionali. Si riscontra appunto che la legge fondamentale fa rinvio, in quanto a questa conformi, ad altre fonti proprie dell’ordinamento internazionale, a cui la condizione giuridica dello straniero si rifà⁶⁹.

Anche il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” (d.lgs. 286/1998) ribadisce più volte la propria conformità tanto al diritto internazionale consuetudinario (o generale) quanto a quello convenzionale o pattizio: rispettivamente, all’art. 2, comma primo, cita i “principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”, all’ottavo comma dello stesso articolo rinvia agli accordi bilaterali che prevedono condizioni più favorevoli per i cittadini degli Stati contraenti.

Tuttavia la disposizione costituzionale dell’art. 10, comma secondo, non va considerata come l’unica fonte dei diritti degli stranieri, bensì come fonte integrativa di uno status dello straniero che deve essere ricostruito sia alla luce dell’impianto costituzionale, sia alla luce del rimando effettuato alle norme ed ai trattati internazionali e, con essi, ai parametri di tutela minima della persona umana adottati dalla comunità internazionale⁷⁰.

Si rileva che non vi era condivisione a livello dottrinale circa l’estensione della posizione giuridica da attribuire allo straniero, per cui si è assistito ad un graduale

⁶⁹ DE ROBBIO C., op. cit., p.18.

⁷⁰ MEMMO D., op. cit., p.78.

arricchimento del novero dei diritti a questi riconosciuto tramite il richiamo all'art. 10, comma secondo, Cost.; inoltre tale progressiva implementazione è stata coadiuvata dallo stretto rapporto tra legislazione interna ed internazionale, supportato dall'interpretazione fornita sia dalle Corti nazionali che europee⁷¹. Da una lettura prima facie del secondo comma dell'articolo 10 e delle disposizioni costituzionali espresse in materia di stranieri, si evincerebbe una concezione della posizione dello straniero a sé stante, nettamente separata da quella del cittadino. Tuttavia, da tempo questa interpretazione è stata riletta tenuto conto dei principi fondanti dell'ordinamento costituzionale⁷²: in primis sulla base del principio personalistico ex art. 2 Cost., secondo il quale “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità...”, per cui in virtù del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili alla persona in quanto tale, è possibile estenderne la tutela anche in capo allo straniero (a prescindere dalla situazione di regolarità)⁷³. Tale concetto viene sostenuto e implementato dalla Corte Costituzionale, secondo la quale “i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani, sicché, con riguardo alla tutela di tali diritti, la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi”⁷⁴.

⁷¹ GIUNTI A., *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in RIMOLI F. (a cura di), *Immigrazione e integrazione: dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. I, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, p.277 e ss.

⁷² CARETTI P., *Immigrazione e ordinamento Stato*, in LEANZA U. (a cura di), op. cit., p.58.

⁷³ PRUDENTE V., *L'integrazione dello straniero attraverso la partecipazione*, in AA.VV., *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, op. cit., p.281 e ss. Si veda anche Corte costituzionale, sent. n. 105 del 2001.

⁷⁴ Così Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245.

Strettamente connesso al principio personalistico, viene in rilievo il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., nella duplice dimensione di uguaglianza formale (primo comma) e sostanziale (secondo comma), il quale afferma che “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Suddetto principio dunque opera nei confronti dello straniero sia sotto il profilo del riconoscimento formale di determinate libertà e diritti sia, in particolar modo, sotto il profilo dell'effettività degli stessi⁷⁵, che viene ribadita nella storica sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 1967, secondo la quale “se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali”⁷⁶. Il meccanismo del principio di uguaglianza si riferisce a tutte quelle ipotesi in cui è necessario che situazioni uguali siano trattate in maniera uguale, e che situazioni diverse siano trattate in maniera diversa, con la precisazione che “eventuali differenziazioni tra stranieri e cittadini rientrano nella discrezionalità del legislatore, ma, coerentemente con il suddetto principio, inteso in senso sostanziale, diventano discriminatorie se irragionevoli”⁷⁷.

⁷⁵ CARETTI P., *Immigrazione e ordinamento Stato*, in LEANZA U. (a cura di), op. cit., p.58.

⁷⁶ Così Corte cost., 23 novembre 1967, n. 120.

⁷⁷ DE ROBBIO C., op. cit., p.57.

Dal principio di uguaglianza discendono due corollari: il primo consiste nel divieto di discriminazione, il quale non vieta in assoluto trattamenti differenziati piuttosto inibisce quei trattamenti discriminatori irrazionali o irragionevoli che rendono lo straniero diverso rispetto al cittadino. Come secondo corollario risulta il principio di ragionevolezza, che impone che le norme dell'ordinamento, in tutte le loro forme, siano adeguate al fine perseguito. Tali corollari si configurano pertanto come parametro di legittimità alla discrezionalità del legislatore nell'imporre limitazioni alla condizione dello straniero. Ad esempio, come evidenziato tra l'altro dalla Corte costituzionale con sentenza n. 54 del 1979, nel caso in cui un diverso trattamento tra cittadino e straniero condizioni il pieno godimento dei diritti inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost., allora il principio costituzionale di uguaglianza si atteggerà a strumento di garanzia dei diritti dello straniero tramite l'applicazione del canone di ragionevolezza. Altrimenti, le discriminazioni sulla base della cittadinanza sono ritenute legittime, ovvero non incorrono in una questione di legittimità costituzionale, se rispettano il criterio di ragionevolezza ed altri interessi pubblici quali la sicurezza, l'ordine pubblico, la sanità e le politiche governative riguardo la migrazione⁷⁸.

Da un'interpretazione strettamente letterale della Costituzione si ricava che si riconoscerebbero in capo agli stranieri solamente quei diritti riservati a "tutti", violando così il principio di eguaglianza. Il giudice delle leggi in proposito non ha escluso la legittimità costituzionale di trattamenti normativi differenziati tra cittadini e stranieri anche in riferimento al godimento di diritti fondamentali, ed ha chiarito che la condizione dello straniero può essere ragionevolmente differenziata da quella dei cittadini "nelle situazioni concrete" in cui si presentino "differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua

⁷⁸ SCHILLACI A., *Soggiorno e lavoro: profili critici della condizione giuridica del migrante*, in RIMOLI F. (a cura di), op. cit., p.635.

discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento”⁷⁹. Per esempio, nel caso in cui lo Stato desideri conoscere quanti stranieri giungono e dove si dirigono, può apportare limitazioni alla libertà di circolazione e di soggiorno di quest’ultimi, ma contemporaneamente non possono essere loro sottratte quella serie di attribuzioni a tutela della dignità e dello svolgimento della personalità individuale⁸⁰.

In definitiva, a favore dell’attribuzione dei diritti in capo allo straniero si stagliano principi costituzionali come quello personalistico, quello egualitario, quello solidarista, garantista ed internazionalista, contribuendo alla valorizzazione della persona umana in quanto tale; tali interessi costituzionalmente protetti devono però essere oggetto di bilanciamento con il principio di sovranità. Esso asserisce che ogni Stato ha il diritto di esercitare in maniera esclusiva il potere di governo nell’ambito della propria comunità territoriale, ovvero sui soggetti e sui beni che ivi risiedono, non potendo però esercitare il medesimo potere sul territorio statale altrui⁸¹.

Se da un lato suddetto principio incontra un limite nel trattamento degli stranieri, poiché nei confronti di questi e dei loro beni, lo Stato è in ogni caso tenuto a garantire un determinato trattamento, dall’altro, data l’estraneità di tali soggetti all’ordinamento politico-giuridico al cui interno il loro status deve essere delineato e disciplinato, si impongono, relativamente a tale status, dei limiti giustificati da un fine di conservazione della sovranità dello Stato di permanenza. Detti limiti possono sostanziarsi nella esclusione dall’esercizio di determinati diritti o dall’adempimento di determinati obblighi riservati ai cittadini (che

⁷⁹ Così Corte cost., sent. n. 104 del 1969; si veda anche le più recenti Corte cost., sent. nn. 61 e 245 del 2011. DE ROBBIO C., op. cit., p.21 e 57.

⁸⁰ NICCOLAI S., *Straniero*, in AINIS M. (a cura di), op. cit., p.453.

⁸¹ STARACE A., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale e comunitario*, in CENTONZE S. (a cura di), op. cit., p.11.

invece partecipano a tale sovranità), sia nell'utilizzo da parte dello Stato di poteri esercitabili nei confronti di quei soggetti estranei all'ordinamento⁸².

In contrapposizione al concetto di sovranità statale si segnala il diritto alla libertà di circolazione, poiché esso consiste nel diritto di uscire da un dato territorio; eppure nel diritto internazionale e di conseguenza nel diritto nazionale, sebbene sia previsto esplicitamente un diritto all'emigrazione, ovvero un diritto di lasciare un qualsiasi Paese, ad esso non corrisponde un parallelo diritto all'immigrazione, inteso cioè come diritto di entrare in un qualsiasi altro Paese⁸³.

In sostanza, dal tenore letterale di alcune norme costituzionali che riconoscono determinate situazioni giuridiche a "tutti" o a "ciascun uomo", e in un'ottica di interpretazione estensiva che va al di là di apparenti scogli testuali o lessicali, rilevati in modo espresso o implicito, si possono far discendere alcuni diritti e libertà fondamentali che si attribuiscono tout court, ovvero a prescindere dallo status dell'individuo⁸⁴, quali: il diritto alla vita (art. 27, comma quarto, che vieta la pena di morte); il diritto al proprio decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione (art. 2); la libertà personale (art. 13, comma 1); la libertà di domicilio (art. 14, comma 1); la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15, comma 1); la libertà di circolazione (art. 16); il diritto alla salute (art. 32).

Per quanto attiene i diritti civili, questi sono riconosciuti allo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il T.U. dispongano diversamente (ex art. 2, comma secondo T.U.); in particolare: la libertà di associazione (art. 18); la libertà

⁸² D'ORAZIO G., op. cit., p.112 e ss.

⁸³ PIERRE'-CAPS S., *L'immigrazione fra diritto internazionale e diritto costituzionale*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.15.

⁸⁴ MOSCHELLA G., *Diritti umani e legislazione italiana sulla immigrazione*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.484 e ss.

di culto (art. 19); la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21, comma 1) e il diritto di difesa (art. 24, comma 1).

In tema di diritti economico-sociali, sono riconosciuti erga omnes i diritti della famiglia e il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, commi 1 e 2); il diritto/dovere dei genitori al mantenimento, istruzione e educazione dei figli (art. 30); il principio della retribuzione proporzionata e sufficiente, diritto al riposo settimanale e alle ferie, uguaglianza dei diritti tra lavoratori e lavoratrici, diritti della lavoratrice madre, diritti del minore lavoratore (art. 36 e 37); il diritto alla previdenza sociale (art. 38); i diritti sindacali (art. 39); il diritto di sciopero (art. 40); il diritto di libertà sessuale (art. 3) e il diritto all'abitazione (di elaborazione giurisprudenziale).

La stessa dottrina maggioritaria precedentemente citata afferma che, distintamente da quei diritti individualistici di libertà riconosciuti ad ogni persona in quanto preesistenti al diritto positivo, vi sono i diritti c.d. democratici (tra cui si inseriscono i diritti politici) che tradizionalmente spettano unicamente ai cittadini di uno Stato, in quanto concernono il rapporto di appartenenza ad uno Stato, oppure sono funzionali alla necessità di garantire beni essenziali alla sicurezza o all'ordine pubblico statale⁸⁵.

⁸⁵ PRUDENTE V., *L'integrazione dello straniero attraverso la partecipazione*, in AA.VV., *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, op. cit., p.283.

1.3 Profili generali della evoluzione legislativa delle politiche migratorie

1.3.1 Il quadro giuridico europeo

Incalzati dall'opinione pubblica e dagli eventi, tra gli Stati membri si va sempre più acuendo l'esigenza che si determini una politica comune europea in materia di immigrazione, al fine di arginare gli aspetti critici del fenomeno migratorio come la mole sempre più massiccia di immigrati, le drammatiche condizioni umanitarie in cui versano, unite alla crisi economico-finanziaria che gli Stati stanno attraversando. Tuttavia, non si è formato un generale consenso sul contenuto preciso di tale politica o delle specifiche azioni comuni da intraprendere per porre rimedio a siffatta occorrenza, anche in virtù della diversità di frangenti in cui gli Stati membri si trovano in merito al fenomeno in esame⁸⁶. In più, si deve tenere conto che tale materia riveste un particolare interesse per gli Stati membri, poiché va ad incidere sulle sfere della sicurezza interna e dell'ordine pubblico, e perciò essi si mostrano restii a cedere le proprie competenze⁸⁷.

In particolar modo sorge l'esigenza di elaborare misure atte ad impedire effetti negativi per l'ordine pubblico e la sicurezza degli Stati membri, dovuta alla rimozione dei controlli fisici alla circolazione delle persone tra gli Stati stessi, che rende indispensabile un'azione dell'UE in tale settore⁸⁸.

⁸⁶ MASSO' GARROTE M.F., *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione europea*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.141 e ss.

⁸⁷ TOZZOLIS., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.86.

⁸⁸ TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, Settima Edizione, p.455.

Ciò nonostante, pare che le recenti politiche migratorie europee si preoccupino più di osteggiare le reazioni e le spinte xenofobe manifestatesi in vari paesi, che occuparsi di incentivare strumenti di integrazione⁸⁹.

Infatti “sembra che la materia dell’immigrazione sia trattata dall’Europa, ancora prima che dal nostro paese, come un’emergenza; basti pensare che gli strumenti giuridici internazionali che permettono ai rifugiati di essere accolti come in un programma di protezione sono stati disegnati negli anni Cinquanta (Convenzione di Ginevra e protocolli successivi) e basati su scenari conosciuti: guerre, persecuzioni politiche e razziali, minacce di morte. Di conseguenza il nostro approccio alla gestione dei flussi migratori è di stampo emergenziale”⁹⁰.

Anzidette osservazioni si possono spiegare in relazione alla circostanza che, per lungo tempo, la materia dell’immigrazione non è stata inclusa tra le priorità comunitarie, poiché, come è noto, in principio l’UE era nata con una prevalente vocazione economica, quale la promozione di un mercato unico basato sulla “eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali” (art. 3 TCE⁹¹).

Ripercorrendo a grandi linee le tappe principali della evoluzione normativa delle politiche migratorie, si può individuare un primo sforzo di comunitarizzazione della politica d’immigrazione nella decisione della Commissione Europea dell’8 luglio 1985, che si poneva tre scopi basilari: il coordinamento in materia d’informazione reciproca sui problemi dell’immigrazione degli Stati membri,

⁸⁹ Cfr. SARDO D., *Brevi note sugli sviluppi della legislazione europea in materia di immigrazione regolare*, in RIMOLI F. (a cura di), op. cit., p.585 e ss.; MASSO’ GARROTE M.F., *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell’Unione europea*, in GAMBINO S.-D’IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.141 e ss.

⁹⁰ D’AMICO B., *È possibile distinguere migranti economici da clandestini*, 13/06/2018, <https://www.wired.it/attualita/politica/2018/06/13/clandestini-migranti-economici-rifugiati/>, (ultimo accesso 11/04/2019).

⁹¹ Firmato a Roma il 25 marzo 1957.

l'assicurazione che i progetti in materia di immigrazione rispettino le norme comunitarie e l'esame degli atti comunitari o statali volti ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia di stranieri. Questo tentativo fallì però quando, con sentenza della Corte di Giustizia europea del 9 luglio 1987, tale decisione della Commissione fu limitata alle materie strettamente comunitarie come l'occupazione e le condizioni di lavoro⁹².

Una prima e generale politica di immigrazione è stata realizzata al di fuori del sistema c.d. comunitario, su iniziativa dei governi e delle autorità preposte alla tutela dell'ordine pubblico e dell'immigrazione: il risultato della cooperazione tra Stati membri è rappresentato dalla firma degli accordi di Schengen il 14 giugno 1985 da parte di Germania, Francia, Belgio, Olanda e Lussemburgo, finalizzati all'eliminazione dei controlli fisici alle frontiere interne e al raggiungimento di una disciplina comune dei controlli alle frontiere esterne. Essi sono stati integrati dalla Convenzione sull'applicazione dell'accordo di Schengen del 19 giugno 1990 e la loro concreta attuazione (c.d. "Sistema Schengen") è avvenuta solamente il 26 marzo 1995, quando si sono aggiunti la maggior parte dei Paesi membri (l'Italia ha aderito all'accordo di Schengen il 27 novembre 1990). Tutte le realizzazioni compiute in ambito Schengen sono state integrate come "acquis Schengen" nel sistema dell'Unione europea e ripartite tra primo e terzo pilastro ad opera del Consiglio con il Trattato di Amsterdam nel 1997⁹³.

In particolare, l'accordo fissa la libera circolazione dei cittadini comunitari e dei titolari di un visto Schengen all'interno delle frontiere dello spazio così formatosi ed annuncia che il principio di libera circolazione non riguarda solo i lavoratori, bensì anche i cittadini in quanto tali; stabilisce invece un visto unico per gli

⁹² MASSO' GARROTE M.F., *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione europea*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.143 e ss.

⁹³ TESAURO G., op. cit., p.455.

extracomunitari⁹⁴. In definitiva, la disciplina dettata da tali accordi ha rappresentato il nucleo essenziale dello sviluppo delle politiche comunitarie sull'immigrazione ed ha attribuito ad esse una prospettiva orientata prevalentemente verso l'adozione di strumenti di controllo dei flussi migratori e di contrasto dell'immigrazione irregolare⁹⁵.

Successivamente, l'interesse per tale tema è aumentato con il processo di “snazionalizzazione” dovuto all'applicazione delle norme di diritto umanitario convenzionale e, contemporaneamente, all'influenza determinante del Trattato di Amsterdam, firmato nel 1997 ed entrato in vigore dal primo maggio 1999. Quest'ultimo, infatti, ha operato la comunitarizzazione della materia inerente a visti, asilo e immigrazione e le altre politiche connesse con la circolazione delle persone. Tale materia era prima collocata nell'ambito del c.d. Terzo Pilastro, inserito nel Trattato di Maastricht del 1992, ed era di competenza della cooperazione governativa; in seguito tale pilastro è stato rinominato “Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale” e situato nel Titolo IV del TCE, all'interno cioè del primo pilastro dell'azione comunitaria, il che comporta che le decisioni sono di diretta competenza dell'Unione. Nel titolo VI del TUE era rimasto dunque solo uno dei settori che prima erano di pertinenza della cooperazione in materia di giustizia e affari interni⁹⁶.

Il nuovo articolo 63 del Trattato CE ha avallato il Consiglio ad intervenire su tre fronti in materia di “politica dell'immigrazione”, quali: definizione delle condizioni di ingresso e soggiorno di lungo periodo, diritto dei cittadini di Paesi

⁹⁴ PUGLIESE E., *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Il Mulino, Bologna, 2006, p.90.

⁹⁵ MASSO' GARROTE M.F., *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione europea*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.144.

⁹⁶ NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1984, p. XXXII.

terzi (CPT) alla libera circolazione tra gli stati membri ed immigrazione e soggiorno irregolari.

Tale atto dunque ha segnato una svolta nella forma di trattare il fenomeno migratorio e le questioni ad esso connesse all'interno dell'Unione: infatti tali temi erano stati fino ad allora ritenuti di interesse comune solamente per gli Stati che dovevano risolvere questioni poste dall'arrivo di persone individualmente proveniente da Paesi terzi. Esso dunque ha costituito la base giuridica che giustifica la competenza della Comunità ad introdurre una politica di immigrazione comunitaria e ha comportato le seguenti innovazioni: innanzitutto si viene ad aggiungere agli obiettivi comunitari quello che l'Unione diventi uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", in cui le persone, indipendentemente dalla loro nazionalità, possano muoversi senza frontiere interne e godere di un nucleo comune di diritti⁹⁷; poi, data la possibilità di adottare norme di diritto derivato in tale ambito, si tende a creare una maggiore armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri, in quanto sono strumenti giuridici vincolanti e direttamente applicabili⁹⁸; infine, le decisioni adottate tramite procedure comunitarie sono passibili di controllo non solo da parte della società civile, ma anche della Corte di Giustizia, che ha il potere di effettuare un controllo giurisdizionale nell'attuazione e interpretazione delle norme stesse⁹⁹.

Data la vastità delle nuove competenze, era stato previsto un periodo transitorio quinquennale dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam in cui il Consiglio

⁹⁷ A seguito del *Programma di Tampere* (1999-2004), l'Ue ha approvato il c.d. *Programma dell'Aia* al fine di avviare una politica globale in materia di immigrazione.

⁹⁸ Si sottolinea che, in quanto ambito competenziale condiviso dagli Stati membri e dalla Comunità, il principio di sussidiarietà ha il compito di definire le situazioni in cui quest'ultima può intervenire. A tal proposito, ex art. 63, comma secondo: "Le misure adottate dal Consiglio [...] non ostano a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali".

⁹⁹ MASSO' GARROTE M.F., *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione europea*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.148 e ss.

avesse potuto deliberare all'unanimità e il potere d'iniziativa fosse condiviso tra la Commissione e gli Stati membri ex art. 67 TCE¹⁰⁰.

Negli anni seguenti si è iniziata ad instaurare una vera e propria politica europea sull'immigrazione con l'adozione di una serie di importanti direttive riguardanti il diritto al ricongiungimento familiare e lo status dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo¹⁰¹. La Direttiva 2008/115/CE concerne invece il contrasto all'immigrazione irregolare e prevede norme e procedure comuni per gli Stati membri ai fini del rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi "clandestini": in particolare sancisce l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali dell'uomo e quindi di riconoscergli un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quelli previsti da alcune disposizioni nazionali in merito a misure coercitive, allontanamento, prestazioni sanitarie e trattamento¹⁰².

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il primo dicembre 2009, si è riproposto di proseguire nell'intento di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia: ha stabilito in primo luogo che gli Stati candidati all'adesione debbano accettare integralmente l'acquis di Schengen e le ulteriori misure adottate ad esso relative; in secondo luogo ha eliminato la tradizionale struttura a pilastri dell'Unione, il che ha implicato la comunitarizzazione della cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale, che è di fatto confluita nel nuovo titolo V del TFUE¹⁰³, denominato appunto allo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

¹⁰⁰ TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.93.

¹⁰¹ Cfr. rispettivamente Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003; Direttiva 2003/119/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003.

¹⁰² TESAURO G., op. cit., p.458.

¹⁰³ Il titolo V del TFUE è composto da cinque capi: il capo 1 prevede disposizioni comuni; il capo 2 si occupa delle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione; il capo 3 tratta della cooperazione giudiziaria in materia civile mentre il capo 4 della cooperazione in materia penale; infine il capo 5 riguarda la cooperazione di polizia.

A tal proposito, ex art. 79 TFUE, “L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani”. L'articolo prosegue elencando le misure che Parlamento europeo e Consiglio possono adottare: le condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; la definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; l'immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; la lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori. Si prevede inoltre che L'Unione possa concludere con i Paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cittadini di Paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri. Infine, si precisa che gli Stati membri mantengono il “diritto di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di Paesi terzi, provenienti dai Paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo”¹⁰⁴.

In conclusione si può affermare che ci troviamo ancora in una fase relativamente prematura per la definizione di una cornice giuridica comune in materia d'immigrazione nell'Unione europea. Infatti, nonostante l'attività normativa sia stata molto densa negli scorsi anni, il fatto di non poter intervenire per

¹⁰⁴ TESAURO G., op. cit., p.458 e ss.

armonizzare le nozioni di regolarità, irregolarità e/o eventuali misure di integrazione sociale degli stranieri, hanno reso la disciplina frammentaria e tesa ad un uguagliamento delle legislazioni statali a condizioni più restrittive¹⁰⁵.

1.3.2 La percezione del fenomeno migratorio nel contesto nazionale

Il fenomeno migratorio spazia in un ambito interdisciplinare per cui non può essere efficacemente analizzato adottando il solo punto di vista giuridico, bensì occorre avere una previa conoscenza degli aspetti socioeconomici e culturali delle migrazioni; solo così è possibile formulare giudizi o proporre modifiche sulla efficacia di una normativa rispetto alle esigenze di disciplina del fenomeno stesso¹⁰⁶.

Si può osservare innanzitutto che nel nostro Paese, così come in molti Paesi europei coinvolti nel fenomeno migratorio, si fa sempre più strada la convinzione di un'invasione da parte degli immigrati, avvertiti come una minaccia incombente, che dà luogo ad un moto di allarmismo sociale ed economico. In più, si rileva che il clamore mediatico riservato alle notizie riguardanti lo sbarco di immigrati è finalizzato ad accrescere tale percezione e ad ingenerare paura, strumentalizzando fatti di cronaca e facendo leva sull'ignoranza comune. Si stima infatti che “nel corso del 2017 i telegiornali di prima serata si siano occupati per lo più di flussi migratori (40%), riservando quasi la metà delle notizie ai numeri e alla gestione degli sbarchi sulle coste italiane. Un ulteriore 34% dei servizi del

¹⁰⁵ MASSO' GARROTE M.F., *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione europea*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.154 e MCBRITTON M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci Editore, Bari, 2017, p. 43.

¹⁰⁶ In tal senso DONDI G., *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Cedam, Padova, 2001, p.2.

tg si è dedicato a questioni che mettono in relazione immigrazione, criminalità e sicurezza. Per trovare il primo tema dotato, almeno potenzialmente, dei caratteri di “buona notizia” è necessario scendere al terzo posto, dove si colloca il racconto dell’accoglienza, al quale nel 2017 è stato riservato l’11% delle notizie”¹⁰⁷.

Si nota inoltre che la paura dello straniero, capro espiatorio del malessere sociale avvertito da tempo in Italia, genera spinte verso il nazionalismo, che produce di conseguenza odio e intolleranza per tutto ciò che è diverso, o meglio, che non appartiene alla comunità di appartenenza del singolo.

A tale meccanismo si può tentare di dare una spiegazione sia sotto un profilo antropologico che sotto un profilo storico-economico. Per quanto riguarda il primo aspetto, “circa il 60% della popolazione adulta italiana è profondamente sfiduciata, percependosi alle prese con un contesto sociale ed economico inaffidabile e persecutorio; al contempo, tale maggioranza di italiani ha una visione negativa dell’immigrato e più in generale dell’estraneo o del “diverso”, vedendo nell’appartenenza identitaria l’unica possibile difesa dalla minaccia che percepisce venire dall’esterno”¹⁰⁸.

Il concetto di estraneo viene quindi impiegato in un processo di categorizzazione sociale ai fini della formazione e della coesione all’interno del gruppo di appartenenza, cosicché ci si autodefinisce in positivo rispetto a tutto ciò che è “altro” da noi stessi, che finisce di conseguenza per assumere una connotazione

¹⁰⁷ XXVII Rapporto Immigrazione Caritas Migrantes (RICM) 2017-2018, “*Un nuovo linguaggio per le migrazioni – Sintesi*”, 28/09/2018, <http://www.caritas.it/caritasitaliana/allegati/7824/Sintesi%20per%20giornalisti.pdf>, (ultimo accesso 05/06/2019).

¹⁰⁸ Comunicato stampa dell’Associazione Italiana di Psicologia, *I problemi della ‘sicurezza’: l’impatto psicologico e psicosociale della legge 132/2018*, 03/04/2019, https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/psicologi-decreto-immigrazione/?fbclid=IwAR24n5KoNXTj1W4q_XANKqzxXPhBBUEzHvckA2gN_xxIlpOxw--QJxRCtnE, (ultimo accesso 11/04/2019).

ostile ed alimentare tensioni reciproche¹⁰⁹. Da qui nascono anche le discriminazioni, figlie della correlazione fra gruppo e identità sociale. Se si analizzano le politiche migratorie, si nota che esse si basano su un concetto fallace collegato alla nascita degli Stati moderni: i cittadini, o più in generale il popolo di uno Stato, condividono radici, cultura e lingua, per cui lo spostamento di un individuo può essere visto come patologico in quanto va contro il concetto unitario di popolo e ne scardina la logica sottostante¹¹⁰.

Da un punto di vista storico-economico invece, è un fatto noto che l'Italia sia passata dall'essere uno dei maggiori paesi di emigrazione nel XIX secolo a paese meta di flussi di immigrazione a partire dalla metà degli anni '70 dello scorso secolo. Tale inversione di tendenza è avvenuta successivamente ad una fase di boom economico, che aveva investito i paesi dell'Europa centro-settentrionale tra la metà degli anni '50 e gli inizi degli anni '70: questi ultimi di conseguenza avevano dovuto ricorrere alla forza lavoro immigrata per sostenere l'incremento riproduttivo¹¹¹, sottovalutando ed ignorando i costi sociali e politici, oltre che la crescente evoluzione, del fenomeno migratorio. A questa fase di crescita aveva fatto seguito una severa recessione economica dovuta alla crisi petrolifera, che aveva segnato non solo la fine dei processi di reclutamento all'estero ma, anche causa di una forte pressione sociale, aveva dato l'avvio a politiche di chiusura nei confronti degli ingressi di extracomunitari. In conseguenza di ciò si spiega lo

¹⁰⁹ SACCO R., *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007, p.62 e ss.

¹¹⁰ REMOTTI F., *Fare umanità: i drammi dell'antropo-poiesi*, GLF editori Laterza, Roma – Bari, 2013,- IX, p.44 e ss.

¹¹¹ Classico esempio sono i Gastarbeiter, lavoratori stranieri immigrati in Germania e da questa considerati come ospiti in quanto chiamati per rispondere alle esigenze temporanee del mercato del lavoro per poi tornare in patria.

spostamento di direzione dei flussi migratori verso l'Europa meridionale, ed in special modo Italia, Spagna e Portogallo¹¹².

In conclusione e sintetizzando, il repentino cambio di flussi ha trovato davanti a sé un paese non culturalmente pronto ad accogliere popolazioni straniere, e tale impreparazione è stata implementata dalla scarsa attenzione che i soggetti pubblici istituzionali vi hanno prestato¹¹³.

1.3.3 Il quadro giuridico italiano

Passando ora ad esaminare l'evoluzione della normativa interna in materia di immigrazione¹¹⁴, si nota che nell'ordinamento nazionale una legislazione organica ha tardato ad arrivare, e si osserva come l'assenza di procedure di registrazione e controllo rispetto agli ingressi nel territorio italiano abbia favorito l'immigrazione irregolare¹¹⁵. Basatasi fino agli anni '90 sul Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773) e sul Regolamento di esecuzione (R.D. 6 maggio 1940, n. 635), dopodiché la normativa sugli stranieri in Italia è stata oggetto di vari interventi del legislatore, tutti (o quasi) con scarso successo e di limitata incidenza¹¹⁶.

Un primo approccio in merito è stato intrapreso dalla legge Foschi del 30 dicembre 1986, n. 943, recante "Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni

¹¹² MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010, p.2 e ss.

¹¹³ AMBROSINI M., *La fatica di integrarsi*, Il Mulino, Bologna, 2001, p.17.

¹¹⁴ Per una panoramica sul tema si rinvia a CHIAROMONTE W., op. cit., p.97 e ss.

¹¹⁵ MONTANARI A., op. cit., p.8.

¹¹⁶ Cfr. NASCIMBENE B., *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma.*, Cedam, Padova, 1997, p.3 e BELLOCCHI P. – STAIANO R., *Lavoro e diritti degli extracomunitari*, in RIMOLI F. (a cura di), *Immigrazione e integrazione: dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. II, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.

clandestine”, che ha dato attuazione alla Convenzione n. 143 dell’OIL del 24 giugno 1975¹¹⁷. Tale legge ha disciplinato per la prima volta, tramite lo strumento della sanatoria, le modalità d’ingresso dei lavoratori subordinati, regolando il rilascio del visto d’ingresso per motivi lavorativi¹¹⁸. Questa prima grande regolarizzazione ha avviato anche alcune misure volte all’emersione dell’immigrazione clandestina, consentendo ai datori di lavoro di regolarizzare la posizione lavorativa degli immigrati extracomunitari alle loro dipendenze, e a questi ultimi di ottenere un regolare permesso di soggiorno e, di conseguenza, di poter esercitare il diritto al ricongiungimento familiare. Infatti, l’articolo 1 della legge recita così: “La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell’OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con la legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori extracomunitari legalmente residenti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani”. In definitiva però, la legge Foschi si era incentrata perlopiù sui profili lavorativi degli stranieri, evitando di affrontare l’argomento dell’ingresso e del soggiorno di costoro¹¹⁹.

Dopo la tristemente nota vicenda del mancato riconoscimento dello status di rifugiato a Jerry Masslo nell’agosto del 1989, morto nelle campagne di Villa Litterno dove lavorava illegalmente come bracciante agricolo nella raccolta di pomodori, l’Italia ha iniziato a prendere atto che il fenomeno immigratorio va sempre più aumentando¹²⁰.

La legge Martelli del 28 febbraio 1990, n. 39, di conversione del d.lgs. 416 del 1989 (così denominata dal nome del proponente, allora Vicepresidente del

¹¹⁷ A tale Convenzione sarà dedicato il paragrafo 2.2 del seguente capitolo.

¹¹⁸ AMBROSINI M., *La fatica di integrarsi*, op. cit., p.17.

¹¹⁹ BELLOCCHIP. – STAIANO R., Lavoro e diritti degli extracomunitari, in RIMOLI F. (a cura di), op. ult. cit., p.36.

¹²⁰ Ivi, p.37 e ss.

Consiglio), ha provveduto a rimediare alla previa normativa, che risultava non più sufficiente a regolare la questione dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini extracomunitari. Specificatamente, la legge n. 39 ha introdotto nel nostro sistema il diritto d'asilo, eliminando la "riserva geografica" applicata a coloro che provenivano dai Paesi diversi da quelli dell'Est europeo, apposta in seguito alla ratifica, avvenuta con legge n. 722 del 1954, della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato. Inoltre, la legge Martelli ha avuto il grande pregio di essere stata preceduta da un ampio coinvolgimento della società, tra cui non solo giuristi, ma anche economisti e filosofi, e di aver cominciato a delineare lo statuto giuridico dello straniero in sé, non solo limitatamente al suo status di lavoratore. Pur essendo accompagnata da una sanatoria, che consisteva nella "regolarizzazione dei cittadini extracomunitari già presenti nel territorio dello Stato", tralasciando così l'ottica esclusivamente securitaria della questione stranieri, suddetta legge aveva presentato sin da subito numerosi difetti, tra i quali: una incompleta disciplina delle condizioni di soggiorno, l'assenza delle misure per l'integrazione di tali soggetti, l'inadeguatezza delle norme per il contrasto dell'immigrazione clandestina e l'affidamento a circolari ministeriali del compito di colmare tali lacune¹²¹.

Particolarmente significativa ed innovativa della disciplina normativa italiana è stata la promulgazione della legge Turco-Napolitano¹²² in data 6 marzo 1998, n. 40, riguardante la "disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", di adempimento all'obbligo costituzionale ex art. 10, comma secondo, Cost. Questa legge, accompagnata da una sanatoria, è poi confluita nel Testo unico "delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme

¹²¹ BONINI F., *L'immigrazione nella storia amministrativa italiana: da non-luogo ad assetto multilivello*, in RIMOLI F. (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, vol. I, op. cit., p.46 e ss.

¹²² Rispettivamente, ministro della solidarietà sociale e ministro degli interni.

sulla condizione dello straniero” (d.lgs. del 25 luglio 1998, n. 286), d’ora in poi T.U., cui ha fatto seguito un regolamento di attuazione, approvato con d.p.r. del 31 agosto 1999, n. 394.

Il Testo Unico rappresenta finalmente una legge organica della materia in quanto racchiude la disciplina delle varie tipologie di ingresso e di soggiorno, il regolamento della fase di espulsione ed i diritti sociali riconosciuti agli stranieri. La struttura del T.U. pare governata da una logica binaria per le diverse argomentazioni in esso contenute: da un lato, si rinvencono disposizioni assai limitative e sanzionatorie del fenomeno migratorio, in particolare nei riguardi degli stranieri irregolari, poi riconsiderate come norme razionalizzatrici dello stesso testo normativo; dall’altro, si riscontrano norme attributive di diritti agli stranieri regolari, in funzione di una piena integrazione sociale di questi ultimi¹²³. In generale, si evince uno sforzo nel disciplinare la posizione dello straniero non solo come lavoratore, bensì come cittadino; in merito a ciò il T.U. presenta un principio di rilevanza fondamentale, l’articolo 2, comma primo, il quale prevede che “allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”. Da tale disposizione si deduce che la distinzione tra stranieri regolari e irregolari non pregiudica il riconoscimento a questi ultimi di una serie di diritti fondamentali¹²⁴. Si darà conto più avanti della disciplina racchiusa nel Testo Unico, specialmente con riguardo al principio di parità di trattamento del lavoratore italiano e straniero (capitolo 2)

¹²³ MUSUMECI A., *Sicurezza, migranti e livelli di governo*, in RIMOLI F. (a cura di), op. ult. cit., p.473 e DE ROBBIO C., op. cit., p.47.

¹²⁴ MUSUMECI A., *Sicurezza, migranti e livelli di governo*, in RIMOLI F. (a cura di), op. ult. cit., p.474.

e alle modalità di ingresso e di soggiorno del prestatore straniero (capitolo 3), nonché in materia di sfruttamento lavorativo (capitolo 4).

Gli interventi politico-legislativi successivi al T.U. non si sono avvalsi di uno strumento programmatico coerente e di lunga durata, bensì si sono incentrati per un verso a limitare l'ingresso degli stranieri extracomunitari (mentre, come si vedrà, i cittadini comunitari godono della libertà di circolazione sancita dalla Direttiva 2004/38/CE e dall'accordo di Schengen) e a reprimere le varie forme di irregolarità. Per altro verso, si sono adoperati per l'introduzione di un apparato sanzionatorio che, cavalcando l'onda di un crescente senso di insicurezza, non solo sociale, ma anche economica, avvertito dall'opinione pubblica, ha deviato il problema dell'immigrazione in un problema di ordine pubblico, con conseguenze tangibili in ordine al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali degli immigrati¹²⁵. A tal proposito, le scienze sociali chiariscono che l'insorgere di paure e insicurezze all'interno di una società scaturisce dallo sviluppo di un ciclo economico positivo o meno: all'accentuazione delle disuguaglianze e delle emarginazioni sociali, corrisponde una intensificazione della richiesta ai pubblici poteri di allontanare dalla comunità ogni possibile fattore di rischio¹²⁶.

In un contesto politico caratterizzato da un susseguirsi di alternanze delle diverse maggioranze politiche, si inserisce la legge Bossi-Fini del 30 luglio 2002, n. 189, la quale ha condizionato le modalità d'ingresso e di soggiorno degli stranieri alla titolarità effettiva di un impiego di lavoro (come si vedrà più approfonditamente nel terzo capitolo)¹²⁷, in una logica preventiva (e fallace) dell'immigrazione clandestina. Segnatamente poi, la legge n. 189 ha elaborato nuove fattispecie di

¹²⁵ MOSCHELLA G., *Immigrazione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, op. cit., p.14.

¹²⁶ MUSUMECI A., *Sicurezza, migranti e livelli di governo*, in RIMOLI F. (a cura di), op. ult. cit., p.461 e ss.

¹²⁷ MONTANARI A., op. cit., p.84.

reato (basti ricordare il delitto di falso, i delitti di favoreggiamento dell'immigrazione)¹²⁸, mettendo in evidenza la differenziazione tra stranieri regolari e non¹²⁹.

In linea con questa logica emergenziale e securitaria, per contrastare più efficacemente l'immigrazione irregolare e clandestina, sono state adottate varie misure inserite nei c.d. "Pacchetti Sicurezza"¹³⁰: il decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, in materia di sicurezza pubblica, i due decreti legislativi n. 159 e 160, del 3 ottobre 2008, relativi rispettivamente allo status di rifugiato e al ricongiungimento familiare. Infine, la legge il 15 luglio 2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", ha introdotto due importanti novità: il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, di competenza del giudice di pace, per cui era prevista un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro¹³¹; e la previsione dell'accordo di integrazione, che lega la possibilità di conservare il titolo abilitativo del soggiorno a un meccanismo a crediti che di fatto comporta nuovi ostacoli alla conservazione delle condizioni legittimanti il rinnovo dei permessi¹³².

La novella legislativa più recente e assai discussa, che si pone in linea con la precedente tendenza normativa, è costituita dal decreto legge "Immigrazione e sicurezza" del 4 ottobre 2018, n. 113, poi convertito dalla legge primo dicembre

¹²⁸ Per una disamina più approfondita di questi reati, si veda BELLOCCHI P. – STAIANO R., *Lavoro e diritti degli extracomunitari*, in RIMOLI F. (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, vol. II, op. cit., p.48 e ss.

¹²⁹ BONINI F., *L'immigrazione nella storia amministrativa italiana: da non-luogo ad assetto multilivello*, in RIMOLI F. (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, vol. I, op. cit., p.48.

¹³⁰ Per un'analisi più dettagliata si rimanda a BELLOCCHI P. – STAIANO R., *Lavoro e diritti degli extracomunitari*, in RIMOLI F. (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, vol. II, op. cit., p.58 e ss.

¹³¹ In seguito il c.d. reato di immigrazione clandestina è stato trasformato in illecito amministrativo dalla legge 67 del 2014, purtuttavia rimane reato permanere o rientrare in Italia in violazione di un ordine di espulsione. Si veda BARBERA A.-FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Seconda ed., Il Mulino, Bologna, 2014, p.165.

¹³² In merito all'accordo di integrazione, si rinvia al capitolo terzo, paragrafo 3.4.1.

2018, n. 132, meglio noto come Decreto Salvini. Esso si compone di tre titoli: il primo si occupa di riformare il diritto d'asilo e la cittadinanza, il secondo tratta di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto della criminalità organizzata, e l'ultimo si interessa di amministrazione e gestione dei beni sequestrati e confiscati alla mafia. Le linee generali di tale normativa consistono nel diniego della protezione internazionale nel caso di condanna definitiva, nel raddoppio dei tempi di trattenimento nei centri di prima accoglienza, nella revoca della cittadinanza italiana in alcuni casi gravi (per i colpevoli di reati con finalità di terrorismo o eversione dell'ordinamento costituzionale) e nel raddoppiamento dei tempi (4 anni) per la concessione della cittadinanza per matrimonio e per residenza¹³³. L'Ispi – Istituto di ricerca su temi di politica internazionale – ha stimato, sulla base dei dati del ministero dell'interno, che dopo l'entrata in vigore del Decreto Salvini (periodo giugno 2018 – febbraio 2019), vi siano oltre 40.000 stranieri irregolari in più: si ritiene che ciò sia dovuto al fatto che migliaia di immigrati hanno perso le tutele legislative ma non sono stati effettivamente espulsi dall'Italia¹³⁴.

A ben vedere, il persistente ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza per sopperire alle lacune del sistema verificatosi negli ultimi anni è indice della mancanza di un disegno politico di carattere generale, in quanto appare come uno strumento improprio per un fenomeno che si configura oramai come strutturale

¹³³ CAMILLI A., *Cosa prevede il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza*, 24/09/2018, <https://www.internazionale.it/bloc-notes/annalisa-camilli/2018/09/24/decreto-salvini-immigrazione-e-sicurezza>, (ultimo accesso 19/06/2019).

¹³⁴ DEL FRATE C., *Migranti e decreto Salvini*, 24/03/2019, https://www.corriere.it/cronache/19_marzo_24/migranti-italia-44000-irregolari-piu-caritas-corre-ripari-e542a400-4e0e-11e9-8f3f-b71cad3f7934.shtml?fbclid=IwAR11II847M0I_4NZgYK66caXf6fWAGCX8Lt1T2RnzN-ryOvum5YG9eAbWH8, (ultimo accesso 26/03/2019).

e non contingente¹³⁵. Checche' se ne dica, i dati statistici parlano chiaro: secondo il rapporto annuale elaborato dalla Caritas e dalla Fondazione Migrantes, che riprende in parte i dati forniti dall'Istat, si legge che "dal 2006 al 2018 la mobilità italiana è aumentata del 64,7% passando, in valore assoluto, da poco più di 3,1 milioni di iscritti all'Anagrafe degli Italiani Residenti all'Estero (Aire) a più di 5,1 milioni. L'Italia, con 5.144.440 immigrati regolarmente residenti sul proprio territorio (8,5% della popolazione totale residente in Italia) si colloca al 5° posto in Europa e all'11° nel mondo. Secondo l'UNHCR, tra il 1° gennaio e il 31 agosto 2018 è sbarcato in Italia l'80% di migranti in meno rispetto allo stesso periodo del 2017"¹³⁶.

In conclusione, si può osservare che una costante delle recenti politiche migratorie consiste nell'affidamento della gestione del fenomeno migratorio agli organi esecutivi dello Stato ed all'autorità di polizia, anche a riprova del carattere emergenziale attribuito all'immigrazione. È necessario dunque prendere in considerazione il fatto che delegare questo compito al potere esecutivo ha spesso determinato un uso degli atti amministrativi come principale fonte normativa e, di conseguenza, come mezzo generale e ordinario nella amministrazione quotidiana dei movimenti migratori. È proprio l'uso spropositato degli atti amministrativi in questo campo, in particolare delle circolari amministrative, che ha alimentato in Italia un peculiare fenomeno di governo per circolari, creando

¹³⁵ MCBRITTON M., *Immigrazione e lavoro nell'esperienza giuridica italiana*, in *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci Editore, Bari, 2007, p.195.

¹³⁶ XXVII Rapporto Immigrazione Caritas Migrantes (RICM) 2017-2018, "*Un nuovo linguaggio per le migrazioni – Sintesi*", 28/09/2018, <http://www.caritas.it/caritasitaliana/allegati/7824/Sintesi%20per%20giornalisti.pdf>, (ultimo accesso 05/06/2019).

così un “universo normativo sotterraneo” che si è sviluppato in assenza di leggi specifiche sulla condizione dello straniero¹³⁷.

Dopo gli anni Novanta infatti, le circolari amministrative sono diventate strumento privilegiato di integrazione e di interpretazione della disciplina giuridica dell'immigrazione, e la continua creazione di nuove regole e di interpretazioni autentiche attraverso di esse ha prodotto un forte condizionamento nelle modalità e nei tempi di applicazione dell'attuale legislazione. Si rileva a tal proposito che le disposizioni dettate dalle circolari hanno dato vita ad un “infra-diritto degli stranieri”, che si caratterizza per la sua informalità e immediata aderenza ai fatti, nonché per le modalità di adozione flessibili, oltre che per la sua inafferrabilità e segretezza. L’espressione “sottosistema normativo” ben illustra il contesto normativo vago ed incerto in cui sono costretti a muoversi non solo i soggetti toccati in primis da tale normativa, ergo gli stranieri, ai quali viene negata la possibilità di conoscere concretamente i propri diritti e perciò di potersi difendere adeguatamente; bensì si riferisce anche a tutti coloro che nella pratica sono tenuti ad applicarla, per cui la confusione e la poca chiarezza si traducono in trattamenti diversificati nei confronti degli stranieri, che possono essere causa di discriminazione. In definitiva, si può constatare che non solo ad oggi è impossibile analizzare le politiche migratorie italiane senza un'approfondita disamina delle circolari amministrative, ma anche come l'utilizzo crescente di simili fonti, che formalmente non rientrano in quelle di diritto pubblico, nella regolamentazione di fatto degli aspetti essenziali della

¹³⁷ Così si esprime GJERGJI I., *Sulla governance delle migrazioni: sociologia dell'underworld del comando globale*, Angeli, Milano, 2016, p.91.

vita degli immigrati rappresenta un terreno di sperimentazione di nuove politiche istituzionali¹³⁸.

¹³⁸ Ivi, p.94 e ss.

II Le garanzie previste a favore del lavoratore straniero

2.1 Il lavoratore migrante nella Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari. - 2.2 Le Convenzioni OIL ed i *core labour standards*. - 2.3 Le Convenzioni del Consiglio d'Europa in materia di migrazioni economiche. - 2.4 La libertà di circolazione dei lavoratori nel diritto dell'Unione europea. - 2.5 *Segue*: La libertà di circolazione dei lavoratori dei Paesi terzi. - 2.6 Il diritto al lavoro riconosciuto allo straniero nella Costituzione italiana.

2.1 Il lavoratore migrante nella Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari

Nel capitolo precedente si è tentato di delineare una panoramica generale della figura dello straniero e della condizione giuridica a questi riservata nell'ambito internazionale e nazionale; inoltre si è introdotto il discorso concernente il fenomeno migratorio e gli aspetti normativi dello stesso.

Il presente capitolo si incentrerà sulla figura e sulle garanzie previste a favore del lavoratore straniero, partendo dal contesto internazionale ed europeo, per giungere a quello nazionale, per poi approfondire nel successivo capitolo le modalità di ingresso e soggiorno a fini lavorativi dello straniero nel territorio nazionale.

Si premette infine che, ai fini di mera comodità espositiva, l'uso del termine straniero, senz'altra specificazione, sarà considerato come equivalente a quello di immigrato o lavoratore extracomunitario. A questo punto, giova qui precisare la definizione di migrante economico, o lavoratore migrante, accennata nel capitolo precedente: egli è quell'individuo economicamente attivo in un Paese di cui non possiede la cittadinanza, vale a dire colui che volontariamente decide di stabilirsi in un Paese diverso da quello di appartenenza con lo scopo di svolgere un'attività lavorativa – elemento che lo differenzia da quei soggetti che

abbandonano il loro paese perché “costretti” a farlo (come ad esempio i rifugiati)¹³⁹.

Trattandosi dunque di un fenomeno che supera i confini dei singoli Stati, il primo livello di analisi non può che essere quello internazionale. Si può constatare primariamente che, sebbene siano stati vari gli apporti delle organizzazioni internazionali al regime di parità di trattamento tra lavoratori, i risultati non corrispondono alle aspettative; in altri termini, le fonti multilaterali, pur avendo confezionato un nucleo di diritti fondamentali spettanti ai lavoratori migranti, non incidono sulle regole in materia di ingresso al territorio e di accesso al mercato del lavoro, che restano ancorate alla legislazione nazionale o ad eventuali accordi bilaterali¹⁴⁰.

Si è già fatto cenno nel capitolo precedente alla Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families* – ICRMW)¹⁴¹, adottata con risoluzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite n. A/RES/45/158 del 18 dicembre 1990 ed entrata in vigore internazionalmente soltanto dal primo luglio 2003, al momento del raggiungimento della soglia dei 20 Stati ratificanti¹⁴². Essa definisce lavoratore migrante come la persona che “*is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity*” in uno Stato diverso da quello in cui ha la cittadinanza

¹³⁹ MORRONE F., *Il lavoratore migrante irregolare*, in GAMBINO S.-D’IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.302.

¹⁴⁰ TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.63 e ss.

¹⁴¹ Il cui testo è consultabile al sito www.integrazionemigranti.gov.it, (ultimo accesso 21/06/2019).

¹⁴² Al 18/12/2018, Giornata internazionale per i diritti dei migranti, tale Convenzione contava 47 ratifiche. Fonte: *18 dicembre, Giornata internazionale per i diritti dei migranti*, <https://www.unicef.it/print/5246/18-dicembre-giornata-per-i-diritti-dei-lavoratori-migranti.htm>, (ultimo accesso 01/06/2019).

(art. 2, par. 1); in questo termine sono compresi i lavoratori frontalieri, stagionali, autonomi, ecc., le cui definizioni sono date all'art. 2, par. 2¹⁴³.

Inoltre all'art. 1, comma primo, si annuncia che l'efficacia soggettiva della stessa non si fonda sul principio di reciprocità, per cui vengono inclusi tutti i lavoratori immigrati indipendentemente dall'appartenenza ad uno degli Stati contraenti¹⁴⁴.

Il Preambolo della Convenzione ONU ne proclama la portata universale, sia attraverso il richiamo agli strumenti di diritto internazionale umanitario, sia evidenziando l'intento di regolare non solo la situazione degli immigrati regolari, bensì anche quella di coloro che sono entrati clandestinamente nel territorio di uno Stato. A tal proposito essa distingue un nucleo minimo di diritti di natura pubblicistica da riconoscere ad ogni lavoratore migrante (artt. 8 - 35), ossia ad ogni soggetto che svolga un'attività lavorativa sul territorio di uno degli Stati contraenti¹⁴⁵, a prescindere dal proprio status; nondimeno, allo scopo di scoraggiare il lavoro irregolare, contiene una serie di diritti ulteriori a favore esclusivamente dei lavoratori migranti regolarmente residenti¹⁴⁶ (artt. 36 - 56), c.d. *documented or in a regular situation migrants*, i quali “*are authorized to enter, to stay and to engage in a remunerated activity in the State of employment...*” (art. 5, lett. a).

Nello specifico, la parte III della ICRMW elenca a favore dei lavoratori migranti gli stessi diritti fondamentali contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti umani e ripresi dai trattati internazionali successivi, tra i quali: il diritto alla vita, la condanna dei trattamenti crudeli, inumani e degradanti, il divieto di schiavitù,

¹⁴³ PALANDRII, *La Convenzione Onu del 1990 sullo status dei lavoratori migranti*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.533.

¹⁴⁴ CHIAROMONTE W., op. cit., p.14.

¹⁴⁵ PUSTORINO P., *I diritti economici e sociali*, in AA.VV., *Immigrazione, diritto e diritti*, op. cit., p.325 e ss.

¹⁴⁶ La ICRMW non contempla un periodo minimo di residenza nello Stato di occupazione finalizzato all'accesso a tali prestazioni.

la libertà di pensiero, coscienza e religione, il diritto all'onore e alla dignità, la libertà di domicilio, la libertà di corrispondenza, ecc. A seguire prevede il diritto del lavoratore migrante sia di lasciare uno Stato, compreso il Paese d'origine, che di farvi rientro e rimanervi (art. 8, par. 1 e 2). Tuttavia, la Convenzione non sancisce un obbligo in capo agli Stati contraenti di ammettere l'ingresso sul loro territorio di lavoratori migranti che provengono da altri Stati contraenti.

Va sottolineato che il principio di non discriminazione pervade l'intera Convenzione: l'articolo 7 tutela i diritti di tutti i lavoratori migranti e delle loro famiglie indipendentemente da "sesso, razza, colore della pelle, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, origine nazionale, etnica o sociale, cittadinanza, età, posizione economica, proprietà, stato civile, nascita o altro status". Segnatamente, sul versante dei rapporti di lavoro, all'art. 25 enuncia il principio di parità di trattamento tra lavoratori immigrati e nazionali, ovvero stabilisce che i lavoratori migranti debbano essere trattati allo stesso modo dei cittadini dello Stato in cui si trovano, sia per quanto riguarda l'aspetto della remunerazione e delle condizioni di lavoro (orario di lavoro, straordinari, riposo settimanale, ferie), sia per l'aspetto della sicurezza sociale e delle cure mediche urgenti¹⁴⁷.

A favore dei soli lavoratori immigrati in posizione regolare, la parte IV della ICRMW estende le tutele precedenti ed anche il principio di parità di trattamento, che va a ricomprendere sia il diritto a partecipare all'amministrazione della "cosa pubblica" ed all'elettorato attivo e passivo nello Stato di destinazione, sia le varie prestazioni sociali inerenti all'educazione, alla formazione professionale, ai servizi di collocamento, all'assistenza sociale e sanitaria, oltre che, sul piano collettivo, il diritto di formare associazioni sindacali (artt. 40 e ss.).

¹⁴⁷ PALANDRII., *La Convenzione Onu del 1990 sullo status dei lavoratori migranti*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.534 e ss.

In generale, sebbene suddetta Convenzione abbia un ampio ambito di applicazione, finisce per esercitare un condizionamento marginale in *subiecta materia* per via della scarsa adesione: l'aspetto della equiparazione del lavoratore migrante regolare a quello irregolare costituisce infatti uno dei profili più problematici, alla luce anche della disposizione dell'art. 82 che sancisce la natura non rinunciabile né derogabile in sede contrattuale dei diritti contenuti nella Convenzione stessa. Ciò dunque è stato, ed è tuttora, motivo di ostilità di diversi Stati alla ratifica della Convenzione stessa¹⁴⁸: si nota appunto che i Paesi ratificanti sono essenzialmente i "Paesi d'origine" dei flussi migratori o di transito; la reticenza degli Stati di destinazione, tra cui l'Italia, nel conferire efficacia giuridica a tale atto nasce sia dal timore di un controllo internazionale sulle proprie politiche immigratorie, sia dal rifiuto di una limitazione di sovranità in tale settore, temendo che il riconoscere diritti agli immigrati irregolari possa favorire l'immigrazione clandestina¹⁴⁹. Va ribadito comunque che i diritti sanciti dalla Convenzione nei confronti dei migranti irregolari sono diritti umani, già riconosciuti agli stranieri da vari strumenti internazionali; ed in più tale strumento normativo non dedica una specifica regolamentazione alle condizioni di accesso e di permanenza nel territorio dello Stato, per cui viene salvaguardata la sovranità statale in tale ambito¹⁵⁰.

2.2 Le Convenzioni OIL ed i *core labour standards*

La regolamentazione dei lavoratori coinvolti in fenomeni di migrazioni economiche maggiormente condivisa a livello internazionale è costituita dalla

¹⁴⁸ Cfr. NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto internazionale*, p.25.

¹⁴⁹ Sul punto si veda PIERRE'-CAPS S., *L'immigrazione fra diritto internazionale e diritto costituzionale*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.15 e ss.

¹⁵⁰ CHIAROMONTE W., op. cit., p.16.

Convenzione sull'immigrazione per motivi di lavoro (*Migration for Employment Convention (Revised)*), n. 97 del primo luglio 1949, accompagnata dalla Raccomandazione n. 86 dello stesso anno (*Migration for Employment Recommendation*), entrata in vigore dal 22 gennaio 1952. Essa è stata adottata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), agenzia specializzata dell'Onu, sotto la cui egida vengono elaborati standard giuslavoristici internazionali dei quali la stessa si occupa affinché vengano realizzati correttamente negli ordinamenti nazionali degli Stati membri. In particolare, la protezione della condizione e degli interessi dei lavoratori assunti in un Paese diverso da quello di origine è una finalità propria di tale organizzazione, sebbene non sia mai riuscita ad assumere un ruolo di primo piano nel disciplinare e nel governare a livello internazionale il fenomeno migratorio economico¹⁵¹.

Il motivo delle numerose ratifiche (42 Stati) risiede nella struttura del testo normativo, composto da un corpo principale e da tre allegati, a ciascuno dei quali gli Stati possono decidere se aderire o meno, pur senza pregiudicare la ratifica della Convenzione nel suo insieme¹⁵². A differenza della Convenzione n.39 precedentemente adottata dall'OIL nel 1939, c.d. *Migration for Employment Convention*, ora viene data maggiore importanza alle disposizioni inerenti alle condizioni di lavoro degli immigrati, mentre negli *Annexes* si disciplinano dettagliatamente le previsioni di informazione e reclutamento. Si evidenzia inoltre una riformulazione del principio di parità di trattamento, non più sottostante alla condizione di reciprocità, bensì applicabile “*without discrimination in respect of nationality, race, religion or sex, to immigrants lawfully within its territory*” (art. 6), ed operante sia nell'ambito delle condizioni

¹⁵¹ Ivi, p.17.

¹⁵² Ivi, p.19.

di lavoro e delle prestazioni di sicurezza sociale, sia in quello fiscale e contributivo, che in quello di accesso alla giustizia¹⁵³.

Oltre alla suddetta Convenzione, in seno a tale organizzazione risulta di particolare rilevanza, sebbene il numero esiguo di ratifiche, la Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti (*Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention*), n. 143 del 24 giugno 1975¹⁵⁴, completata dalla Raccomandazione n. 151 del medesimo anno (*Migrant Worker Recommendation*); entrambe sono state ratificate dall'Italia, rispettivamente con legge 2 agosto 1952, n. 1305 e legge 10 aprile 1981, n. 158.

In esse il lavoratore migrante viene definito ex art. 11, comma primo, come “*a person who migrates from one country to another with a view to being employed otherwise than on his own account and includes any person regularly admitted as a migrant for employment*”. Tuttavia, a differenza della Convenzione ONU sui lavoratori migranti esaminata nel previo paragrafo, le Convenzioni OIL non specificano se tale definizione venga impiegata anche verso i lavoratori migranti irregolari. Infatti, si rileva che mentre la Convenzione n. 97 del 1949 riconosce e garantisce un corpus di diritti ai soli lavoratori migranti ammessi regolarmente, la Convenzione n. 143 del 1975 sancisce all'art. 1 l'obbligo per gli Stati membri di rispettare i diritti fondamentali di “tutti i lavoratori migranti”, includendovi dunque anche gli irregolari, onde evitare di subordinare il godimento di tali diritti al particolare status giuridico rivestito dallo straniero, cioè all'esistenza di un vincolo di cittadinanza o un regolare permesso di soggiorno¹⁵⁵.

¹⁵³ TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.69.

¹⁵⁴ La consultazione delle suddette Convenzioni è disponibile sul sito ufficiale www.ilo.org.

¹⁵⁵ MORRONE F., *Il lavoratore migrante irregolare*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.304 e ss.

Procedendo nella disamina della Convenzione n. 143, l'art. 2, comma primo, pone in capo agli Stati contraenti l'obbligo di "stabilire sistematicamente se esistano lavoratori migranti illegalmente occupati sul proprio territorio" e se "vengano sottoposti, nel corso del viaggio, all'arrivo o durante il soggiorno e l'occupazione, a condizioni contrastanti con gli strumenti o accordi internazionali"; e, in tal caso, intima di adottare tutte le misure necessarie ed opportune al fine di reprimere simili fenomeni (art. 3).

L'art. 8, comma primo, lascia intendere che la perdita del lavoro non rappresenta un presupposto valido per l'assegnazione dello status di migrante irregolare, in quanto esplica che ai lavoratori migranti legalmente residenti nel Paese di occupazione è data la possibilità di continuare a soggiornarvi nonostante la disoccupazione¹⁵⁶, in modo tale da permettere loro di cercare un'altra occupazione. Il secondo comma della norma in esame prosegue enunciando un principio di parità di trattamento tra lavoratori irregolari che hanno già svolto regolarmente un'attività lavorativa nel Paese di occupazione interessato e i cittadini nazionali, "specialmente per quanto riguarda le garanzie relative alla sicurezza della occupazione, la riqualifica, i lavori di assistenza e reinserimento". La parità di trattamento è altresì assicurata nei confronti del lavoratore migrante occupato illegalmente o la cui situazione non può essere regolarizzata ed ai membri della sua famiglia "per quanto riguarda la retribuzione, la previdenza sociale e altre agevolazioni" (art. 9, comma primo)¹⁵⁷. Infine l'art. 10, inserito nella parte II della Convenzione denominata "Parità di opportunità e di

¹⁵⁶ "A condizione di aver risieduto legalmente nel paese ai fini dell'occupazione, il lavoratore migrante non potrà essere considerato in posizione illegale o comunque irregolare a seguito della perdita del lavoro, perdita che non deve, di per sé, causare il ritiro del permesso di soggiorno o, se del caso, del permesso di lavoro." (Art. 8, comma primo, Convenzione n. 143 del 1975).

¹⁵⁷ MORRONE F., *Il lavoratore migrante irregolare*, in GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), op. cit., p.306 e ss.

trattamento”, afferma l'obbligo, a carico degli Stati, di “formulare ed attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire” l’effettività del suddetto principio, che in definitiva deve essere attuato a prescindere dalla regolarità o meno della presenza del lavoratore immigrato nel Paese di occupazione. Si rileva che per la prima volta esso viene esteso anche ai rapporti interprivati, pur con la finalità di proteggere la manodopera locale da una situazione di forte crisi occupazionale, vietando dunque ai datori di lavoro di assumere manodopera straniera a costi più bassi¹⁵⁸. La più ampia formulazione di tale principio si giustifica infatti in virtù del contesto economico in cui la Convenzione n. 143 del 1975 si inserisce: le economie occidentali, prima bisognose di manodopera straniera, a seguito della recessione dei primi anni '70 sperimentano una inversione di tendenza e di conseguenza elaborano politiche restrittive nei confronti dei lavoratori immigrati¹⁵⁹.

In conclusione, malgrado l'art. 16 della sopracitata Convenzione permetta agli Stati membri di estromettere dalla ratifica una delle due Parti in cui essa si divide, le ratifiche della stessa sono state poche (solo 18), rendendo vano il tentativo di disciplinare, combattendolo, il fenomeno dell’immigrazione clandestina e la relativa protezione dei lavoratori nazionali tramite una portata più estesa del principio di trattamento; in comparazione invece, la Convenzione n. 97 del 1949, benché sia stata largamente condivisa per numero di ratifiche, contiene una enunciazione del principio di parità di trattamento limitato al solo profilo pubblicistico¹⁶⁰.

Gli organi dell’OIL durante la *International Labour Conference* del 2004 si sono riproposti di stimolare la ratifica delle due Convenzioni esistenti per mezzo di

¹⁵⁸ CHIAROMONTE W., op. cit., p.20.

¹⁵⁹ TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.71.

¹⁶⁰ Ivi, p.74.

campagne di assistenza tecnica e di sensibilizzazione. In aggiunta, l'OIL ha tratto dalla Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali del lavoro, c.d. Dichiarazione di Ginevra del 18 giugno 1998, quattro standard giuslavoristici ritenuti fondamentali (c.d. *core labour standards*), con l'auspicio che si rafforzi la tutela dei diritti riconosciuti ai lavoratori migranti e si implementi lo specifico contenuto delle Convenzioni sopra citate. Tali standards sono contenuti all'interno delle convenzioni ritenute fondamentali¹⁶¹ e vanno rispettati a priori, ciò significa che sono ritenuti vincolanti pur senza aver ratificato le convenzioni che li sanciscono, poiché è sufficiente la sola adesione all'Organizzazione¹⁶².

2.3 Le Convenzioni del Consiglio d'Europa in materia di migrazioni economiche

In questo campo il Consiglio d'Europa (COE) ha predisposto due specifici strumenti normativi, sebbene alcune disposizioni rilevanti in materia siano rinvenibili all'interno della CEDU¹⁶³: infatti, benché la Convenzione non rivolga specifiche disposizioni agli immigrati per motivi di lavoro, ne protegge indirettamente i diritti relativi all'ingresso, al soggiorno, all'asilo e ai profili dell'espulsione o dell'extradizione per il tramite degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti e di torture), 6 (diritto ad un processo equo) e 8 (rispetto della vita privata e familiare)¹⁶⁴.

¹⁶¹ Esse sono: Convenzione n. 87 del 1948 e n.98 del 1949 in materia di libertà di associazione e di effettivo riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva; n. 29 del 1930 e n. 105 del 1957 sullo sradicamento di ogni forma di lavoro forzato e obbligatorio; n. 138 del 1973 e n. 182 del 1999 sull'abolizione del lavoro infantile; n. 100 del 1951 e n. 111 del 1958 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione in materia di impiego e professione.

¹⁶² CHIAROMONTE W., op. cit., p.21 e ss.

¹⁶³ Per una più approfondita analisi di questa Convenzione si rimanda al capitolo 1, paragrafo 1.3.1. Il testo è consultabile al sito www.echr.coe.int, (ultimo accesso 21/06/2019).

¹⁶⁴ NASCIMBENE B., *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in LEANZA U. (a cura di), op. cit., p.86 e ss.

In particolare, gli artt. 5 e 16 dispongono rispettivamente la facoltà per gli Stati di privare della libertà personale chi tenti di entrare illegalmente nel territorio e di prescrivere limitazioni all'esercizio di attività politiche da parte degli stranieri¹⁶⁵.

In generale, ad eccezione della CEDU, le Convenzioni del COE si sono dimostrate di scarsa portata ed efficacia per via del limite imposto dal principio di reciprocità, il quale fa sì che esse vengano attuate solo nei confronti dei cittadini degli Stati che le abbiano ratificate nei propri ordinamenti nazionali¹⁶⁶. Si constata quindi che l'ambito applicativo di tali Convenzioni coincide in larga parte con quello del regime comunitario della libera circolazione, per cui si vanifica l'importanza delle stesse¹⁶⁷.

La Convenzione europea di stabilimento (c.d. *European Convention of Establishment*), del 13 dicembre 1955, è stata adottata con l'obiettivo di dettare una disciplina uniforme sulle condizioni di ingresso e di soggiorno negli Stati membri del Consiglio. A ben vedere però, il Capitolo I esorta solamente gli Stati contraenti a semplificare le procedure d'ingresso per visite temporanee e permanenza nel proprio territorio per i cittadini originari degli altri Paesi stipulanti la Convenzione stessa. In aggiunta delinea un regime ben definito dell'espulsione, riducendo le eventualità di adozione di tale provvedimento a quelle relative alla sicurezza nazionale, l'ordine pubblico e la morale¹⁶⁸. Oltre a tale assetto, viene lasciato ampio spazio al principio di parità di trattamento tra lavoratori immigrati e nazionali, applicabile in molte materie (Capitoli II - VI)

¹⁶⁵ TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.81.

¹⁶⁶ CHIAROMONTE W., op. cit., p.24.

¹⁶⁷ TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.81.

¹⁶⁸ Ivi, p.82.

In merito a tale principio, si riscontra che la Convenzione europea sullo statuto giuridico dei lavoratori emigranti (c.d. *European Convention on the Legal Status of Migrant Workers*)¹⁶⁹, del 24 novembre 1977, ne amplia la sfera di applicazione verso altri istituti, non ricompresi dalla prima Convenzione: vi include infatti i settori dell'alloggio (art. 13), dell'accesso all'istruzione ed alla formazione professionale (art. 14), delle prestazioni di sicurezza sociale (art. 18) e del rapporto di lavoro, aggiungendo per esempio il diritto di organizzazione sindacale, l'accesso ai servizi per l'impiego e la partecipazione agli affari dell'impresa (artt. 27-29)¹⁷⁰.

Si può notare dunque che il principio di parità di trattamento pervade l'intera Convenzione del '77, e si traduce nel regolare lo status giuridico dei cittadini degli Stati membri garantendo che "*as far as possible they are treated no less favourably than workers who are nationals of the receiving State in all aspect of living and working conditions*", nonché nella promozione dell'integrazione sociale dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie.

Tuttavia, diversamente dalla Convenzione OIL n. 143 del 1975, l'art. 16 della Convenzione in esame stabilisce che detto principio non è suscettibile di applicazione nei rapporti interprivati, per cui gli Stati aderenti, tranne per alcuni obblighi relativi a formalità del contratto di lavoro (artt. 2 - 10), sono liberi di elaborare le politiche di accesso al territorio e all'impiego. Nello specifico, quest'ultimo è comunque condizionato dall'ottenimento di un'autorizzazione, che può essere concessa anche su basi puramente discrezionali¹⁷¹.

Per completare la trattazione delle fonti del Consiglio d'Europa nella materia dell'immigrazione, si segnala anche la Carta Sociale Europea, adottata a Torino

¹⁶⁹ Le suddette Convenzioni sono consultabili al sito www.coe.int, (ultimo accesso 21/06/2019).

¹⁷⁰ CHIAROMONTE W., op. cit., p.22.

¹⁷¹ Ivi, p.23.

il 18 ottobre 1961 e revisionata a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata da 31 Stati, tra cui l'Italia. Analogamente alle Convenzioni precedenti, anch'essa soffre di una limitata applicazione dovuta al principio di reciprocità per cui i diritti da essa sanciti nella Parte II sono estesi agli stranieri purché siano cittadini di uno dei Paesi contraenti. Oltre a ciò, si evidenzia che il principio di parità di trattamento è limitato al solo profilo pubblicistico, e l'articolo in cui è contenuto fa parte della serie di articoli che gli Stati possono liberamente trascurare nella ratifica¹⁷².

2.4 La libertà di circolazione dei lavoratori nel diritto dell'Unione europea

Discorso a parte deve essere fatto per la disciplina europea del diritto di accesso al lavoro e del diritto a pari condizioni lavorative, che distinguono tra la condizione giuridica di cittadini dei Paesi membri, i quali beneficiano della libertà di circolazione e dei diritti legati al suo esercizio¹⁷³, e quella di cittadini dei Paesi terzi ("CPT"), i quali invece non dispongono né di un corpus di norme organico, né di diritti così ampi come i primi¹⁷⁴.

Si può accennare brevemente che la libertà di circolazione delle persone costituisce una delle quattro libertà fondamentali, riconosciuta dall'art. 26, comma secondo, del TFUE¹⁷⁵, e che assume notevole importanza perché rende

¹⁷² Ivi, p.24.

¹⁷³ Espressamente art.3, n.2, TUE: "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libertà di circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli sulle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima".

¹⁷⁴ TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.85.

¹⁷⁵ I testi dei trattati citati nel presente paragrafo sono consultabili al sito www.eur-lex.europa.eu, (ultimo accesso 21/06/2019).

fattibile e vantaggioso per i cittadini dell'Unione l'esercizio di un'attività lavorativa di qualsiasi natura, che vada al di là dei confini nazionali; perciò stesso riveste una funzione nodale nell'economia del Trattato¹⁷⁶.

In origine il Trattato CE, all'art. 3, si limitava a prevedere suddetta libertà solamente a favore di chi svolgeva attività economica ed ai membri della sua famiglia; negli anni la sfera dei soggetti ammessi a beneficiarne è stata ampliata ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della graduale affermazione del principio di cittadinanza dell'Unione come fondamento della disciplina europea sulla libera circolazione delle persone ex art 20 TFUE (per esempio nei confronti di studenti e persone dotate di mezzi economici indipendenti)¹⁷⁷.

Sulla scorta di una solida giurisprudenza, si sostiene che i termini "lavoratore", di cui all'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e "attività subordinata", contenuta nel regolamento n. 492/2011, siano da intendere come nozioni "autonome", ovvero proprie del diritto dell'UE e perciò non suscettibili di un'interpretazione restrittiva o basata su nozioni di diritto interno; altrimenti vi sarebbe il rischio che le norme nazionali possano modificare o rendere nulla la portata di tali espressioni, a danno di determinate categorie di persone e, nel complesso, del mercato comune del lavoro¹⁷⁸.

Pertanto, affinché una persona rientri nella nozione di lavoratore prevista dal diritto europeo, deve essere innanzitutto un cittadino di un Paese membro¹⁷⁹, che

¹⁷⁶ MARZOCCHI O., *Libera circolazione delle persone*, 05/2019, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/147/libera-circolazione-delle-persone>, (ultimo accesso 20/06/2019).

¹⁷⁷ CHIAROMONTE W., op. cit., p.26.

¹⁷⁸ PUSTORINO P., *I diritti economici e sociali*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.328 e ss.

¹⁷⁹ Si nota che i membri della famiglia del lavoratore, cittadini di un Paese terzo, godono comunque della disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori; ciò comporta che godono anch'essi del diritto di soggiornare e di esercitare un'attività lavorativa nello Stato ospitante.

svolge o svolgerà la prestazione lavorativa in uno Stato diverso da quello di origine, purché il rapporto di lavoro sia localizzato nel territorio dell'Unione, o abbia con esso uno stretto legame. In aggiunta a ciò, l'attività svolta deve avere natura subordinata, il che significa che tale persona per un certo tempo esegue a favore di un'altra, e sotto la direzione di questa, prestazioni effettive e di una certa consistenza, in contropartita delle quali percepisce una remunerazione. Infine, si considera lavoratore la persona all'effettiva ricerca di un impiego, e tale qualifica può produrre ancora effetti anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro¹⁸⁰.

In particolare, l'art. 45 TFUE afferma al primo comma il doveroso rispetto della libertà di circolazione dei lavoratori all'interno dell'UE, precisando al secondo comma che “essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”.

Il terzo comma stabilisce nei confronti del lavoratore dell'Unione il diritto al libero accesso al lavoro in un altro Stato membro, di prendervi dimora in funzione dello svolgimento di un'attività lavorativa, di spostarsi liberamente al suo interno ed infine di rimanervi (anche) dopo la cessazione del rapporto di lavoro. Quest'ultimo diritto è ora previsto dalla direttiva 2004/38/CE nei seguenti termini: “Chi cerca lavoro gode del diritto di restare nel Paese ospitante per un periodo sufficiente a cercare lavoro, candidarsi a un impiego di lavoro ed essere assunto; per tutto questo tempo, non può essere allontanato. Tale diritto si applica anche a tutti i lavoratori di altri Stati membri, siano essi a tempo indeterminato, stagionali o transfrontalieri, e ai prestatori di servizi”¹⁸¹.

¹⁸⁰ TESAURO G., op. cit., p.467 e ss.

¹⁸¹ KRATZ S., *Libera circolazione dei lavoratori*, 10/2018, “<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/41/libera-circolazione-dei-lavoratori>”, (ultimo accesso 15/05/2019).

Suddetto articolo è una norma dotata di efficacia diretta, per cui il singolo può adire il giudice o l'amministrazione dello Stato membro lamentando l'illegittimità di ogni fattore discriminatorio relativo all'accesso al lavoro, alle condizioni retributive e sociali o ad altri elementi del rapporto di lavoro che gli impediscano il pieno godimento del diritto alla libertà di circolazione. Negli articoli seguenti vengono sancite la libertà di stabilimento per il lavoratore autonomo, a titolo principale o secondario, nel territorio di uno Stato membro (artt. 49 - 55 TFUE) e la libertà di prestazione dei servizi (artt. 56 - 62 TFUE), intesa come attività economica prestata occasionalmente in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento¹⁸².

Si è detto dunque che la libertà di circolazione dei lavoratori si fonda sul generale divieto di discriminazione in base alla nazionalità (ex art. 45 TFUE), che ha due risvolti sul piano formale: da un lato, mira ad assicurare al lavoratore di nazionalità altra rispetto a quella dello Stato in cui lavora un trattamento non diverso da quello dei cittadini di tale Stato; dall'altro, previene il venire in essere di condizioni concorrenziali a scapito dei lavoratori nazionali. Per inciso, si indica che può essere ad ogni modo previsto per il lavoratore migrante uno standard di trattamento determinato, più favorevole rispetto a quello dei lavoratori nazionali¹⁸³.

L'applicazione del principio della parità di trattamento nell'ambito dell'accesso al lavoro si estrinseca in primo luogo nel divieto di priorità o precedenza dei lavoratori nazionali rispetto a quelli di altri Paesi dell'Unione; in secondo luogo vieta le discriminazioni dissimulate, cioè non dipendenti dalla cittadinanza del lavoratore, bensì da altri elementi quali la residenza, il titolo di studio, la conoscenza della lingua locale. Invece, in relazione alle condizioni di esercizio

¹⁸² TESAURO G., op. cit., p.444 e ss.

¹⁸³ Ivi, p.476 e ss.

dell'attività lavorativa (come retribuzione, formazione, stato di disoccupazione, cessazione del rapporto di lavoro), l'applicazione di tale principio fa sì che vengano riconosciuti in capo al lavoratore migrante tutti i vantaggi sociali e fiscali attribuiti al lavoratore nazionale. Grazie ad una interpretazione estensiva dell'art. 7, n. 2, del regolamento 492/11, la Corte vi ha ricompreso anche tutti quei vantaggi inerenti al mero status di lavoratore e di residente. Il principio di parità di trattamento concerne poi anche i diritti sindacali dei lavoratori originari di un altro Stato membro, e segnatamente il diritto ad iscriversi alle organizzazioni sindacali. Infine, in merito alla cessazione del rapporto di lavoro, se essa avviene per licenziamento del lavoratore dell'Unione, a questi spetta la stessa assistenza che gli uffici del lavoro dello Stato in cui era occupato prestano ai propri cittadini nella ricerca di un nuovo lavoro. Qualora sia il lavoratore a lasciare il proprio posto di lavoro, verrà applicata la normativa sul diritto di stabilimento a condizione che si verifichino i requisiti richiesti; mentre, nel caso in cui il lavoratore abbia maturato un determinato periodo di anzianità, o abbia raggiunto i limiti massimi dell'età lavorativa, ha diritto al trattamento previdenziale e pensionistico previsto dalla legge locale¹⁸⁴.

Da ultimo, l'art 45 TFUE disciplina le limitazioni alla libertà di circolazione dei lavoratori: ai sensi del comma terzo, l'ingresso e/o il soggiorno nel Paese ospite può essere limitato o negato per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza o per motivi sanitari. Tali provvedimenti devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo interessato, ed il comportamento in questione deve rappresentare una minaccia sufficientemente grave ed attuale per gli interessi fondamentali dello Stato.

¹⁸⁴ Ivi, p.478 e ss.

Ai sensi del comma 4, suddetta libertà non si applica agli impieghi nella pubblica amministrazione, i quali prevedono una partecipazione all'esercizio dei poteri pubblici o funzioni di tutela degli interessi generali dello Stato o di enti pubblici, sebbene tale deroga vada valutata caso per caso come sostenuto dalla CGUE¹⁸⁵. La libertà in questione è stata pienamente conseguita con la direttiva del Consiglio 68/360/CE, che ha rimosso le restrizioni all'ingresso e al soggiorno dei lavoratori e delle loro famiglie in Paesi diversi da quello d'origine, e il regolamento n. 1612/68, contenente il principio di parità di trattamento tra i lavoratori nazionali e gli altri lavoratori dell'Unione, poi sostituito dal regolamento n. 492/2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione¹⁸⁶.

Va ricordata inoltre la già citata direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, la quale ha razionalizzato i precedenti atti di diritto derivato dell'Unione inerenti al diritto di circolazione, statuendo un diritto di soggiorno per ogni cittadino dell'UE nel territorio di un altro Stato membro per tre mesi iniziali, senza condizioni o formalità se non l'obbligo di essere provvisto di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità, di cui sono titolari non solo lavoratori autonomi e subordinati, ma tutti i cittadini europei qualora siano in possesso di risorse economiche sufficienti e di un'assicurazione malattia. I cittadini dell'UE acquisiscono il diritto di soggiorno permanente nello Stato membro ospitante dopo cinque anni di soggiorno legale ininterrotto¹⁸⁷.

“L'attuazione pratica del principio base che vuole che qualsiasi cittadino dell'UE sia in grado di esercitare la propria professione liberamente in qualsiasi Stato membro, è spesso frenata dai requisiti nazionali previsti per l'accesso a

¹⁸⁵ Ivi, p.492 e ss.

¹⁸⁶ Ivi, p.478.

¹⁸⁷ Ivi, p.446.

determinate professioni nel Paese ospitante. Il sistema per il riconoscimento delle qualifiche professionali è stato modificato per consentire una maggiore flessibilità dei mercati del lavoro e facilitare il riconoscimento automatico delle qualifiche professionali. La direttiva 2005/36/CE (quale aggiornata dalla direttiva 2013/55/UE) relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali consolida e modernizza le 15 direttive esistenti che coprono pressoché tutte le norme sul riconoscimento, prevedendo elementi innovativi quali la tessera professionale europea e la valutazione reciproca delle professioni regolamentate. L'UE inoltre ha compiuto sforzi notevoli per creare un ambiente propizio alla mobilità dei lavoratori, fra cui una carta di assicurazione sanitaria europea e una direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera; il coordinamento dei regimi di sicurezza sociale grazie al regolamento (CE) n. 883/2004 e al regolamento di applicazione (CE) n. 987/2009; l'adozione, nell'aprile 2014, della direttiva 2014/50/UE relativa ai requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri, migliorando l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari, ed anche della direttiva 2014/54/UE, relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori, che prevede in modo specifico nuovi mezzi di ricorso per i lavoratori vittime di discriminazioni”¹⁸⁸.

2.5 *Segue*: La libertà di circolazione dei lavoratori dei Paesi terzi

All'inizio del precedente paragrafo si è accennato alla condizione dei cittadini dei Paesi terzi (“CPT”), i quali, al contrario dei cittadini europei, non dispongono

¹⁸⁸ KRATZ S., *Libera circolazione dei lavoratori*, 10/2018, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/41/libera-circolazione-dei-lavoratori>, (ultimo accesso 15/05/2019).

né di un corpus di norme organico, né di diritti così ampi come quest'ultimi; si collocano al “grado zero di tutela”¹⁸⁹ e la loro condizione è rimessa ai singoli legislatori nazionali. Tuttavia, possono avere il diritto di lavorare in un Paese dell'UE e godere in taluni casi delle stesse condizioni di lavoro dei cittadini europei. Si rileva infatti la tendenza ad applicare progressivamente le norme comunitarie in tema di libera circolazione dei lavoratori subordinati a cittadini di Paesi terzi con cui l'UE ha stipulato determinati accordi internazionali (come gli accordi di associazione)¹⁹⁰.

A tal proposito, l'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁹¹ stabilisce che “ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata” (comma primo), e che “ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro” (comma secondo); al terzo e ultimo comma prevede invece che “i cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione”.

Per quanto riguarda il regime normativo in tema di immigrazione a fini lavorativi, è stata emanata la Direttiva 2003/109 sui soggiornanti di lungo periodo proveniente dai Paesi terzi, i quali godono di un regime di parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospite sotto il profilo dell'esercizio di attività di lavoro subordinato e autonomo ed il profilo del riconoscimento di titoli e diplomi ex art. 11¹⁹². Tale istituto sarà approfondito nel prossimo capitolo.

¹⁸⁹ GIUBBONI S.-ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p.34.

¹⁹⁰ PUSTORINO P., *I diritti economici e sociali*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.330.

¹⁹¹ Per quanto riguarda la Carta di Nizza, si rimanda al capitolo primo, paragrafo 1.2.1.

¹⁹² Op. loc. cit.

Inoltre si deve dare conto che “l’UE si è impegnata a definire un sistema flessibile per l’ingresso dei lavoratori provenienti dai paesi terzi, calibrato sulle necessità degli Stati membri. Le misure introdotte fino ad ora riguardano le condizioni di ingresso e di soggiorno per alcune categorie di immigrati, quali i lavoratori altamente qualificati, i lavoratori stagionali e la creazione di un unico permesso di lavoro e soggiorno”¹⁹³.

Innanzitutto, è un dato di fatto che i lavoratori altamente qualificati provenienti dai Paesi terzi giochino un ruolo cruciale nel rafforzare la competitività europea, visto che attualmente i settori chiave dell’economia europea già soffrono per carenza di lavoro e competenze specializzate. Per ovviare a tale problematica con la Direttiva 2009/50/CE del Consiglio del 25 maggio 2009 è stata introdotta una procedura accelerata, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, per conto proprio o di altri, all’interno dell’Unione. In aggiunta, per agevolare l’accesso al lavoro a tale categoria di soggetti, la Direttiva 2005/71 sull’ammissione dei cittadini di Paesi terzi ai fini di ricerca scientifica, riconosce ai ricercatori, a seguito della stipulazione di una “convenzione di accoglienza” tra istituto di ricerca e ricercatore, l’ingresso temporaneo sul territorio degli Stati membri e la parità di trattamento in materia di titoli e diplomi, di condizioni di lavoro e di sicurezza sociale¹⁹⁴.

In seguito è stata anche creata una Carta Blu UE, che concede un permesso di residenza e di lavoro ai lavoratori altamente qualificati che possiedano una “competenza specifica e adeguata, suffragata da qualifiche professionali

¹⁹³ *Immigrazione per motivi di lavoro*, 23/07/2013 - ultima modifica 05/09/2016, <https://www.regione.emilia-romagna.it/sede-di-bruxelles/le-politiche-ue/immigrazione-e-asilo/immigrazione-per-motivi-di-lavoro>, (ultimo accesso 16/05/2019).

¹⁹⁴ PUSTORINO P., *I diritti economici e sociali*, in AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti*, op. cit., p.331.

superiori”. Essa mira quindi a regolare i flussi d'immigrazione secondo i bisogni del mercato del lavoro europeo, definendo le condizioni e i diritti relativi al soggiorno nello Stato di rilascio e negli altri Stati membri, e rendendo più agevoli le condizioni per il ricongiungimento familiare. Nonostante ciò, tale strumento si è rivelato sin da subito di scarsa efficacia: il numero di *Blue Cards* emesse è stato relativamente basso ed esse sono state concesse in maniera ineguale tra gli Stati membri. Perciò a giugno 2016 la Commissione europea ha presentato una proposta di revisione della Direttiva Carta Blu al fine di rivedere le norme vigenti e di accrescere la capacità di attrarre cittadini di Paesi terzi altamente qualificati¹⁹⁵.

Di particolare rilevanza è la Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, la quale ha istituito una procedura unica di domanda ai fini del rilascio di un permesso unico combinato di lavoro e di residenza nel territorio di uno Stato membro. Essa è riservata a favore di cittadini extra UE che cercano di essere ammessi in un Paese dell'UE per soggiornarvi e lavorare oppure di cittadini extra UE già residenti e che già lavorano in un Paese dell'UE, indipendentemente dal motivo iniziale della loro ammissione, cosicché da semplificare le formalità per ottenere suddetti permessi. In aggiunta contiene un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, affinché venga loro garantito oltre il diritto di lavorare, risiedere e circolare liberamente nel Paese dell'UE che rilascia tale permesso, lo stesso trattamento e le stesse condizioni applicate ai cittadini nazionali in alcuni settori chiave come: condizioni di lavoro (quali retribuzione e licenziamento, salute e sicurezza, orario di lavoro e permessi), istruzione e formazione, riconoscimento delle qualifiche, determinati aspetti di sicurezza

¹⁹⁵ *Legal migration and integration: Work*, 16/05/2019, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legal-migration/work_en, (ultimo accesso 16/05/2019).

sociale, benefici fiscali, accesso a beni e servizi compresa l'abitazione e i servizi di consulenza per l'occupazione¹⁹⁶.

La Direttiva 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 ha determinato le condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali e ne ha indicato i diritti. Infatti, ben oltre centomila lavoratori stagionali extra europei arrivano in Europa ogni anno (inclusi immigrati irregolari), poiché le economie europee avvertono un bisogno strutturale di lavoro stagionale, il quale, si stima, diventerà sempre più difficile da sopperire all'interno dell'Unione. Inoltre, vi sono prove significative che alcuni lavoratori stagionali provenienti dai Paesi terzi siano vittime di sfruttamento e condizioni lavorative inferiori agli standard, il che potrebbe infierire sulla loro salute e sicurezza. Ed infine, alcuni settori dell'economia europea caratterizzati dalla presenza massiccia di lavoratori stagionali, tra i più conosciuti si evidenziano l'agricoltura, l'orto cultura e il turismo, sono spesso identificati come i settori nei quali è più frequente individuare la presenza di cittadini non europei che vivono e lavorano irregolarmente. Tali fattori hanno condotto il Parlamento europeo ed il Consiglio a adottare dunque tale Direttiva, la quale, al momento della ricezione da parte della legge nazionale, fornisce delle regole di ammissione più chiare e armonizzate che dovrebbero far sì che vi siano meno lavoratori stagionali non autorizzati e/o soggiornanti nell'Unione oltre il periodo concesso. In più, le nuove regole riguardanti le condizioni lavorative aiutano ad impedire lo sfruttamento e a proteggere la salute e la sicurezza di quei lavoratori stagionali. Infine, il movimento circolare dei lavoratori stagionali tra l'Unione europea e i

¹⁹⁶ *Lavoratori di paesi terzi: semplificazione delle formalità per lavorare e soggiornare*, 02/01/2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:114574>, (ultimo accesso 16/05/2019).

loro Paesi di provenienza è incoraggiato tramite l'introduzione di una procedura semplificata di rientro per stagioni continue. Ciò permette ai paesi dai quali provengono suddetti lavoratori di beneficiare di un flusso costante di entrate, competenze ed investimenti, che contribuiscono in sostanza allo sviluppo economico del Paese stesso¹⁹⁷.

2.6 Il diritto al lavoro riconosciuto allo straniero nella Costituzione italiana

La trattazione del diritto al lavoro nella Costituzione italiana non può che incominciare dall'assunto basilare enunciato all'art. 1, comma primo, Cost.: "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro". In tale comma non solo viene sancito il riconoscimento istituzionale del referendum del 2 giugno 1946, ma anche il fondamentale principio del lavoro, che assurge a valore centrale dell'ordinamento.

Come è noto, infatti, la Carta costituzionale contiene all'interno dei primi dodici articoli i principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano. Il lavoro in particolare rappresenta il primo diritto sociale, in quanto costituisce la fonte privilegiata di sostentamento della persona e strumento irrinunciabile per permetterne lo sviluppo personale e l'affermazione sociale (ex art. 2 Cost), ed inoltre si presta come mezzo per garantire l'uguaglianza dei cittadini (ex art. 3 Cost.)¹⁹⁸.

Tali concetti vengono ripresi ed ampliati all'art. 4 Cost., in cui si stabilisce che "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le

¹⁹⁷ *Legal migration and integration: Work*, 16/05/2019, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legal-migration/work_en, (ultimo accesso 16/05/2019).

¹⁹⁸ BARBERA A.-FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, op. cit., p.224.

condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.”

Va precisato che tale disposizione non configura il diritto al lavoro come diritto soggettivo perfetto, data la materiale impossibilità di assicurarlo a tutti, bensì si pone come norma precettiva e promozionale per il legislatore, affinché persegua una politica tendente alla piena occupazione¹⁹⁹.

È pacifico che la suddetta norma si riferisca ai soli cittadini: ciò implica che il cittadino ha diritto ad esigere dallo Stato la promozione delle condizioni che rendano effettivo il lavoro; al contrario, lo straniero non gode di tutela specifica in questo settore, come se l'esclusione e la limitazione delle garanzie rivolte a questi siano utili a proteggere ed assicurare tale diritto sociale ai soli cittadini²⁰⁰. Appare quindi come se la Costituzione privilegiasse la manodopera nazionale nell'accesso al lavoro, una scelta che può giustificarsi con l'esigenza, vagliata alla luce del principio di ragionevolezza, di evitare che, in un mercato del lavoro non particolarmente capiente, il riconoscimento di un accesso indiscriminato possa avere ripercussioni negative sulle opportunità di impiego dei cittadini nazionali (v. Corte Cost., 16 luglio 1970, n. 144)²⁰¹.

Nonostante l'art. 4 sia immediatamente applicabile ai cittadini, ciò non significa che il legislatore non possa estendere tale diritto e le connesse garanzie anche allo straniero, in virtù di una “piena eguaglianza di diritti con il lavoratore italiano”²⁰².

Riprendendo il ragionamento introdotto nel capitolo precedente al paragrafo 1.3.3, la Corte costituzionale ha sposato il seguente orientamento secondo cui le

¹⁹⁹ Op. loc. cit.

²⁰⁰ In questo senso, VISCOMI A., op. cit., p.65.

²⁰¹ NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2005, p.156.

²⁰² VISCOMI A., op. cit., p.65.

differenze fondamentali tra cittadino e straniero legittimano una discrezionalità del legislatore, che trova un limite nella ragionevolezza delle differenziazioni operate. Ad esempio, nel campo dell'assunzione al lavoro dall'estero, mentre il cittadino si avvale del sistema di avviamento al lavoro, lo straniero potrà avvalersene solo dopo l'ingresso in Italia, che gli è consentito, per ragioni di lavoro, solo nel caso in cui non vi siano lavoratori nazionali disponibili²⁰³. Eppure, dopo la concessione del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, si sostiene che ulteriori differenziazioni non possano essere ragionevoli, in quanto lo straniero assume la qualifica di lavoratore e, come ogni cittadino-lavoratore, può usufruire delle opportunità che il mercato gli offre e, in ultima istanza, delle garanzie costituzionali previste per il lavoratore in quanto tale, ovvero quelle contenute nel titolo III della Costituzione²⁰⁴.

Viene dunque in rilievo il principio di piena eguaglianza di diritti con i lavoratori italiani ed UE, che si estrinseca nel principio di parità di trattamento nel rapporto d'impiego e nelle condizioni di lavoro. Tale principio è stato introdotto nell'ordinamento italiano dalla già citata legge n. 943 del 1986, riconfermata nel T.U all'art. 2, comma terzo, che fa un rinvio espresso, quale fonte internazionale di riferimento sui diritti dei lavoratori migranti, alla Convenzione OIL n. 143 del 1975. La disposizione interna obbliga lo Stato a garantire a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e alle loro famiglie "parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani"²⁰⁵.

È applicabile inoltre il principio di non discriminazione tra lavoratori italiani e lavoratori stranieri, affermato all'art. 43 del T.U. In particolare, tale articolo al

²⁰³ MONTANARI A., op. cit., p.107 e ss.

²⁰⁴ In questo senso, NAPPI S., op. cit., p.159 e MCBRITTON M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, op. cit., p.97. Si veda anche Corte cost., sent. 30 dicembre 1998, n. 454.

²⁰⁵ MONTANARI A., op. cit., p.109.

comma secondo, lett. e), considera come atto di discriminazione “qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza” compiuto dal datore di lavoro o dai suoi preposti. La disposizione prosegue definendo “discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa”. L'articolo successivo prevede un'azione civile contro la discriminazione atta a rimuoverne gli effetti²⁰⁶.

Richiamando il quadro normativo europeo in precedenza tracciato ai paragrafi 2.4 e 2.5, e analizzandolo nell'ottica dell'ordinamento nazionale, se ne ricava che se il lavoratore migrante è cittadino europeo, a questi si applicheranno le regole garantiste sancite a livello europeo, che si caratterizzano per il riconoscimento di una parità di trattamento molto estesa, delineata all'art. 45 TFUE. Invece, come si è visto, se a spostarsi alla ricerca di lavoro è un cittadino di un Paese terzo (c.d. extracomunitario), la sua condizione nell'ordinamento interno è stabilita dalla legge nazionale.

Si definisce lavoratore immigrato extracomunitario colui che risponde ai seguenti requisiti, uno positivo e l'altro negativo: la permanenza più o meno prolungata nel territorio nazionale per motivi di lavoro, e l'assenza dello status di cittadino italiano o di altro Stato membro dell'UE²⁰⁷.

²⁰⁶ Sul punto, si veda DE ROBBIO C., op. cit., p.164.

²⁰⁷ VISCOMI A., op. cit., p.10.

In merito al rapporto di lavoro, l'art. 2, comma terzo, del T.U.²⁰⁸ illustra che il prestatore di lavoro straniero ha diritto alla garanzia di trattamenti paritari con i lavoratori italiani purché sia legalmente soggiornante in Italia, vale a dire cioè che sia in possesso di un titolo che lo abilita alla permanenza sul territorio nazionale. Inoltre, gli spettano le stesse forme di facilitazione e sostegno nell'accesso al lavoro attribuite al lavoratore italiano, come ad esempio la possibilità di usufruire dei servizi per l'impiego e delle politiche attive per il lavoro²⁰⁹.

Per quanto concerne le condizioni di lavoro, lo straniero, in veste di lavoratore, rientra a pieno titolo nelle tutele sancite dagli artt. 35 e ss. Cost., che riguardano principalmente il lavoro subordinato²¹⁰.

In particolare, l'art. 35 Cost. dispone la tutela del lavoro “in tutte le sue forme e applicazioni”, che si manifestano nella formazione ed elevazione professionale dei lavoratori, negli accordi e nelle organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro, nonché nella libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e nella tutela del lavoro italiano all'estero. Basti sottolineare che non vi è alcun riferimento al requisito della cittadinanza²¹¹.

All'art. 36 Cost. è enunciato il diritto del lavoratore a una giusta retribuzione, da intendersi dunque “proporzionata alla qualità e quantità del suo lavoro” e comunque “sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa”; il comma terzo stabilisce il diritto al riposo settimanale e alle ferie, entrambi retribuiti e non rinunciabili da parte del lavoratore.

²⁰⁸ Il cui testo è consultabile al sito www.gazzettaufficiale.it, (ultimo accesso 21/06/2019).

²⁰⁹ MONTANARI A., op. cit., p.112 e ss.

²¹⁰ VISCOMI A., op. cit., p.68 e ss.

²¹¹ BARBERA A.-FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, op. cit., p.225.

Inoltre rientrano in questo settore anche i diritti delle donne dei minori alla parità di trattamento nell'attività lavorativa ai sensi dell'art. 31, comma primo e terzo, Cost²¹².

In capo allo straniero lavoratore è attribuito anche il diritto alla previdenza sociale ex art. 38, comma secondo, Cost., che, a differenza del diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, di cui al primo comma, riconosciuto solamente ai cittadini, la previdenza spetta ai lavoratori in quanto tali, senza riferimento alla cittadinanza, e consiste in prestazioni economiche e sanitarie contro eventi che incidono negativamente sull'attività lavorativa, ovvero "in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria"²¹³.

Per quanto riguarda la libertà sindacale, intesa in ambedue le accezioni di organizzazione e azione sindacale, ai sensi dell'art. 39 Cost., essa rappresenta una declinazione dell'art. 18 Cost. e non vi è alcun dubbio che ne siano titolari anche gli stranieri. Infatti, se così non fosse, vi sarebbe una manifesta violazione in prima battuta degli artt. 39, comma primo, e 40 Cost., ed in particolare del loro contenuto immediatamente precettivo: tali disposizioni si riferiscono alla condizione socioprofessionale del lavoratore, indipendentemente dalle sue condizioni soggettive meramente accidentali, quali la cittadinanza. In secondo luogo, poi, una diversa interpretazione dei suddetti articoli si troverebbe in aperto contrasto con i vari atti e trattati internazionali sopra citati, che fungono da parametro di conformità della legislazione ordinaria in tema di lavoratori stranieri²¹⁴.

Da una parte si evidenzia dunque come la garanzia di trattamenti paritari e l'eguaglianza di diritti concorrano alla creazione di una difesa in favore degli

²¹² Op. loc. cit.

²¹³ VISCOMI A., op. cit. p.79.

²¹⁴ VISCOMI A., op. cit., p.73 e ss.

stessi lavoratori nazionali e comunitari da possibili manifestazioni di concorrenzialità degli immigrati, i quali sono più inclini ad accettare condizioni peggiori rispetto a quelle che il datore di lavoro offre ai cittadini. A tal proposito, l'art. 22, comma terzo, del T.U. fa riferimento ai parametri della contrattazione collettiva per impedire il ricorso ad irragionevoli "trattamenti al ribasso" nei confronti dei lavoratori immigrati, a scapito della manodopera autoctona²¹⁵.

D'altra parte, se la regola di parità di trattamento ricomprende tutte le condizioni di lavoro, poste dalla disciplina legislativa e dall'autonomia collettiva, la stessa non può essere applicata in senso assoluto, ovvero deve pur essere possibile, per coloro che regolano o gestiscono rapporti di lavoro, introdurre una diversificazione di trattamento tra lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini italiani, nel rispetto dei principi costituzionali di tutela della dignità sociale e di divieto di discriminazioni, poiché si rileva che "sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento sempre che siano giustificate e ragionevoli"²¹⁶.

In altri termini, si constata il rifiuto di un modello di applicazione delle tutele ai migranti di tipo paritario, e l'adesione invece ad un modello di tipo adattativo²¹⁷, sebbene rimanga ferma l'attribuzione nei loro confronti di un minimo di diritti tassativi e incoercibili²¹⁸.

Ai fini dell'attuazione del modello adattativo della disciplina del diritto del lavoro, la contrattazione collettiva viene additata come lo strumento più valido

²¹⁵ MONTANARI A., op. cit., p.113.

²¹⁶ In tal senso, si veda Corte cost., 9 marzo 1989, n. 103, in cui la Corte ha sancito che il principio del paritario trattamento non ha portata assoluta nel nostro ordinamento.

²¹⁷ DONDI G., op. cit., p.99 e ss.

²¹⁸ MONTANARI A., op. cit., p.115.

per attuare una disciplina differenziata, date le caratteristiche di flessibilità e di adattamento alle situazioni reali²¹⁹.

In conclusione, nell'ordinamento interno si individua una base normativa atta a garantire un ampio riconoscimento dell'uguaglianza di diritti tra lavoratori stranieri e nazionali e ad assicurare la incisività del divieto di discriminazioni. Ciò nonostante, si verificano lesioni del principio di parità di trattamento nell'ambito dell'accesso al mercato del lavoro da parte degli stranieri e alle prestazioni sociali e previdenziali²²⁰.

²¹⁹ Ivi, p.116.

²²⁰ Ivi, p.119.

III La normativa italiana in materia di accesso al mercato del lavoro da parte del prestatore straniero

3.1 Il mercato del lavoro italiano in relazione all'immigrazione. - 3.2 La programmazione dei flussi di ingresso. Il decreto flussi. – 3.3 Le procedure d'ingresso degli stranieri in Italia per motivi di lavoro. Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. - 3.4 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato. - 3.4.1 *Segue*: Il contratto di soggiorno e l'accordo di integrazione. - 3.5 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro stagionale. – 3.6 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo.

3.1 Il mercato del lavoro italiano in relazione all'immigrazione

Il presente capitolo prende in esame la macchinosa disciplina concernente l'ingresso del lavoratore straniero nel territorio nazionale. Prima di entrare nel merito della esposizione della normativa, si ritiene interessante prendere in considerazione il rapporto tra il mercato del lavoro italiano e l'immigrazione. In generale, gli studi inerenti al rapporto tra mercato del lavoro ospitante e immigrati si dividono in due branche: la prima si concentra sulla integrazione degli immigrati nel mercato del lavoro del Paese di destinazione, comunemente detta “assimilazione economica”, mentre il secondo settore di studi privilegia l'indagine della funzione ricoperta dall'immigrato nel mercato del lavoro del Paese di arrivo²²¹. Nel presente paragrafo si vuole in particolare valutare la questione se sia fondato o meno il diffuso ed attuale timore che, con l'arrivo di un numero considerevole di immigrati nel nostro mercato del lavoro, vengano ridotti, se non sottratti, i posti di impiego alla forza lavoro nazionale; e se si verifici, pertanto, un aumento dei costi per il bilancio pubblico, a causa degli

²²¹ PERLETTI I., *La diffusione del lavoro sommerso in Europa e in Italia*, SALA-CHIRI M. (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro. Le politiche di contrasto e di emersione: dal contesto internazionale a quello locale*, Jovene editore, Napoli, 2014, p.141.

oneri connessi alla fruizione, da parte degli immigrati, di alcuni servizi pubblici previsti dal sistema assistenziale e previdenziale.

Per rispondere al primo quesito, si osserva che il più delle volte i lavori eseguiti dagli immigrati si contraddistinguono per il fatto di rientrare nella categoria di “lavori delle tre D”: *dirty, difficult (or demeaning), dangerous* o, in italiano, “delle cinque P”: pesanti, pericolosi, precari, poco pagati, penalizzati socialmente²²².

Infatti si constata che, nonostante gli stranieri siano qualificati ed istruiti, essi sono spinti ad accettare lavori umili e a basso contenuto professionale (si pensi ai servizi domestici e di pulizia ed all’assistenza agli anziani da parte delle badanti), e ad intraprendere attività insalubri, precarie e pericolose (per esempio la manovalanza nel settore edile e la raccolta di prodotti agricoli). Tali attività infatti offrono loro salari e condizioni lavorative comunque superiori a quelle rinvenibili nei Paesi d’origine e di conseguenza riescono a realizzare il massimo vantaggio economico e portare avanti il sistema delle rimesse²²³.

Inoltre, proprio le caratteristiche di questi lavori li rendono meno gettonati dagli italiani, che invece ambiscono ad attività impiegate e professionali qualificate: si constata infatti che in Italia la scarsità di forza lavoro affligge soprattutto gli impieghi più pesanti fisicamente e ritenuti di bassa stima sociale²²⁴.

Come riporta Ambrosini, si possono trarre alcuni tipi di discriminazioni nei confronti degli immigrati che hanno luogo nell’ambiente lavorativo: in primis, l’accesso al lavoro, ed in particolare al lavoro autonomo, e le modalità di assunzione (come meglio si vedrà nel prosieguo della trattazione); l’essere relegati in determinate nicchie occupazionali e di avere limitate opportunità di

²²² AMBROSINI M., *Migrazioni*, op. cit., p.72.

²²³ AMBROSINI M., *La fatica di integrarsi*, op. cit., p.35 e ss.

²²⁴ Sul punto cfr. DONDI G., op. cit., p.19 e ss. e MONTANARI A., op. cit., p.16 e AMBROSINI M., *Migrazioni*, op. cit., p.72.

carriera; infine la maggiore esposizione a rischi infortunistici e malattie professionali²²⁵.

Da una visione d'insieme del sistema occupazionale italiano si nota dunque una “divaricazione tra il lavoro richiesto e quello offerto”²²⁶ e una apparentemente illogica convivenza tra una domanda di lavoro insoddisfatta per taluni settori e un livello generale di disoccupazione²²⁷.

Se ne deduce che il lavoro immigrato all'interno del mercato del lavoro nazionale può svolgere diversi ruoli rispetto alla forza lavoro locale: secondo le teorie economiche, se i salari dei lavoratori italiani diminuiscono in seguito all'ingresso degli immigrati nel mercato del lavoro, si tratterà di un ruolo concorrenziale o sostitutivo, altrimenti di una funzione complementare²²⁸. Per altri, invece, il lavoro immigrato si considera concorrenziale a quello locale se provoca un peggioramento delle condizioni di lavoro, sostitutivo se consente la prosecuzione di attività produttiva destinate a fallire, ed infine complementare se permette l'occupazione di lavoratori nazionali in attività collegate²²⁹. In definitiva ad oggi pare prevalere la tesi della complementarità²³⁰.

Per quanto riguarda il secondo interrogativo, va considerato preliminarmente che, a differenza delle libertà negative riconosciute in capo al singolo, che impongono un *non facere*, ovvero sia un obbligo di astensione da parte dello Stato, la piena attuazione dei diritti sociali, implica che il singolo può vantare una pretesa affinché lo Stato li renda effettivi (tra cui rientrano il diritto al lavoro, alla

²²⁵ AMBROSINI M., *Migrazioni*, op. cit., p.79-80.

²²⁶ BERTI F., *Mercato del lavoro e immigrazione: considerazioni critiche sulle nuove politiche migratorie*, in AMBROSINI M.-BERTI F., *Immigrazione e lavoro*, Angeli, Milano, 2003, p.31.

²²⁷ AMBROSINI M., *La fatica di integrarsi*, op. cit., p.54 e ss. e MCBRITTON M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, op. cit., p.23.

²²⁸ BONIFAZI C., *Immigrazione straniera in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2007 – Seconda edizione, p.172 e ss.

²²⁹ Ivi, p.188.

²³⁰ Cfr. BONIFAZI, op. loc. cit., e AMBROSINI M., op. ult. cit., p.62 e ss.

salute e all'assistenza e previdenza sociale, intesi come diritti di prestazione). In altri termini, sullo Stato gravano obblighi c.d. di *facere* o positivi, ed i singoli sono possibilitati a richiedere un intervento attivo²³¹. Tale pretesa però si scontra con un argomento pragmatico: i diritti sociali (ed economici) hanno un costo, più o meno elevato, che deve rientrare nei vincoli di bilancio che gravano sullo Stato stesso, tale per cui il legislatore statale è limitato nell'adozione delle scelte discrezionali, ergo nel numero di prestazioni di cui può farsi carico e nei confronti di chi. Se quindi si calcola che tutti i diritti presuppongono un costo, e di conseguenza che vi è la necessità di effettuare una scelta relativa a quali di questi diritti e in quale estensione questi debbano essere necessariamente garantiti, senza dimenticare poi che le risorse disponibili sono limitate, si rivela assai problematico decidere quali diritti garantire anche a coloro che non sono cittadini e che contribuiscono da minor tempo, o non vi contribuiscono affatto, alle entrate dello Stato di residenza²³².

Tuttavia, alla preoccupazione che l'immigrazione possa influire negativamente sul sistema finanziario nazionale va data risposta negativa. Invero, bisogna tenere a mente un aspetto legato a tale questione, e che anzi ne sta a monte, ovvero il tema demografico e dei contributi previdenziali, il quale è cruciale in un paese come l'Italia che invecchia inesorabilmente. Nel nostro paese si è verificato e si sta verificando un generale processo di trasformazione demografica caratterizzato da un tasso di fecondità molto basso, che nel tempo porterà ad una progressiva riduzione della classe di giovani; tale tendenza demografica ha conseguenze significative sul contesto economico-sociale ed in particolare sul

²³¹ BARBERA A.-FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, op. cit., p.224.

²³² BIONDI DAL MONTE F., *I diritti sociali dello straniero tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Ferrara, 2010, p.2. Consultabile al sito www.regione.emilia-romagna.it, (ultimo accesso 21/06/2019).

sistema di welfare, sulla ripartizione delle risorse e sul mercato del lavoro. Perciò si può affermare che, in base alle proiezioni demografiche future, il contributo della componente straniera sarà indispensabile per la sostenibilità del nostro sistema socioeconomico: da un lato, per riequilibrare l'attuale situazione di declino demografico e relativa riduzione della forza lavoro; dall'altro, per incentivare la sostenibilità finanziaria del sistema previdenziale e di welfare grazie al pagamento di tasse e contributi²³³. “L'impatto dei migranti, circa il 15% della forza lavoro, è cruciale in senso lato. Confindustria ha stimato che il Pil a fine 2015 sarebbe stato di 124 miliardi inferiore a quello effettivo se non ci fossero stati gli immigrati”²³⁴. Infine, se si può rilevare in via generale un apporto tendenzialmente positivo degli stranieri alla fiscalità generale, lo stesso non si può dire dell'immigrazione irregolare²³⁵: un irregolare infatti costa al Paese molto più di uno straniero regolarizzato dato che, lavorando in nero, non paga tasse né versa contributi relativi ai redditi da lavoro, pur usufruendo legittimamente dell'accesso a servizi come istruzione e sanità²³⁶. Nel prossimo capitolo si delineranno le caratteristiche del fenomeno del lavoro sommerso e del sistema del caporalato, illustrandone non solo la disciplina, ma anche le misure di contrasto elaborate a livello sovranazionale e nazionale.

²³³ MONTANARI A., op. cit., p.11 e ss.

²³⁴ BARBA NAVARRETTI G. e FRATTINI T., *I migranti economici di cui l'Italia ha ancora bisogno*, 10/07/2018, <https://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2018-07-09/i-migranti-economici-cui-l-italia-ha-ancora-bisogno-213722.shtml?uuid=AEIY67IF>, (ultimo accesso 11/04/2019).

²³⁵ In merito a questo tema, si rimanda al capitolo 4.

²³⁶ Cfr. ANASTASIA – SESTITO, *Il lavoro degli immigrati e l'economia sommersa*, in LIVI BACCI M., *L'incidenza economica dell'immigrazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p.322.

3.2 La programmazione dei flussi di ingresso. Il decreto flussi

In questo paragrafo si esporrà l'iter normativo finalizzato al controllo amministrativo dei flussi migratori d'ingresso, la cui disciplina si collega con quella del rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro (che sarà trattata nei paragrafi successivi) e, più in generale, con il riconoscimento del diritto al lavoro costituzionalmente garantito in capo allo straniero, per cui si rimanda al capitolo 2, paragrafo 2.6.

L'inizio della trattazione concernente l'accesso al mercato del lavoro da parte del prestatore straniero è costituito dall'analisi della disciplina inerente all'ingresso dello straniero nel territorio nazionale, sita al Titolo II (artt. 4-20bis) del Testo unico.

Per quanto riguarda la regolazione amministrativa dei movimenti migratori, essa si divide su due piani²³⁷: al primo è prevista la determinazione preventiva e periodica delle quote d'ingresso degli stranieri che lo Stato è disposto ad accogliere, in un'ottica di bilanciamento della solidarietà verso l'esterno con la sicurezza nazionale. Il principale strumento utilizzato a tal fine è il documento programmatico triennale, predisposto dal Presidente del Consiglio dei ministri dopo aver consultato vari soggetti pubblici e privati, e che si occupa appunto della "politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato"²³⁸. Nello specifico, esso riporta le azioni e gli interventi in materia di immigrazione che l'Italia si prefigge di eseguire in collaborazione anche con gli Stati membri dell'UE, le organizzazioni internazionali e quelle non governative. Inoltre, in esso vengono espone le disposizioni di carattere socioeconomico a favore degli

²³⁷ CHIAROMONTE W., *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso e la regolamentazione del lavoro immigrato: due mondi lontanissimi*, in FERRANTE V. (a cura di), p.112.

²³⁸ Ai sensi dell'art. 3, comma primo, secondo e terzo, T.U.

stranieri soggiornanti nel territorio dello Stato, nonché i criteri generali per la designazione dei flussi d'ingresso nel territorio e degli interventi pubblici in favore delle relazioni familiari, dell'inserimento sociale e dell'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia (art. 3, comma primo, secondo e terzo, T.U.).

Il secondo livello delle politiche migratorie consiste nella definizione annuale delle quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per motivi di lavoro subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale, e di lavoro autonomo, nei limiti delle quali viene autorizzato il rilascio dei visti d'ingresso e dei permessi di soggiorno. La determinazione delle quote avviene sulla base dei criteri generali individuati nel documento programmatico triennale e con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (c.d. decreto flussi), entro il termine del 30 novembre dell'anno precedente a quello di riferimento del decreto (art. 3, comma quarto, T.U.).

La procedura contempla poi che siano consultati il Comitato di coordinamento e monitoraggio, la Conferenza unificata Stato-autonomie locali, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e le competenti Commissioni parlamentari. Il Presidente del Consiglio può emanare ulteriori decreti durante l'anno se lo ritiene opportuno e, qualora il decreto flussi non venga pubblicato, può provvedere in via transitoria con proprio decreto nel limite delle quote stabilite nell'ultimo decreto emanato (art. 3, comma quarto, ultima parte, T.U.).

Infine, nella determinazione dei flussi deve tenersi conto dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea eventualmente disposte ai sensi dell'articolo 20²³⁹.

²³⁹ Il Dpcm emanato il 12 marzo 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 9 aprile 2019 ha ammesso la presenza sul territorio statale di ben 30.850 stranieri per lavoro subordinato stagionale, subordinato non stagionale e autonomo. Cfr. BIARELLA L., *Decreto Flussi 2019: quote d'ingresso per 30mila lavoratori extracomunitari*, D.P.C.M., 12/03/2019, G.U. 09/04/2019,

In definitiva, tale procedimento di contingentamento dovrebbe consentire sia una ordinata gestione dei flussi migratori che scaturiscono da motivi economici, sia un'accoglienza idonea e conforme alle risorse disponibili, in una cornice generale di propensione all'integrazione economica e sociale²⁴⁰.

Tuttavia, tale strumento viene di fatto rimesso alla discrezionalità del Ministero dell'Interno, dato che, da un lato, dal triennio 2004-2006 non è stato più approvato alcun documento programmatico; dall'altro, il decreto flussi è divenuto il mezzo tramite il quale viene sanata con cadenza annuale la posizione irregolare degli immigrati già presenti sul territorio nazionale²⁴¹. In più, si rileva che il numero esiguo di quote rispetto l'effettiva necessità di lavoro rende quest'ultimo un canale privilegiato dall'immigrazione irregolare²⁴², con l'esito ulteriore della creazione del mercato del lavoro sommerso²⁴³.

In sede di determinazione dei flussi di ingresso per motivi di lavoro, l'art. 21, comma primo, T.U., richiama la disciplina sovraesposta: "L'ingresso nel territorio dello Stato per motivi di lavoro subordinato, anche stagionale, e di lavoro autonomo, avviene nell'ambito delle quote di ingresso stabilite nei decreti di cui all'articolo 3, comma 4". Nondimeno, dichiara che sono riservate delle quote preferenziali di ingresso a beneficio di lavoratori, residenti in Paesi non comunitari, di origine italiana per parte di almeno uno dei genitori fino al terzo grado in linea retta di ascendenza; su loro richiesta vengono iscritti in un apposito

11/04/2019, <https://www.altalex.com/documents/news/2019/04/10/decreto-flussi-2019>, (ultimo accesso 21/05/2019).

²⁴⁰ MONTANARI A., op. cit., p.79.

²⁴¹ CHIAROMONTE W., *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso [...]*, in FERRANTE V. (a cura di), op. cit., p.112.

²⁴² In tal senso si veda PUGLIESE E. (a cura di), *Immigrazione e diritti violati. I lavoratori immigrati nell'agricoltura del mezzogiorno*, Ediesse, Roma, 2013, p.15 e CALAFA' L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2013, p.104 e 161.

²⁴³ CHIAROMONTE W., *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso [...]*, in FERRANTE V. (a cura di), op. cit., p.113.

elenco, depositato presso le rappresentanze diplomatiche o consolari, con le relative qualifiche professionali (art. 21, comma primo, terza parte, T.U.).

Sempre ai sensi dell'art. 21, comma primo, ultima parte, T.U., si possono riservare in via prioritaria quote di ingresso ai lavoratori degli Stati non appartenenti all'Unione europea, 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 accordi bilaterali “finalizzati alla regolamentazione dei flussi d'ingresso e delle procedure di riammissione”. Nell'ambito di tali intese, possono essere definiti appositi accordi in materia di flussi per lavoro stagionale con le corrispondenti autorità nazionali responsabili delle politiche del mercato del lavoro dei Paesi di provenienza, oppure accordi per l'utilizzazione di gruppi di lavoratori subordinati destinati al compimento di opere o prestazione di durata limitata (art. 21, comma secondo). I lavoratori stranieri intenzionati ad entrare in Italia per svolgere un'attività lavorativa subordinata, possono iscriversi in apposite liste, predisposte dagli accordi stessi, indicando le loro qualifiche o mansioni (art. 21, comma quinto)²⁴⁴.

Oltre a ciò, sono previste delle restrizioni agli ingressi dei cittadini di Paesi di origine dei flussi migratori che non collaborano “adeguatamente” al contrasto all'immigrazione clandestina o alla riammissione di propri cittadini destinatari di provvedimenti di rimpatrio (art. 21, comma primo, seconda parte, T.U.).

²⁴⁴ “Limitatamente all'anno corrente, si constata che il decreto regola la programmazione transitoria dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato italiano di 500 cittadini non comunitari residenti all'estero, che abbiano concluso progetti di formazione ed istruzione nei Paesi d'origine, e di 100 lavoratori di origine italiana per parte di almeno uno dei genitori fino al terzo grado in linea diretta di ascendenza, residenti in Argentina, Uruguay, Venezuela e Brasile, per cause di lavoro subordinato non stagionale e di lavoro autonomo [...]”. Cfr. BIARELLA L., *Decreto Flussi 2019: quote d'ingresso per 30mila lavoratori extracomunitari*, D.P.C.M., 12/03/2019, G.U. 09/04/2019, 11/04/2019, <https://www.altalex.com/documents/news/2019/04/10/decreto-flussi-2019>, (ultimo accesso 21/05/2019).

Ai sensi dell'art. 23 T.U., è riconosciuto altresì un diritto di prelazione agli stranieri che partecipino, nei Paesi di origine, alle attività di istruzione e formazione professionale istituite nell'ambito di specifici programmi approvati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Infine, "I decreti annuali devono tenere conto delle indicazioni fornite, in modo articolato per qualifiche o mansioni, dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sull'andamento dell'occupazione e dei tassi di disoccupazione a livello nazionale e regionale, nonché sul numero dei cittadini stranieri non appartenenti all'Unione europea iscritti nelle liste di collocamento" (art. 21, comma quarto, T.U.). Queste ultime sono gestite da un'anagrafe annuale informatizzata delle offerte e delle richieste di lavoro subordinato dei lavoratori stranieri, in collegamento con l'archivio organizzato dall'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e con le questure (art. 21, comma settimo, T.U.).

3.3 Le procedure d'ingresso degli stranieri in Italia per motivi di lavoro. Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo

Va premesso che il modello di accesso al mercato del lavoro designato in origine dal d.lgs. 286/1998 era caratterizzato da elementi di flessibilità, tra cui spiccava, come si vedrà, la possibilità di ingresso in Italia al mero scopo di ricerca di lavoro²⁴⁵; tuttavia, tale modello è stato poi modificato dalla l. n. 189/2002, che ha imposto un rigido nesso tra le modalità di ingresso e di soggiorno dello straniero in Italia, e lo svolgimento di un'attività lavorativa nel nostro Paese,

²⁴⁵ SCHILLACI A., *Soggiorno e lavoro: profili critici della condizione del migrante*, in RIMOLI F. (a cura di), op. cit., p.628.

divenendo le due procedure parte di un meccanismo unitario²⁴⁶. Anzi, tale legame si è trasformato in una subordinazione della prima condizione alla seconda, venendosi a configurare una “procedura bizantina che rende quasi impossibile l’ingresso regolare per lavoro”²⁴⁷. Conseguenza lampante di tale corrispondenza biunivoca è rappresentata dal paradosso di uno strumento normativo che, invece di contrastarlo, contribuisce ad aumentare il fenomeno dell’ingresso e del soggiorno irregolare²⁴⁸, e che rischia inoltre di nuocere il godimento del diritto fondamentale al lavoro da parte dello straniero²⁴⁹, ed in particolare dello straniero irregolare²⁵⁰.

Procedendo con ordine, ai fini dell’ingresso dello straniero per motivi lavorativi nel nostro Paese, questi deve munirsi di un titolo che ne renda legittimo il soggiorno nello Stato in quanto cittadino straniero e, al contempo, in quanto aspirante lavoratore, deve essere autorizzato al lavoro da parte dell’organismo pubblico competente sulla base di una speciale procedura d’assunzione²⁵¹.

Il soggiorno dello straniero in Italia per motivi di lavoro viene concesso a due condizioni: la prima prevede che egli sia entrato regolarmente in Italia ai sensi dell’art. 4, comma primo, T.U., ovvero attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti e previa esibizione di un valido passaporto o documento

²⁴⁶ CHIAROMONTE W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, op. cit., p.144 e MONTANARI A., op. cit., p.86 e ss.

²⁴⁷ MCBRITTON M., *Prestazioni di fatto e lavoro immigrato*, in RGL, II, 2010, p.551.

²⁴⁸ Cfr. SCHILLACI A., *Soggiorno e lavoro: profili critici della condizione del migrante*, in RIMOLI F. (a cura di), op. cit., p.628; MCBRITTON M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l’inadeguatezza della normativa*, in AA.VV., *Studi in Memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 2015, p.593.

²⁴⁹ SCHILLACI A., *Soggiorno e lavoro: profili critici della condizione del migrante*, in RIMOLI F. (a cura di), op. cit., p.642.

²⁵⁰ Ivi, p.639.

²⁵¹ CHIAROMONTE W., op. ult. cit., p.152.

equipollente e del visto d'ingresso. La seconda contempla il possesso di permesso di soggiorno o di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo²⁵². Quest'ultimo istituto è stato introdotto con d. lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, in attuazione della Direttiva 2003/109/CE, ed ha sostituito la carta di soggiorno, andando a modificare l'art. 9 T.U.²⁵³. Esso si differenzia dal permesso di soggiorno ordinario poiché, in primo luogo, permette di fare ingresso in Italia in esenzione di visto ed è concesso a tempo indeterminato, mentre, come si vedrà, il permesso di soggiorno presuppone l'ottenimento di regolare visto d'ingresso e va rinnovato. In secondo luogo è valido come documento d'identità, e per l'esercizio di attività lavorativa non è richiesta la previa stipulazione del contratto di soggiorno. Oltre a ciò permette di avere accesso a prestazioni assistenziali e previdenziali, a prestazioni relative ad erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, nonché quelle relative all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico ulteriori (art. 9, comma dodicesimo); infine il possesso di tale documento rende possibile l'espulsione dall'Italia solo per gravi motivi²⁵⁴.

Il rilascio di suddetto permesso viene effettuato a favore dello straniero titolare da almeno cinque anni²⁵⁵ di un permesso di soggiorno in corso di validità diverso da quello per motivi di studio, formazione professionale, protezione temporanea, motivi umanitari, asilo o "di breve durata" ai sensi del T.U., ovvero che non gode di uno status giuridico previsto dalla convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, dalla convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni

²⁵² Op. loc. cit.

²⁵³ CHIAROMONTE W., op. ult. cit., p.161.

²⁵⁴ *Carta di soggiorno*, ultimo aggiornamento 28/05/2019, <https://www.soldioggi.it/carta-di-soggiorno-17376.html>, (ultimo accesso 29/05/2019).

²⁵⁵ Le assenze dello straniero dal territorio nazionale non interrompono la durata del periodo quinquennale, ed anzi sono incluse nel computo del medesimo periodo quando sono inferiori a sei mesi consecutivi e non superano complessivamente dieci mesi nel quinquennio, fatto salvo che detta interruzione sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari, da gravi e documentati motivi di salute ovvero da altri gravi e comprovati motivi. (art. 9, comma sesto T.U.).

consolari, dalla Convenzione del 1969 sulle missioni speciali o dalla Convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionali di carattere universale. L'ambito di applicazione soggettivo è ulteriormente ristretto nei confronti degli stranieri ritenuti pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato; tuttavia, ai fini dell'adozione di un provvedimento di diniego di rilascio del permesso di soggiorno, il questore tiene conto altresì della durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero (art. 9, comma terzo e quarto, T.U.).

Lo straniero così individuato deve inoltre dimostrare la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale (ogni anno il sito INPS pubblica l'importo esatto) e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente e di un alloggio idoneo, può chiedere al questore il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, per sé e per i familiari, di cui all'articolo 29, comma primo, T.U., ai sensi dell' art. 9, comma primo, T.U.

Infine, ai fini della concessione è previsto anche il superamento di un test di conoscenza di lingua italiana, le cui modalità di svolgimento sono determinate con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca (art. 9, comma secondo-bis, T.U.).

Da ultimo, il comma settimo dell'art. 9 T.U. elenca le fattispecie in cui il permesso di soggiorno viene revocato: “a) se è stato acquisito fraudolentemente; b) in caso di espulsione, di cui al comma 9; c) quando mancano o vengano a mancare le condizioni per il rilascio, di cui al comma 4; d) in caso di assenza dal territorio dell'Unione per un periodo di dodici mesi consecutivi; e) in caso di conferimento di permesso di soggiorno di lungo periodo da parte di altro Stato membro dell'Unione europea, previa comunicazione da parte di quest'ultimo, e

comunque in caso di assenza dal territorio dello Stato per un periodo superiore a sei anni”.

3.4 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato

La disciplina del permesso di soggiorno è rimessa all’art. 5 T.U., sebbene le modalità e le condizioni di rilascio cambino a seconda dell’attività o del motivo per cui lo stesso è richiesto. I permessi di soggiorno che consentono di lavorare sono vari²⁵⁶; nello specifico, quelli per motivi di lavoro sono quattro, le cui disposizioni sono racchiuse nel Titolo III del T.U. (artt. 21-27-sexies): permesso di soggiorno per lavoro subordinato; permesso di soggiorno per lavoro stagionale; permesso di soggiorno per lavoro stagionale pluriennale; permesso di soggiorno per lavoro autonomo.

Per quanto riguarda il primo di essi, ai sensi dell’art. 22, comma secondo, T.U., si indica che il datore di lavoro, italiano o straniero regolarmente soggiornante in Italia, il quale intende instaurare in Italia un rapporto di lavoro subordinato, a tempo determinato o indeterminato, con uno straniero residente, deve innanzitutto assicurarsi presso il Centro per l’impiego competente della indisponibilità di un lavoratore presente sul territorio nazionale idoneamente documentata; dopodiché deve presentare allo sportello unico per l’immigrazione della provincia di residenza o di quella in cui ha sede legale l’impresa, ovvero di

²⁵⁶ Oltre al permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, si rilevano il permesso per coesione familiare, di attesa occupazione, di affidamento, di riconoscimento protezione internazionale e per motivi umanitari, di studio (con visto - limite annuale di 1040 ore - art. 14 D.P.R. 394/99), assistenza minore (con visto o decreto del Tribunale dei Minori), di richiesta asilo (rinnovo, dopo 60 giorni dalla presentazione della domanda di asilo), di integrazione minore (art. 32, comma 1-bis D.lgs. 286/98 e succ. mod.), di residenza elettiva (senza visto: familiare di cittadino comunitario o percettore di rendita Inail-Inps). Cfr. Circolare Questura di Treviso, primo febbraio 2019, al sito www.questure.poliziadistato.it/Treviso, (ultimo accesso 21/06/2019).

quella ove avrà luogo la prestazione lavorativa, richiesta nominativa di nulla osta al lavoro ed idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero. Deve poi esibire la proposta di contratto di soggiorno con specificazione delle relative condizioni, comprensive sia dell'impegno al pagamento da parte sua delle spese di ritorno dello straniero nel Paese di provenienza che della dichiarazione di impegno a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro.

L'articolo 22, comma terzo, T.U., disciplina la possibilità in cui il datore non abbia già conoscenza diretta dello straniero che intende assumere, per cui in tal caso richiederà il nulla osta per i soggetti iscritti nelle apposite liste ex art. 21, comma quinto, T.U.²⁵⁷, producendo solamente la documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa e la proposta di contratto di soggiorno.

Si evidenzia che il presupposto della procedura è costituito da un primo incontro fra domanda e offerta di lavoro quando l'aspirante lavoratore si trova ancora nel suo Paese di origine (a meno che non sia già regolarmente soggiornante per motivi diversi). Però la procedura tipica prescrive che il datore di lavoro presenti una domanda nominativa di assunzione, il che dà per scontato che il datore conosca già il lavoratore straniero, nonostante questi si trovi ancora all'estero. Viene da sé che tale sistema è in contraddizione, e ha come risultato quello di promuovere l'elusione delle regole e favorire l'illegalità e la clandestinità. Infatti, la prassi solidificata è che lo straniero, arrivato clandestinamente in Italia, si

²⁵⁷ Tali liste sono riservate all'iscrizione dei lavoratori stranieri che intendono fare ingresso in Italia per motivi di lavoro subordinato, anche stagionale, specificando le loro qualifiche o mansioni, purché siano cittadini di Stati che abbiano firmato con l'Italia intese o accordi bilaterali finalizzati alla regolamentazione dei flussi d'ingresso e delle procedure di riammissione ai sensi dell'art. 21, comma primo, T.U.

accordi con il datore di lavoro e poi ritorni nel Paese d'origine aspettando di rientrarvi legalmente secondo la procedura delineata all'art. 22 T.U.²⁵⁸.

Di seguito si rileva che il datore di lavoro è tenuto a consegnare, oltre alla domanda nominativa o numerica di assunzione, anche una proposta di contratto di soggiorno per lavoro subordinato (di cui si tratterà nel prossimo paragrafo) allo Sportello unico per l'immigrazione (SUI), istituito in ogni Provincia presso la prefettura-ufficio territoriale del Governo. Tale Sportello (introdotto dalla legge "Bossi-Fini" del 2002) è responsabile dell'intero procedimento relativo all'assunzione di lavoratori subordinati stranieri a tempo determinato e indeterminato; in aggiunta si occupa della conversione del permesso di soggiorno e gestisce la procedura informatica per la somministrazione del test di conoscenza della lingua italiana (di cui si parlerà in seguito).

Alla luce di quanto finora trattato, si può notare che l'Italia ha inserito nel procedimento di regolare assunzione di un lavoratore straniero un sistema a doppio filtro: il primo è costituito dalla programmazione del fabbisogno di manodopera straniera, racchiuso negli già citati decreti flusso. Il secondo consiste nella verifica effettuata dal datore di lavoro presso il Centro per l'impiego competente, della indisponibilità, caso per caso, dei lavoratori nazionali o europei già presenti sul territorio per il rilascio dell'autorizzazione al lavoro e, in particolare, allo svolgimento delle stesse mansioni²⁵⁹.

In conclusione si può affermare che, a tutta prima, risaltano le finalità di maggior tutela e preferenza del mercato del lavoro nazionale ed europeo, anche se, a ben vedere, si ritiene che rientrino in questa verifica anche i lavoratori stranieri legalmente soggiornanti sul territorio nazionale. Infatti, riprendendo quanto già

²⁵⁸ CHIAROMONTE W., op. ult. cit., p.166.

²⁵⁹ MCBRITTON M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, op. cit., p.595.

detto nel precedente capitolo (paragrafo 2.6), sulla scorta del principio di parità di trattamento tra stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini italiani, ricavato dall' art. 3 Cost. e dall'art. 10 della Convenzione OIL n. 143 del 1975, ed inserito nell'art. 2, comma terzo, T.U., si vuole evitare che, in un mercato del lavoro non particolarmente capiente, il riconoscimento di un accesso indiscriminato possa avere ripercussione negative sulle opportunità di impiego dei cittadini nazionali²⁶⁰.

Proseguendo nella disamina dell'iter procedimentale, si osserva che “lo sportello unico per l'immigrazione, nel complessivo termine massimo di sessanta giorni dalla presentazione della richiesta, a condizione che siano state rispettate le prescrizioni di cui al comma 2 e le prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie, rilascia, in ogni caso, sentito il questore, il nulla osta nel rispetto dei limiti numerici, quantitativi e qualitativi determinati a norma dell'articolo 3, comma 4, e dell'articolo 21, e, a richiesta del datore di lavoro, trasmette la documentazione, ivi compreso il codice fiscale, agli uffici consolari, ove possibile in via telematica. Il nulla osta al lavoro subordinato ha validità per un periodo non superiore a sei mesi dalla data del rilascio” (art. 22, comma quinto, T.U.).

Scopo della disposizione in esame è quello di evitare che il datore attui condizioni di minor favore ai lavoratori stranieri rispetto a quelle previste per gli italiani, il che, come si è visto, comporterebbe un abbassamento del costo della manodopera straniera a scapito di quella nazionale²⁶¹.

Nel caso di rigetto della richiesta di nulla osta al lavoro subordinato nei confronti del lavoratore straniero, il provvedimento di diniego potrà essere impugnato

²⁶⁰ NAPPI S., op. cit., p.156.

²⁶¹ CHIAROMONTE W., op. ult. cit., p.167.

davanti al TAR del luogo in cui ha sede il competente Sportello unico per l'immigrazione²⁶².

Dopodiché il lavoratore, informato dal datore dell'avvenuto rilascio dell'autorizzazione, chiede il visto d'ingresso agli uffici diplomatici o consolari del Paese di origine o di residenza dello straniero, ed entro sei mesi dal rilascio dello stesso, il prestatore straniero deve fare ingresso in Italia. Una volta arrivato in Italia, entro otto giorni dovrà recarsi presso lo Sportello che ha rilasciato l'autorizzazione per firmare il contratto di soggiorno per lavoro subordinato, la cui copia infine verrà trasmessa all'autorità consolare del luogo di residenza dello straniero e al Centro per l'impiego competente (art. 22, comma sesto T.U.).

Solo dopo essere entrato in Italia ed aver sottoscritto il contratto, inizierà quindi a decorrere il rapporto di lavoro e lo straniero potrà richiedere al SUI il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Ai sensi dell'art. 5, comma secondo-ter, T.U., innovato dal pacchetto sicurezza del 2009, la richiesta di rilascio (e di rinnovo) del permesso di soggiorno è sottoposta al versamento di un contributo, c.d. *tassa di soggiorno*, il cui importo è fissato fra un minimo di 80 e un massimo di 200 euro a seconda della durata del permesso; l'importo è determinato da un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno, che stabilisce altresì le modalità del versamento²⁶³.

Le Questure successivamente devono fornire all'INPS e all'INAIL, tramite collegamenti telematici, le informazioni anagrafiche relative ai lavoratori extracomunitari ai quali è concesso il suddetto permesso. In seguito l'INPS, sulla

²⁶² DI MURO A., *Il diritto dell'immigrazione: guida aggiornata alla legge n. 46/2017 decreto Minniti-Orlando*, G. Giappichelli, Torino, 2017, p.46.

²⁶³ A tal proposito sono state sollevate critiche inerenti all'impiego delle somme derivanti da suddetta *tassa di soggiorno*, nonché profili di illegittimità per quanto riguarda il prelievo tributario ex art. 53 Cost. e l'addebito ai soli stranieri regolarmente soggiornanti di costi di attività che dovrebbero gravare sulla fiscalità generale in quanto favoriscono l'intera collettività. Sul punto, cfr. CHIAMONTE W., op. cit., p.156.

base delle informazioni ricevute, costituisce un «Archivio anagrafico dei lavoratori extracomunitari», da condividere con altre amministrazioni pubbliche (art. 22, comma nono, T.U.).

Si rileva inoltre che il permesso per lavoro subordinato ha una validità pari alla durata dell'offerta di lavoro prevista dal contratto di soggiorno e comunque non superiore a un anno per contratto a tempo determinato e non superiore a due anni per tempo indeterminato, è sempre rinnovabile alla scadenza e consente di svolgere qualsiasi altra attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo (art. 5, comma terzo-bis, T.U.).

Per quanto riguarda la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, questa deve essere presentata al Questore della Provincia in cui lo straniero dimora entro sessanta giorni dalla scadenza ed è sottoposta alla verifica delle condizioni previste per il rilascio; la durata del rinnovo non può superare quella del permesso inizialmente concesso (art. 5, comma quarto, T.U.). Qualora si riscontri la mancanza dei requisiti necessari per l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato, è prevista la revoca del permesso di soggiorno oppure il rifiuto di questo o del suo rinnovo (art. 5, comma quinto T.U.).

Infine, all'art. 21, comma undicesimo, T.U., si precisa che la perdita del posto di lavoro, anche per dimissioni, non costituisce motivo di revoca automatica del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario ed ai suoi familiari legalmente soggiornanti. Il lavoratore alla ricerca di un nuovo impiego infatti può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque, salvo che si tratti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, per un periodo non inferiore ad un anno ovvero per tutto il

periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito percepita dal lavoratore straniero, qualora superiore²⁶⁴.

3.4.1 *Segue: Il contratto di soggiorno e l'accordo di integrazione*

Nel precedente paragrafo si è detto che, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, è necessaria la preliminare sottoscrizione, a forma scritta vincolata e prefissata, del contratto di soggiorno e dell'accordo di integrazione, rispettivamente introdotti dalla legge n. 189 del 2002 (c.d. Bossi-Fini) e dalla legge n. 94 del 2009 (c.d. pacchetto sicurezza)²⁶⁵.

In merito al primo istituto, l'art. 5-bis, commi primo e terzo, T.U., sancisce che esso è stipulato fra un datore di lavoro, italiano o straniero regolarmente soggiornante in Italia, e un prestatore di lavoro, cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea o apolide, 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.

Nel comma successivo sono indicati gli elementi essenziali del contratto ai fini della validità del titolo (e quindi dell'ottenimento del permesso di soggiorno), che si sostanziano nelle seguenti dichiarazioni: la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore (lett. a), e l'impegno al pagamento, sempre da parte del datore di lavoro, delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel Paese di provenienza (lett. b).

Va chiarito che egli si vincola non solo a localizzare un alloggio idoneo, ovvero che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica, bensì ad assicurarne la possibilità d'uso per lo straniero sin

²⁶⁴ A tal proposito si veda Cons. St. 09/06/2016, n. 2460.

²⁶⁵ DI MURO A., op. cit., p.43.

dal momento di presentazione della proposta di contratto di soggiorno. Per quanto riguarda le spese relative all'abitazione, si esclude che siano addebitate integralmente al datore, dato che ciò costituirebbe una discriminazione, stavolta, nei confronti dei lavoratori nazionali, e che comunque il datore, in caso di esborso, avrà diritto di rivalsa nei confronti del prestatore straniero²⁶⁶.

Inoltre, grava sul datore di lavoro l'impegno a pagare le spese di rimpatrio: la soluzione preferibile è che siano dovute per la totalità dal datore di lavoro, poiché, diversamente, si penalizzerebbe il lavoro straniero rispetto a quello nazionale, dato che il costo del primo risulterebbe di fatto maggiore rispetto quello dei secondi; si potrebbe realizzare perfino una discriminazione tra lavoratori stranieri basata sulla provenienza degli stessi, dato che sarebbero preferiti quelli originari dei Paesi più vicini all'Italia²⁶⁷.

Tali adempimenti a carico del datore di lavoro sono da effettuarsi con largo anticipo rispetto al concreto svolgimento dell'attività lavorativa da parte dello straniero che vuole assumere e quindi, oltre a rendere farraginoso e pesante la procedura, hanno l'effetto di disincentivarne l'assunzione. A tal proposito, si constata che qualora il datore non provveda a prestare suddette garanzie, non sussiste un regime sanzionatorio ad hoc, ma ne consegue che il contratto non costituirà titolo valido per il rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5-bis, comma secondo, T.U.²⁶⁸.

Un tema ampiamente dibattuto in dottrina concerne la controversa natura del contratto in oggetto: per la dottrina maggioritaria²⁶⁹ esso rappresenta un normale

²⁶⁶ MONTANARI A., op. cit., p.131.

²⁶⁷ Ivi, p.132.

²⁶⁸ CHIAROMONTE W., op. ult. cit., p.189.

²⁶⁹ Cfr. TURSI A., *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.18., RONDO A., *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in DONDI G. (a cura di), *Il lavoro degli immigrati: D. lgs. n. 286/1998 come modificato dalla L. n. 189/2002 (articoli estratti); Legge n. 189/2002 (art. 33); D.L. n. 195/2002*

contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c., a forma scritta vincolata, riservato però ai soli cittadini extracomunitari. Al contratto sono aggiunti, ex lege, due obblighi ulteriori per il datore: fornire la garanzia di una sistemazione alloggiativa e provvedere al pagamento delle spese di rimpatrio.

Data “l'impossibilità di addivenire ad una qualificazione certa del contratto di soggiorno, almeno secondi i criteri lavoristici”²⁷⁰, si è supposto che suddetto contratto integri una fattispecie ibrida di contratto di lavoro individuale al quale si associano elementi pubblicistici relativi alle condizioni di soggiorno e all'imposizione di specifici obblighi patrimoniali e di denuncia per il datore di lavoro²⁷¹.

Un altro orientamento dottrinale sostiene che il contratto di soggiorno, incentrandosi sulla procedura d'ingresso dello straniero nel territorio nazionale e sulla instaurazione di un corretto rapporto di lavoro subordinato, e nonostante il *nomen juris*, si differenzi da un contratto di lavoro per causa e funzioni, in quanto il suo contenuto si limiterebbe alle obbligazioni di cui al secondo comma, art. 5-bis, lett. a) e b), T.U., e si connoterebbe soprattutto per gli interessi pubblicistici²⁷². In più, tale dottrina afferma che il contratto in esame si configura come un contratto tipico, a forma scritta, ma non a prestazioni sinallagmatiche,

convertito, con modificazioni, in Legge n. 222/2002, Milanofiori, Assago, 2003, p.128 e BONETTI P., Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali, in NASCIMBENE B. (a cura di), Diritto degli stranieri, Cedam, Padova, 2004, p.353 e ss.

²⁷⁰ MONTANARI A., op. cit., p.135.

²⁷¹ Op. loc. cit.

²⁷² In questo senso NAPPI S., op. cit., p.250, il quale afferma che “lo Stato intende trasferire in capo al datore di lavoro l'onere di soddisfare non tanto le necessità del lavoratore, quanto piuttosto esigenze di natura pubblicistica finalizzate a garantire condizioni di vita e di lavoro decorose per il prestatore e direttamente utili ad evitare turbamenti al sereno dispiegarsi della civile convivenza”.

ovvero non di scambio, poiché le obbligazioni sono assunte solo dal datore di lavoro nei confronti dello Stato²⁷³.

La prima tesi gode di un maggiore consenso perché corroborata da una serie di riferimenti testuali ricavati dal combinato disposto degli artt. 22 e 5-bis T.U., quali ad esempio: il datore di lavoro deve presentare allo sportello unico “la proposta di contratto di soggiorno con specificazione delle relative condizioni”; le parti del contratto vengono qualificate come datore di lavoro e lavoratore; l’invio del contratto di soggiorno al Centro per l’impiego competente; ed infine la verifica ad opera del SUI riguardante il rispetto delle “prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabili alla fattispecie”, che non possono che trovarsi nella proposta di contratto di soggiorno per lavoro allegato alla richiesta²⁷⁴.

Ad ogni modo, l’accettazione dell’una o dell’altra tesi non fa venire meno l’applicazione della disciplina tipica del contratto di lavoro subordinato, altrimenti si violerebbe il più volte citato art. 2, comma terzo, T.U., che dichiara il principio di parità di trattamento tra lavoratori stranieri e italiani. Ne discende che il contratto di soggiorno dovrà altresì includere la garanzia di un lavoro a condizioni non inferiori a quelle previste dalla legge e dai contratti collettivi²⁷⁵.

Si precisa che, qualora il datore di lavoro non provvedesse alla stipulazione del contratto di soggiorno, il lavoratore extracomunitario sarebbe titolare di un diritto al risarcimento al danno²⁷⁶.

²⁷³ DONDI G., *La politica verso l’immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, in DONDI G. (a cura di), op. ult. cit., p.14 e ss.

²⁷⁴ In tal senso RONDO A., *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in DONDI G. (a cura di), op. ult. cit., p.126 e ss., e DE MARGHERITI M.L., *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in TURSI A., (cura di), op. cit., p.192, e CHIAROMONTE W., op. ult. cit., p.188.

²⁷⁵ DE MARGHERITI M.L., *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.191 e ss.

²⁷⁶ A tal proposito, DI MURO A., op. cit., p.43 e ss. Si veda Tribunale di Vigevano, 9 giugno 2004, n. 390.

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 40, che ha abrogato il comma 7 dell'art. 22 T.U. e l'art. 36-bis Reg. Att., quando il cittadino straniero instaura un nuovo rapporto di lavoro, successivo a quello formalizzato per il primo ingresso, non sarà più necessario stipulare un nuovo contratto di soggiorno. In altre parole, per il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro subordinato non servirà più che il datore il lavoro attesti la sussistenza di un alloggio idoneo del lavoratore né l'impegno al pagamento delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel Paese di provenienza (come prescritto dall'art. 5-bis T.U.). Si sono così sciolti i molti dubbi e le criticità che tali disposizioni avevano precedentemente sollevato. Va detto che il contratto di soggiorno andrà comunque stipulato in caso di richiesta di conversione del permesso di soggiorno posseduto ad altro titolo in permesso di soggiorno per lavoro subordinato.

In conclusione, sono sorti numerosi dubbi di conformità del contratto di soggiorno per lavoro subordinato rispetto al principio di parità di trattamento contenuto nella Costituzione. Si pone in risalto innanzitutto il limitato ambito di applicazione soggettiva, rivolto solamente ai cittadini proveniente dai Paesi terzi, il quale sembra porsi in contrasto con il principio di uguaglianza poiché i prestatori stranieri vengono sfavoriti nell'accesso al lavoro e nelle garanzie di durata e stabilità del rapporto rispetto agli altri lavoratori, nazionali o europei. Poi paiono messe a rischio le garanzie contenute negli artt. 35-40 Cost., le quali sono riservate a tutti i lavoratori, a prescindere dalla nazionalità degli stessi, mentre nella disciplina dei contratti individuali il mancato possesso della cittadinanza si dimostra essere un fattore penalizzante. Inoltre, l'istituto si pone in violazione della riserva costituzionale all'art. 10, comma secondo, relativa alla condizione giuridica dello straniero, poiché non sembra compatibile con i principi racchiusi all'art. 8 della Convenzione OIL n.143/1975 (per cui si

rimanda al capitolo precedente, paragrafo 2.2.²⁷⁷. Infine, si sottolinea anche l'evidente contraddizione con la già citata Direttiva n. 2011/98/UE sul permesso unico di soggiorno e lavoro, che mira ad alleggerire le procedure di rilascio del permesso in oggetto²⁷⁸.

In aggiunta alla stipulazione del contratto di soggiorno, vi è anche l'obbligo per lo straniero extracomunitario, maggiore di anni sedici²⁷⁹, di sottoscrivere l'accordo di integrazione contestualmente alla presentazione della richiesta di permesso di soggiorno (di durata non inferiore ad un anno)²⁸⁰ presso le Questure o le Prefetture (art. 1, comma secondo, D.P.R.).

La disciplina dei criteri e delle modalità di sottoscrizione del suddetto accordo è contenuta nell'articolo 4-bis del T.U. e nel D.P.R. 14 settembre 2011, n. 179²⁸¹, quest'ultimo rubricato "Regolamento concernente la disciplina dell'accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato", entrato in vigore il 10 marzo 2012.

Esso rappresenta un patto tra Stato italiano e straniero in cui vengono indicate le fasi di un percorso di integrazione che ha lo scopo di condurre lo straniero alla comprensione dello stile di vita e della cultura italiana; si può dire che in generale è "finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco

²⁷⁷ BONETTI P., *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in NASCIMBENE B. (a cura di), op. ult. cit., p.368.

²⁷⁸ CHIAROMONTE W., op. ult. cit., p.192.

²⁷⁹ Per i soggetti minorenni (dai 16 ai 18 anni) l'accordo sarà sottoscritto anche dai genitori o dai soggetti esercenti la potestà genitoriale, purché regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale.

²⁸⁰ Si evince dunque che il cittadino straniero titolare di un permesso di soggiorno della durata inferiore ad un anno non è sottoposto all'obbligo di firma dell'accordo e perciò non andrà incontro alle conseguenze del mancato adempimento dello stesso. In definitiva è titolare di un trattamento vantaggioso rispetto allo straniero titolare di un permesso di soggiorno della durata di almeno un anno. Cfr. BIONDI DAL MONTE E VRENNNA, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge*, in AA.VV., *La governance dell'immigrazione*, op. cit., p.265.

²⁸¹ Consultabile al sito www.gazzettaufficiale.it, (ultimo accesso 21/06/2019).

impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società” (art. 4-bis, comma primo).

Con l’adesione a tale accordo, lo straniero si assume “l’impegno a sottoscrivere specifici obiettivi di integrazione, da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno” (art. 4-bis, comma secondo). Nello specifico egli si impegna a frequentare corsi di formazione e iniziative predisposte dallo Stato ai fini dell’acquisizione dei principi fondamentali della Costituzione italiana, della cultura italiana e altresì della lingua italiana (almeno un livello A2 del quadro comune europeo di riferimento), nonché a rispettare le regole della società civile, ad assolvere gli obblighi fiscali e contributivi. Oltre a ciò, dichiara di aderire alla Carta dei valori della cittadinanza e dell’integrazione, di cui al decreto del Ministro dell’Interno 23 aprile 2007, e si impegna a rispettarne i principi (art. 2, comma quarto e quinto, D.P.R.).

Lo Stato, invece, si incarica di garantirgli il godimento dei diritti fondamentali e la pari dignità sociale senza alcuna distinzione, e di controllare il rispetto delle norme a tutela del lavoro dipendente e il pieno accesso ai servizi di natura sanitaria e relativi alla frequenza della scuola dell’obbligo (art. 4-bis, comma terzo). Si obbliga infine a favorirne il processo di integrazione realizzando ogni idonea iniziativa di concerto con le Regioni, gli enti locali e l’associazionismo no profit, ed altresì sostenendo la partecipazione ad una sessione di formazione civica e di informazione sulla vita in Italia “con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica” (art. 2, comma sesto, D.P.R.).

La durata di questo contratto è di due anni, prorogabile di un anno (art. 2, comma settimo, D.P.R.), e la sua peculiarità risiede nell’articolazione in un sistema di crediti da conseguire per mezzo della conoscenza linguistica, della frequentazione dei corsi e dei titoli di studio, oltre che tramite determinati

comportamenti come ad esempio lo svolgimento di attività imprenditoriali o di volontariato (art. 4 D.P.R.).

La disciplina contenuta nell'art. 6 del D.P.R. prevede che al momento della sottoscrizione dell'accordo lo straniero riceva 16 crediti e, un mese prima della scadenza del biennio di durata dell'accordo, debba consegnare tutta la documentazione in proprio possesso attestante i crediti acquisiti allo Sportello unico della Prefettura competente. Quest'ultimo provvederà all'aumento o alla decurtazione dei crediti nei casi previsti.

Gli artt. 4 e 5 del D.P.R. specificano che, in caso di commissione di reati o di gravi violazioni di legge, ovvero in caso di condanne penali anche non definitive, misure di sicurezza personali ed illeciti amministrativi e tributari, è prevista la perdita dei crediti, che ha come conseguenza più grave la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dal territorio dello Stato.

In alternativa, in mancanza di documentazione concernente la conoscenza della lingua italiana, la cultura civica e la vita civile in Italia, lo straniero può svolgere un apposito test (art. 5, comma secondo, D.P.R.)²⁸².

Ai sensi dell'art. 6, comma quinto, lett. a), D.P.R., l'accordo si considera adempiuto se, decorsi due anni dalla firma dello stesso, lo straniero ha raggiunto un numero di punti finali pari o superiore a trenta con riferimento a adeguati livelli di conoscenza della lingua italiana e della cultura civica e della vita civile in Italia. Se il punteggio è compreso tra uno e ventinove, egli può giovare di un terzo anno per raggiungere i 30 punti; se invece il punteggio è pari o inferiore a zero, il permesso di soggiorno è revocato e si procederà all'espulsione amministrativa.

²⁸² Cfr. *Accordo di integrazione per stranieri e permesso soggiorno a punti*, <https://portaleimmigrazione.eu/accordo-di-integrazione-per-stranieri/>, (ultimo accesso: 22/05/2019).

Si può accennare, concludendo, che l'inadempimento dello Stato agli obblighi "contrattualmente" assunti non comporta alcuna sanzione, rischiando così di rimanere inattuati.

3.5 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro stagionale

Il permesso di soggiorno in esame consente l'assunzione dello straniero ai fini dello svolgimento di un'attività a carattere stagionale, ovvero localizzata in alcuni periodi dell'anno o ciclica, nei settori agricolo e turistico/alberghiero. Si rileva che per tale tipologia di prestatori lavorativi il procedimento di assunzione è più snello e presenta termini procedurali ridotti rispetto a quelli normalmente previsti per il rilascio del nulla osta, per via della maggiore flessibilità e brevità delle attività svolte²⁸³. A ben vedere, anche i rapporti di lavoro a tempo indeterminato presentano simili caratteristiche, eppure a questi è riservata la procedura standard ex art. 22 T.U.²⁸⁴. Inoltre, preme rimarcare che la disciplina del lavoro stagionale, se da un punto di vista giuridico costituisce una ipotesi di deroga alla normativa generale del lavoro degli immigrati, in verità si manifesta come un fenomeno di dimensioni macroscopiche, e ne danno conto non solo i dati statistici, bensì anche gli stessi decreti di determinazione delle quote di ingresso²⁸⁵: "con il decreto flussi 2019 le quote di ingresso che il ministero del Lavoro e delle Politiche sociali provvederà a ripartire tra le regioni e le province autonome, sono così distinte: 12.850 per lavoro subordinato non stagionale,

²⁸³ DI MURO A., op. cit., p.49 e ss. e MONTANARI A., op. cit., p.126.

²⁸⁴ LUDOVICO G., *Ingresso e soggiorno dei lavoratori stagionali*, in DONDI G. (a cura di), op. ult. cit., p.200.

²⁸⁵ FERRARESI M., *Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.255.

autonomo e conversioni, 18.000 per lavoro subordinato stagionale nei settori agricolo e turistico-alberghiero”²⁸⁶.

Come per il permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, ai fini dell’instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato a carattere stagionale nei settori agricolo e turistico/alberghiero con uno straniero, deve essere presentata richiesta nominativa di nulla osta al lavoro presso lo Sportello unico della Provincia di residenza da parte o del datore di lavoro, italiano o straniero regolarmente soggiornante in Italia, oppure delle associazioni di categoria per conto dei loro associati, presentando la medesima documentazione prevista per il permesso di lavoro subordinato (art. 24, comma primo, T.U.).

Anche in questo caso, qualora non si abbia conoscenza diretta dello straniero, può essere presentata richiesta di assunzione numerica di coloro iscritti nelle apposite liste al centro per l’impiego competente, il quale però disporrà di soli cinque giorni per controllare l’eventuale disponibilità o meno di lavoratori italiani o europei (art. 24, comma primo, T.U.).

Il rilascio di autorizzazione all’occupazione stagionale, anche pluriennale, è effettuato dallo Sportello per la durata corrispondente a quella del lavoro richiesto, non oltre venti giorni dalla data di ricezione della richiesta del datore di lavoro, ex art. 24, comma secondo, T.U.

Si precisa che il nulla osta in oggetto autorizza lo svolgimento di attività lavorativa sul territorio nazionale fino ad un massimo di nove mesi in un periodo di dodici mesi; si intende comunque prorogato, e il permesso di soggiorno può essere rinnovato, in caso di nuova opportunità di lavoro stagionale offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro fino alla scadenza del nuovo rapporto di lavoro

²⁸⁶ *Decreto flussi 2019: ingresso per 30.850 lavoratori non comunitari*, 09/04/2019, ultimo aggiornamento 29/04/2019, <http://www.interno.gov.it/it/notizie/decreto-flussi-2019-ingresso-30850-lavoratori-non-comunitari>, (ultimo accesso 01/06/2019).

stagionale. In tale ipotesi, il lavoratore è esonerato dall'obbligo di rientro nello Stato di provenienza per il rilascio di ulteriore visto da parte dell'autorità consolare (art. 24, comma settimo e ottavo, T.U.).

Hanno dato luogo a molti dubbi e criticità le disposizioni di cui all' art. 25, comma primo e secondo, T.U., le quali asseriscono che, data la durata limitata di tali contratti e la loro specificità, agli stranieri titolari di permesso di soggiorno per lavoro stagionale vengano da una parte riconosciute l'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'assicurazione contro le malattie e l'assicurazione di maternità; ma che, dall'altra, il datore di lavoro sia esonerato dall'obbligo contributivo concernente l'assegno per il nucleo familiare e per l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria. Tuttavia è ivi stabilito che in sostituzione di questi obblighi contributivi sia tenuto a versare all'INPS un contributo in misura pari all'importo dei medesimi contributi (non versati) ed in base alle condizioni e alle modalità stabilite per questi ultimi. Tali contributi sono poi destinati a favore degli interventi di carattere socioassistenziale posti in atto dal Fondo nazionale per le politiche migratorie²⁸⁷.

Infine si evidenzia che “il lavoratore stagionale, che ha svolto regolare attività lavorativa sul territorio nazionale per almeno tre mesi, al quale è offerto un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato, può chiedere allo sportello unico per l'immigrazione la conversione del permesso di soggiorno in lavoro subordinato, nei limiti delle quote di cui all'articolo 3, comma 4” (art. 24, comma decimo, T.U.).

Relativamente a quest'ultimo tema, è interessante dare conto di alcuni orientamenti giurisprudenziali formati riguardo l'obbligatorietà o meno del

²⁸⁷ ALESSE A., *La tutela previdenziale dei lavoratori stagionali*, in DONDI G. (a cura di), op. ult. cit., p.209 e ss.

rientro nel Paese di provenienza da parte del lavoratore stagionale al momento della scadenza del primo periodo di soggiorno, avendo però ricevuto un'offerta di lavoro subordinato non stagionale da un datore di lavoro²⁸⁸. Un primo orientamento sostiene che sia necessario che il lavoratore torni nel proprio Paese e, quando richieda di tornare in Italia per un secondo periodo come stagionale, faccia richiesta di conversione del permesso per essere assunto²⁸⁹. Un secondo indirizzo, forte della previsione legislativa ex art. 5, comma quinto, del T.U., secondo la quale si devono considerare “nuovi elementi sopraggiunti”, dichiara che il lavoratore non dovrebbe fare ritorno in patria ai fini della conversione del permesso; tale interpretazione si rifà al principio di parità di trattamento tra lavoratore nazionale e straniero regolarmente presente²⁹⁰.

Il permesso di soggiorno per lavoro stagionale pluriennale invece, ai sensi dell'art. 5, comma terzo-ter, T.U., viene concesso fino a tre annualità allo straniero che dimostri di essere venuto in Italia almeno una volta nei cinque anni precedenti per prestare lavoro stagionale, qualora si tratti di impieghi ripetitivi, con indicazione del periodo di validità per ciascun anno. Il già menzionato permesso di soggiorno è revocato se lo straniero non si presenta all'ufficio di frontiera esterna al termine della validità annuale e alla data prevista dal visto di ingresso per il rientro nel territorio nazionale.

Quanto al visto di ingresso, questo è rilasciato dalla Questura ogni anno, su richiesta dello straniero, sempre dietro rilascio del nulla osta al datore di lavoro e sottoscrizione del contratto di soggiorno presso lo Sportello entro otto giorni

²⁸⁸ MCBRITTON M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, op. cit., p.598.

²⁸⁹ Così dispone l'art. 38, comma settimo, del Regolamento d'attuazione 394/1999. V. Tar Lombardia, sez. III, tre marzo 2010, n. 526.

²⁹⁰ A tal proposito, v. Tar Lazio, sez. II-quater, 25 febbraio 2013, n. 2057 e Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2013, n. 1610.

dall'ingresso in Italia. Inoltre, per gli ingressi successivi al primo, il lavoratore regolarmente assunto può effettuare un nuovo ingresso sulla base di una semplice conferma di assunzione da parte del datore di lavoro, indipendentemente dalla pubblicazione del decreto flussi per lavoro stagionale (art. 24, comma undicesimo, T.U.).

3.6 Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo

Quest'ultima tipologia di permesso di soggiorno si caratterizza per prevedere delle condizioni più incisive rispetto alle altre in precedenza analizzate. Un primo limite all'ingresso in Italia dei lavoratori stranieri, indicati come coloro non appartenenti all'Unione europea, ai fini dell'esercizio nel territorio dello Stato di “un'attività non occasionale di lavoro autonomo”, è rappresentato dalla condizione che l'esercizio di tali attività non sia riservato dalla legge ai cittadini italiani o a cittadini di uno degli Stati membri dell'Unione Europea (art. 26, comma primo, T.U.).

Dalla disposizione enunciata al secondo comma dell'art. 26 si può ricavare in via interpretativa la definizione di lavoro autonomo²⁹¹, poiché si dispone che “lo straniero che intenda esercitare in Italia una attività industriale, professionale, artigianale o commerciale, ovvero costituire società di capitali o di persone o accedere a cariche societarie” deve essere dotato di requisiti di varia natura.

L'articolo prosegue stabilendo che egli deve “dimostrare di disporre di risorse adeguate all'esercizio dell'attività che intende intraprendere in Italia”; in più deve fornire prova di essere in possesso dei requisiti professionali e morali previsti dalla legge italiana per l'esercizio della singola attività, compresi, ove richiesti, i

²⁹¹ DE ROBBIO C., op. cit., p.159.

requisiti per l'iscrizione in albi e registri. Infine, deve comprovare di possedere una attestazione dell'autorità competente, in data non anteriore a tre mesi, che dichiara che non sussistono motivi ostativi al rilascio dell'autorizzazione o della licenza prevista per l'esercizio dell'attività prescelta (art. 26, comma secondo, T.U.).

Oltre a ciò, dopo aver assolto le suddette condizioni, questi deve attestare la disponibilità di un alloggio idoneo e di un reddito annuo, proveniente da fonti lecite, di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l'esenzione alla partecipazione alla spesa sanitaria (art. 26, comma terzo, T.U.). La dimostrazione di tale requisito è necessaria in caso di rinnovo del permesso di soggiorno in questione, non potendo l'amministrazione agire discrezionalmente in assenza di questo²⁹².

L'art. 28, legge 30 luglio 2002, n. 189, ha abrogato l'ultima parte del terzo comma dell'articolo in esame che, nella versione originaria, all'art. 23 del T.U., prevedeva l'istituto della prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro, c.d. *sponsor*: grazie ad esso, enti o cittadini italiani o stranieri, regolarmente soggiornanti in Italia, potevano prestare garanzia circa l'effettivo possesso, in capo allo straniero intenzionato a venire in Italia per cercare un lavoro, dei requisiti richiesti dalla legge per il legittimo ingresso nello Stato. Inoltre, la norma concedeva allo straniero iscritto nelle liste di collocamento un permesso di soggiorno annuale per la ricerca di un impiego²⁹³. L'eliminazione di tale figura ha inciso negativamente sulla farraginoso procedura che lo straniero deve portare a termine ai fini di un ingresso regolare nel territorio dello Stato; addirittura la soppressione dello sponsor non ha fatto altro che incoraggiare gli ingressi

²⁹² Ivi, p.161.

²⁹³ MCBRITTON M., *Immigrazione e lavoro nell'esperienza giuridica italiana*, in *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci editore, Bari, 2007, p.200.

irregolari²⁹⁴. Invero ora lo straniero, dopo aver ottenuto l'attestazione autoritativa di assenza di motivi ostativi alla concessione dell'autorizzazione a svolgere il lavoro desiderato, ha l'onere di avanzare presso la Questura territorialmente competente l'insieme delle dichiarazioni comprovanti il possesso dei requisiti elencati precedentemente, di copia della domanda e di documentazione allegata. La Questura, una volta accertatasi della esattezza della procedura, deve rilasciare il nulla osta provvisorio alla concessione del visto per lavoro autonomo entro venti giorni.

L'ultima fase della procedura prevede inoltre che, ai sensi dell'art. 26, comma quinto, T.U., il nulla osta provvisorio e copia della documentazione devono essere trasmessi alla rappresentanza diplomatica o consolare italiana competente per la domanda del visto di ingresso per lavoro autonomo. Tale organo, all'esito positivo della verifica dei requisiti, ed acquisiti ben tre nulla osta (da parte del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno e del Ministero eventualmente competente in relazione all'attività che lo straniero intende svolgere in Italia), rilascia il visto di ingresso in Italia entro centoventi giorni dalla domanda. Da ultimo si ricorda che in ogni caso tale ingresso deve rientrare nei limiti numerici stabiliti dal decreto flussi e deve essere effettuato entro centoottanta giorni dalla data del rilascio stesso.

Infine, ex art. 26, comma quinto, ultima parte, T.U., la rappresentanza diplomatica o consolare concede la certificazione dell'esistenza dei suddetti requisiti necessari per conseguire il permesso di soggiorno per lavoro autonomo, che sarà poi concesso dalla questura territorialmente competente.

²⁹⁴ MARANDO M., *Ingresso e soggiorno dello straniero per lavoro autonomo*, in DONDI G. (a cura di), op. ult. cit., p.216.

Ai sensi dell'art. 5, comma terzo-quater, T.U., suddetto permesso non può avere una durata superiore a due anni. In merito al profilo della durata, Guaglianone commenta che “appare particolarmente limitante se oggetto dell'autorizzazione è lo svolgimento di un'attività autonoma”, e che, in generale, le problematiche conseguenti alla breve durata del permesso unite all'elevato livello di burocratizzazione dell'iter procedurale, scoraggiano tale modalità di accesso al lavoro²⁹⁵.

²⁹⁵ GUAGLIANONE L., *Il lavoro autonomo*, in TURSI A. (a cura di), op. cit., p.289.

IV Il lavoro sommerso degli stranieri

4.1 Il fenomeno del lavoro sommerso. - 4.2 Il rapporto tra immigrazione e lavoro sommerso. Il sistema del caporalato. - 4.3 La Direttiva 2009/52/CE. - 4.4 Il decreto legislativo n. 109 del 2012. - 4.5 Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

4.1 Il fenomeno del lavoro sommerso

Nel capitolo precedente si sono evidenziati gli aspetti critici della disciplina dell'accesso al mercato del lavoro da parte degli stranieri. Si è detto più volte che le disposizioni di ingresso sul territorio nazionale dello straniero prevedono un contorto meccanismo di incontro tra domanda e offerta di lavoro: in particolare, esso implica il reclutamento del prestatore straniero quando si trovi ancora nel Paese d'origine, insieme a gravosi obblighi di garanzia posti in capo al datore. Invece che contrastarla, tali previsioni finiscono per favorire la clandestinità degli ingressi e la propensione per il lavoro sommerso degli stranieri²⁹⁶. In questo capitolo si delineeranno le caratteristiche di questo fenomeno, inserendolo prima in una cornice sociologica e poi normativa, specificando le misure di contrasto elaborate a livello sovranazionale e nazionale.

Per chiarezza terminologica vanno fatte due premesse: innanzitutto nel corso della trattazione con l'espressione stranieri si intenderanno i soli cittadini di Paesi terzi; in secondo luogo saranno utilizzati in maniera interscambiabile gli aggettivi sommerso, irregolare, nero, parallelo, clandestino. Infatti, sebbene sia noto a chi scrive che tali espressioni si connotino per una diversa sfumatura, ben potendo essere suddivise in tre categorie (economica, giuridica e statistica), ciò che preme rimarcare in questa sede è la riflessione etico-giuridica ad esse dedicata e la

²⁹⁶ ANASTASIA E SESTITO, *Il lavoro degli immigrati e l'economia sommersa*, in LIVIBACCI M. (a cura di), op.cit., p.322.

previsione delle disposizioni più adeguate a ridurre e sanzionare suddetti comportamenti.

“Nell’economia irregolare si producono beni e servizi leciti, e la violazione della legislazione concerne solo i modi in cui l’attività viene svolta”²⁹⁷. Il lavoro sommerso, in gergo lavoro in nero o irregolare, rientra dunque nell’economia irregolare, e va inteso come “un’attività professionale, esercitata al margine o fuori dalle norme legali, amministrative o convenzionali, a scopo di lucro e non occasionalmente. Oltre alle norme fiscali e previdenziali, le violazioni concernono il diritto al lavoro e i contratti collettivi nel caso di lavoro dipendente”²⁹⁸.

Nonostante il rischio di incorrere in sanzioni, talvolta anche pesanti, come si dirà più avanti, il lavoro non regolare permette ai datori di lavoro di evitare il pagamento delle imposte e dei contributi sociali previdenziali a favore del lavoratore, nonché di azzerare i costi derivanti da obblighi di registrazione, da norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ed altresì consente di non rispettare le disposizioni concernenti il salario minimo, le ferie, il licenziamento, l’orario di lavoro e via dicendo²⁹⁹.

Da un punto di vista sociologico, si nota che vi sono settori lavorativi in cui tale forma di lavoro ha attecchito in maniera più incisiva, zone geografiche in cui è maggiormente diffuso e specifiche caratteristiche dei lavoratori coinvolti³⁰⁰.

²⁹⁷ REYNERIE., *Introduzione alla sociologia de mercato del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2017, p.225.

²⁹⁸ Ivi, p.226.

²⁹⁹ PERLETTI I., *Alcuni concetti introduttivi*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro. Le politiche di contrasto e di emersione: dal contesto internazionale a quello locale*, Jovene editore, Napoli, 2014, p.22 e ss.

³⁰⁰ PEDRETTI FOPPA F.P., *Sommerso, nero, irregolare*, <https://www.ilpuntopensionielavoro.it/site/home/lavoro/sommerso-nero-irregolare.html>, (ultimo accesso 05/06/2019).

Per quanto concerne le differenze settoriali, si evidenzia che i settori colpiti in maggior misura sono il settore agricolo, edilizio, dei servizi domestici e della ristorazione. Questa circostanza si può spiegare sulla base di due fattori: il primo è dato dal fatto che le unità produttive sono segmentate, e ciò fa sì che esse siano più facilmente occultabili e non siano oggetto di controlli frequenti; in più, la stagionalità delle attività suddette, unitamente alla loro flessibilità e breve durata, ha l'effetto di favorirne la sommersione³⁰¹. In secondo luogo in questi campi non sono richieste particolari competenze, piuttosto capacità di resistenza fisica, per cui, tra tanti, si preferisce il lavoratore che ha un costo minore³⁰².

Inoltre, si individuano determinate classi di persone strettamente correlate ai settori produttivi maggiormente interessati da tale fenomeno, che sono: i giovani e gli studenti, che hanno alle spalle poca esperienza lavorativa; le donne casalinghe, gli anziani (tra cui pensionati, disoccupati, cassaintegrati), coloro che svolgono un secondo lavoro ed appunto i cittadini di Paesi terzi che risiedono illegalmente nell'UE. Tutti questi soggetti sono accomunati da un'indisponibilità ad un lavoro regolare, che può essere causata dall'assenza di alternative possibili da un punto di vista professionale o pratico, da vincoli familiari, o semplicemente perché le prestazioni rese sono saltuarie³⁰³.

Infine, le aree geografiche che presentano maggiori livelli di lavoro irregolare sono connotate da arretratezza tecnologica ed organizzativa, da un alto tasso di disoccupazione e da una minore scolarizzazione³⁰⁴.

Il fenomeno del lavoro irregolare si concretizza dunque nell'elusione delle norme lavoristiche sia legali che contrattuali, e comporta delle conseguenze economico-

³⁰¹ AMBROSINI M., *La fatica di integrarsi*, p.120.

³⁰² PUGLIESE E. (a cura di), op. ult. cit., p.81.

³⁰³ REYNERI E., op. cit., p.233 e ss.

³⁰⁴ Op. loc. cit.

sociali molto forti: innanzitutto alimenta il dispiegarsi di situazioni in contrasto con la dignità, la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale, che per di più nuocciono alla sicurezza dei lavoratori, negando in toto le garanzie di protezione sociale previste a loro favore da norme di vario rango³⁰⁵. Oltre a ciò, la sua propagazione va a scapito del finanziamento della spesa pubblica, ed in special modo del welfare e dei servizi sociali, ledendo in ultima istanza la collettività: né i datori di lavoro, né i lavoratori irregolari, pagano le tasse, per cui diminuiscono le entrate dello Stato³⁰⁶. Infine, il lavoro clandestino influisce sul mercato del lavoro, che diventa sede di una speculazione al ribasso compromettendo la libera competizione delle imprese: i datori di lavoro risparmiano sui costi corrispondendo ai propri lavoratori un salario inferiore a quello di coloro che lavorano regolarmente, perciò riescono a ridurre i prezzi di vendita ed aumentare i profitti, esercitando in generale una concorrenza sleale ai danni delle imprese regolari e realizzando forme illecite di dumping sociale³⁰⁷.

Per concludere, alcuni dati tratti dal quarto rapporto "Agromafie e caporalato" a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto Flai Cgil riportano che l'economia non osservata in Italia ammonta a 208 miliardi di euro, all'interno della quale il lavoro irregolare vale circa 77 miliardi³⁰⁸.

³⁰⁵ AA.VV., *Immigrazione, caporalato, e lavoro nero in agricoltura*, in PERULLI A. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2016, p.342 e ss.

³⁰⁶ PERLETTI I., *Alcuni concetti introduttivi*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), p.10.

³⁰⁷ Ivi, p.30 e PIZZOFERRATO A., *Il contrasto al lavoro sommerso tra diritto comunitario e diritto interno: linee di tendenza e possibili sviluppi*, in AA.VV., *Vigilanza sul lavoro. La riforma del sistema tra difesa della legalità e tutela dell'impresa*, Cedam, Padova, 2005 - XIII, p.30.

³⁰⁸ Elaborazione Oss. Placido Rizzotto su dati Istat, Crea, Corte dei Conti e Commissione Parlamentare Antimafia, 31/07/2018, <https://www.flai.it/osservatoriopr/osservatorio-placido-rizzotto/#lavoroirr>, (ultimo accesso 07/06/2019).

4.2 Il rapporto tra stranieri e lavoro sommerso. Il sistema del caporalato

Le considerazioni fin qui svolte possono essere ora esaminate nella prospettiva della disciplina inerente al lavoro degli stranieri. Si osserva infatti che il rapporto tra lavoro sommerso e immigrazione, specialmente quella irregolare, è di tipo diretto: da un lato, la condizione di inferiorità degli immigrati e il loro timore di essere espulsi li rende maggiormente esposti a forme di sfruttamento da parte del datore di lavoro³⁰⁹; dall'altro, il lavoro nero sembra esserne una causa scatenante³¹⁰.

In particolare si rileva che “la domanda e l’offerta di lavoro irregolare immigrato sono determinate, oltretutto da fattori validi anche per i lavoratori nazionali (elevata tassazione, costo del lavoro, complessità della burocrazia, rigidità dell’occupazione regolare, ecc.), soprattutto da ragioni legate allo status etnico e residenziale dell’immigrato”³¹¹. Quest’ultimo infatti versa in specifiche condizioni di vulnerabilità che lo spingono ad accettare un lavoro sottopagato e dequalificato: per esempio perché non è in grado di conoscere gli strumenti di tutela a sua disposizione, oppure perché non dispone di un’idonea sistemazione abitativa o, più in generale, poiché difetta di regolare permesso di soggiorno. D’altra parte, può darsi che uno straniero non preveda una permanenza a lungo termine nel Paese, ma il suo obiettivo principale sia ottenere il maggior guadagno possibile per mantenere, sotto forma di rimesse, la famiglia rimasta nel Paese

³⁰⁹ REYNERIE., op. cit., p.252.

³¹⁰ A questo proposito, Il Considerando n. 36 D2009/52/CE chiarisce che il fatto di poter esercitare un’attività di lavoro irregolarmente, ovvero non detenendo lo status giuridico richiesto, rappresenta il *pull factor* dell’immigrazione irregolare.

³¹¹ CANNIZZO C., *Il lavoro sommerso*, 28/06/2007, <https://www.diritto.it/il-lavoro-sommerso/>, (ultimo accesso 05/06/2019).

d'origine³¹². In tutti questi casi, pertanto, si constata che se per un verso il “lavoro tutelato” dà diritto, previa sottoscrizione del contratto di soggiorno, all’ingresso e al soggiorno regolare dello straniero in Italia, per altro verso la possibilità di poter eseguire un “lavoro non tutelato”, senza incontrare alcun ostacolo di tipo giuridico o fisico, rappresenta per lo straniero un forte motivo di attrazione verso il mondo del lavoro sommerso³¹³. Invece, si evidenzia che “dal lato della domanda, le imprese ricorrono all’impiego irregolare di lavoratori extracomunitari per coprire mansioni che i lavoratori locali considerano poco qualificanti, nonché per sopperire alla carenza di lavoratori immigrati in possesso di regolare permesso di soggiorno”³¹⁴.

Si può quindi affermare che i controlli restrittivi e repressivi del lavoro non dichiarato conducono verso l’immigrazione illegale, che a sua volta viene limitata da tali misure³¹⁵. Tuttavia, è importante precisare che la sovrapposizione tra lavoro sommerso e lavoratore extracomunitario irregolare non è sempre automatica, anche se frequente. Effettivamente, vi sono determinate fattispecie tali per cui lo straniero si trova in condizioni di regolarità sul territorio, ma il suo permesso di soggiorno non gli permette di lavorare (è il caso del permesso di soggiorno rilasciato per cure mediche, per turismo, affari, giustizia o minore età), oppure non gli concede di svolgere un’attività lavorativa diversa da quella autorizzata (è il caso degli ingressi per lavoro fuori quota)³¹⁶.

³¹² AMBROSINI M., op. ult. cit., p.121.

³¹³ AA.VV., *Immigrazione, caporalato, e lavoro nero in agricoltura*, in PERULLI A. (a cura di), op. cit., p.343 e PERLETTI I., *La diffusione del lavoro sommerso in Europa e in Italia*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.129.

³¹⁴ CANNIZZO C., *Il lavoro sommerso*, 28/06/2007, <https://www.diritto.it/il-lavoro-sommerso/>, (ultimo accesso 05/06/2019).

³¹⁵ PERLETTI I., *La diffusione del lavoro sommerso in Europa e in Italia*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.130.

³¹⁶ MCBRITTON M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l’inadeguatezza della normativa*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, op. cit., p.594.

Sul rapporto tra lavoro sommerso e immigrazione si innesta sovente un'ulteriore manifestazione di sfruttamento, finalizzata all'assunzione dei migranti senza regolarizzazione, che è rappresentata dal caporalato³¹⁷. Questo può essere definito come una forma illegale di reclutamento e organizzazione della mano d'opera, specialmente agricola, attraverso intermediari (i caporali, appunto), che assumono, per conto dell'imprenditore e percependo una tangente, operai giornalieri, al di fuori dei normali canali di collocamento e senza rispettare le tariffe contrattuali sui minimi salariali³¹⁸. Si osserva che "tale sistema di intermediazione è presente quando è ampia la distanza tra aziende agricole e persone in cerca di lavoro e quando l'organizzazione del lavoro in squadre risulta essere particolarmente complicata. Il caporalato si presenta spesso come l'unico meccanismo organizzativo in grado di colmare quel vuoto strutturale fra domanda e offerta di lavoro"³¹⁹.

Si rileva inoltre che i lavoratori coinvolti nel sistema del caporalato sono per lo più persone aventi gravi difficoltà economiche ed immigrati irregolari. Tale condizione drammatica infatti li porta ad accettare lavori faticosi, pur non godendo di nessuna tutela e/o diritto garantito dai contratti e dalla legge: hanno un orario medio di lavoro estremamente lungo, dalle 8 alle 12 ore al giorno, in rapporto ad un salario molto basso che va dai 20 ai 30 euro al giorno, inferiore di circa il 50% di quanto previsto dai CCNL e CPL; si evidenzia anche che le donne sotto caporale percepiscono un salario inferiore del 20% rispetto ai loro colleghi. Le condizioni igienico-abitative sono pessime: molto spesso vivono in

³¹⁷ Per un excursus storico più approfondito si rimanda a PERLETTI I., *Le politiche di contrasto e di emersione*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.293 e ss.

³¹⁸ *Caporalato*, <http://www.treccani.it/vocabolario/caporalato/>, (ultimo accesso 06/06/2019).

³¹⁹ *Caporalato e sfruttamento in agricoltura*, <http://www.integrazionemigranti.gov.it/Attualita/Approfondimenti/Pagine/Caporalato-e-sfruttamento-in-agricoltura.aspx>, (ultimo accesso 06/06/2019).

accampamenti, delle vere e proprie baracche, nelle periferie dei centri abitati, e sono costretti a pagare al caporale il trasporto verso i luoghi di lavoro a seconda della distanza³²⁰.

Il fenomeno del caporalato è presente in diversi Paesi europei e non è insolito che vi siano legami con organizzazioni criminali, tantoché nel caso dello sfruttamento agricolo in Italia si è arrivati a parlare di “agromafia”.

Secondo le stime del IV Rapporto dell'Osservatorio Placido Rizzotto della FLAI-CGIL, “Agromafie e caporalato”, le infiltrazioni mafiose nella filiera agroalimentare e nella gestione della domanda e offerta di lavoro attraverso la pratica del caporalato muovono un'economia illegale e sommersa di oltre 5 miliardi di euro; inoltre, tra i 400 e i 430 mila lavoratori stranieri sono esposti al rischio di ingaggio irregolare, e di questi ben 130 mila sono in condizione di debolezza sociale e bisognosi di lavorare³²¹.

4.3 La Direttiva 2009/52/CE

Per Barbieri, si possono distinguere tre pilastri della lotta al lavoro irregolare: le sanzioni, i controlli e le incentivazioni³²². Secondo altri, invece, le politiche di emersione del lavoro illegale si possono suddividere in dirette ed indirette.

³²⁰ CASILLI G., *Lavoro e schiavitù oggi: la nuova legge contro il caporalato è sufficiente?*, <http://www.voxdiritti.it/lavoro-e-schiavitù-la-nuova-legge-contro-il-caporalato-e-sufficiente/>, (ultimo accesso 06/06/2019), mentre per le statistiche si veda Elaborazione Oss. Placido Rizzotto su dati Istat, Crea, Corte dei conti e Commissione Parlamentare Antimafia, 31/07/2018, <https://www.flai.it/osservatoriopr/osservatorio-placido-rizzotto/#lavoroirr>, (ultimo accesso 07/06/2019).

³²¹ Elaborazione Oss. Placido Rizzotto su dati Istat, Crea, Corte dei Conti e Commissione Parlamentare Antimafia, 31/07/2018, <https://www.flai.it/osservatoriopr/osservatorio-placido-rizzotto/#lavoroirr>, (ultimo accesso 07/06/2019).

³²² Questa schematizzazione è operata da BARBIERI, *Ragioni politiche e caratteristiche tecniche dell'intervento della Regione Puglia contro il lavoro nero*, in SUNNA C. (a cura di), *La lotta al lavoro nero nell'esperienza legislativa e amministrativa della Regione Puglia*, Cacucci, Bari, 2008, p.8.

Queste ultime dispongono provvedimenti generali atti ad incentivare lo sviluppo di un'economia regolare. Le politiche dirette, a loro volta, possono essere di due tipi: politiche premiali e punitive³²³. Data la vastità della disciplina solo queste ultime saranno oggetto del presente studio.

Innanzitutto, la repressione del fenomeno del lavoro sommerso è una questione che assume interesse rilevante e comune tra gli Stati membri dell'Unione europea nella materia occupazionale³²⁴. Come si è visto, le politiche dell'occupazione, del mercato de lavoro, della libera circolazione dei lavoratori e dei servizi, rientrano a pieno titolo nelle competenze dell'Unione e sono caratterizzate da un obiettivo di piena occupazione, oltre che dalla incentivazione di un benessere condiviso. Si nota dunque che le misure volte al rafforzamento della competitività e al corretto funzionamento del mercato del lavoro europeo sono legate a doppio filo al consolidamento di determinate misure sociali, quali l'aumento del tasso di occupazione, il miglioramento delle condizioni lavorative e di sicurezza sociale, nonché l'abolizione della disparità di genere³²⁵. La strategia occupazionale adottata dall'UE si articola in sintesi su tre valori: crescita economica, sviluppo occupazionale stabile e coesione sociale³²⁶. Ecco perché l'emersione del lavoro non regolare si inserisce perfettamente nella anzidetta strategia europea e di conseguenza rappresenta un passaggio

³²³ Cfr. TIMPANO V.F., *Politiche e incentivi all'emersione*, in VISCOMI A., *Questioni sul lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale*, Soveria Manelli, Rubbettino, 2008, p.60.

³²⁴ Cfr. PERLETTI I., *Alcuni concetti introduttivi*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.10 e BELLAVISTA A., *Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche*, in PINTO V., *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci editore, Bari, 2007, p.15.

³²⁵ PIZZOFERRATO A., *Il contrasto al lavoro sommerso tra diritto comunitario e diritto interno: linee di tendenza e possibili sviluppi*, in AA.VV., *Vigilanza sul lavoro*, op. cit., p.37.

³²⁶ Ivi, p.41.

fondamentale e imprescindibile delle politiche occupazionali degli Stati membri³²⁷.

In particolare, gli strumenti normativi adoperati nella lotta al lavoro irregolare sono di tipo amministrativo e penale; si constata però che essi difettano di una visione d'insieme del fenomeno, poiché si focalizzano solo su alcune problematiche mentre sarebbe opportuno un'azione più articolata e armonizzata tra i diversi livelli ordinamentali³²⁸.

La Commissione europea nella “Comunicazione sul lavoro sommerso” del 7 aprile 1998, n. 219, ha indicato la lotta contro il sommerso come “elemento di strategia complessiva per l'occupazione” e ha qualificato come *undeclared work* “qualsiasi attività retribuita lecita di per sé ma non dichiarata alle autorità pubbliche, tenendo conto delle diversità dei sistemi giuridici vigenti negli Stati membri”, escludendo da tale definizione le attività criminali e le forme di lavoro non coperte dal normale quadro normativo per l'illiceità dell'oggetto³²⁹.

La Direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo del 18 giugno 2009, n. 52, ha introdotto delle “norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti”. Questo procedimento viene definito lavoro illegale dall'art. 2, comma primo, lett. d), della Direttiva.

Tale misura è formata da diciannove articoli, cui fa da preambolo un insieme di 39 Considerando. In particolare, i Considerando n. 2 e 36 chiariscono che la circostanza di poter esercitare un'attività di lavoro irregolarmente, ovvero non detenendo lo status giuridico richiesto, rappresenta il *pull factor* dell'immigrazione e del soggiorno irregolare. Questo è il presupposto sul quale

³²⁷ Ivi, p.43.

³²⁸ AA.VV., *Immigrazione, caporalato e lavoro nero in agricoltura*, in PERULLI A., op. cit., p.344.

³²⁹ Così la comunicazione della Commissione Europea (1998/219/COM).

poggia la Direttiva in esame³³⁰, che si propone pertanto di combattere tale fattore di richiamo attraverso misure di divieto di assunzione di cittadini non autorizzati e le conseguenti sanzioni per i datori di lavoro che lo violano, attribuendo agli Stati membri l'obbligo di far rispettare tale divieto e di applicare le sanzioni e i provvedimenti previsti dalla Direttiva stessa (ex artt. 3 e 5), in un'ottica di prevenzione e lotta al lavoro sommerso³³¹. Ciò nonostante, il campo d'applicazione di tale strumento normativo appare ridotto avendo come scopo preminente il contrasto all'immigrazione illegale, e non la più generale lotta al lavoro non dichiarato né la tutela dei prestatori stranieri, espediente che avrebbe permesso di armonizzare le normative in materia degli Stati membri³³².

Gli obblighi a carico dei datori di lavoro sono elencati all'art. 4, comma primo, della Direttiva: in primo luogo, prima di assumere un cittadino di un Paese terzo, devono chiedergli la presentazione del permesso di soggiorno valido o di altra autorizzazione al soggiorno, ed hanno il dovere di conservarne una copia a disposizione delle autorità competenti. Inoltre viene loro richiesto di dare notizia alle autorità competenti in caso di assunzione di un cittadino extra UE. Qualora tali documenti si rivelino falsi e il datore ne fosse a conoscenza, quest'ultimo incorrerà nella violazione del divieto generale di cui all'art. 3 e sarà passibile di multe ed altri provvedimenti amministrativi (art. 4, comma terzo, D.2009/52/CE).

³³⁰ Un appunto critico mosso nei confronti della Direttiva è che essa non condanni il lavoro nero in quanto realizza una violazione dei diritti dei lavoratori e della concorrenza leale delle imprese. Così BARBIERI, *Ragioni politiche e caratteristiche tecniche dell'intervento della Regione Puglia contro il lavoro nero*, in SUNNA C. (a cura di), op. cit., p.91 e ss.

³³¹ AA.VV., *Immigrazione, caporalato, e lavoro nero in agricoltura*, in PERULLI A. (a cura di), op. cit., p.345.

³³² SALA-CHIRI M., *Le politiche di contrasto e di emersione*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro*, op. cit., p.222 e CHIAROMONTE W., *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso*, in FERRANTE V. (a cura di), *Economia informale e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, VP, Milano, 2017, p.122.

Per quanto riguarda le sanzioni da comminare in caso di violazione del divieto, l'art. 5, comma primo, della Direttiva in esame, dispone che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché i datori di lavoro siano passibili di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive. Al comma secondo si specifica che le sanzioni finanziarie aumentano a seconda del numero di stranieri assunti illegalmente e che il datore dovrà provvedere al pagamento dei costi di rimpatrio dei questi cittadini, nei casi in cui siano effettuate procedure di rimpatrio. Gli Stati membri possono invece decidere che le sanzioni finanziarie parametrare in base al numero di cittadini riflettano almeno i costi medi di rimpatrio. L'ultimo comma dell'art. 5 afferma infine che sono previste "sanzioni finanziarie ridotte nei casi in cui il datore di lavoro sia una persona fisica che impiega a fini privati un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare e non sussistano condizioni lavorative di particolare sfruttamento".

Inoltre, si sottolinea che per ogni violazione di cui all'art. 3 della D.2009/52/CE il datore di lavoro è tenuto al pagamento di tutte le retribuzioni arretrate nei confronti della manodopera extracomunitaria impiegata illegalmente, nonché di un importo pari a tutte le imposte e i contributi previdenziali che avrebbe pagato in caso di assunzione legale dello stesso, incluse le penalità di mora e le relative sanzioni amministrative. Se del caso poi, pagherà anche tutti i costi derivanti dal trasferimento delle retribuzioni arretrate al Paese in cui il cittadino extra UE ha fatto ritorno o è stato rimpatriato (ex art. 6, comma primo, lett. a), b), c), D.2009/52/CE).

In suddetta ipotesi opera una presunzione relativa riguardo la sussistenza del rapporto di lavoro da almeno 3 mesi, a meno che il datore o il lavoratore forniscano prova contraria ai sensi dell'art. 6, comma terzo, D.2009/52/CE, mentre si rileva che la natura subordinata del rapporto di lavoro dovrà comunque essere provata. Tale misura dunque è funzionale ad imporre le sanzioni

pecuniarie a carico dei datori di lavoro indicati nell'art. 3 della Direttiva³³³. “Per il lavoratore, tuttavia”, come ha notato Chiaromonte, “sarà praticamente impossibile ricevere quanto spettante prima dell'allontanamento. Il lavoratore può, infatti, presentare domanda per ottenere quanto dovuto, dopo di che sarà tenuto ad entrare nel percorso, volontario o coatto, di allontanamento, secondo quanto previsto dalla D. 2008/115/CE”³³⁴.

Proseguendo nella disamina della Direttiva 2009/52/CE, l'art. 7, comma primo, lett. a), b), c), d), regola l'adozione di particolari provvedimenti sul piano economico-amministrativo a carico del datore di lavoro, quali: l' “esclusione dal beneficio di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, compresi i fondi dell'Unione europea gestiti dagli Stati membri, per un periodo fino a cinque anni; esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici”, nonché il “rimborso di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, inclusi fondi dell'Unione europea gestiti dagli Stati membri, concessi al datore di lavoro fino a dodici mesi prima della constatazione dell'assunzione illegale”; ed infine la “chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti in cui ha avuto luogo la violazione, o ritiro temporaneo o permanente della licenza d'esercizio dell'attività economica in questione, se giustificata dalla gravità della violazione”. Questa evenienza comporta la possibilità di arrecare danno al corretto svolgimento dell'attività imprenditoriale e di provocare un eventuale pregiudizio ai lavoratori regolarmente assunti, cui viene impedito di lavorare³³⁵. Viene però lasciata alla discrezione degli Stati membri la scelta di non applicare

³³³ Così DE ROBBIO C., op. cit., p.179.

³³⁴ CHIAROMONTE W., *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso*, in FERRARA V. (a cura di), op. cit., p.123.

³³⁵ In questo senso, SALA-CHIRI M., *Le politiche di contrasto e di emersione*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro*, op. cit., p.225.

le anzidette sanzioni “laddove i datori di lavoro siano persone fisiche e l’impiego sia a fini privati” (art. 7, comma secondo, D.2009/52/CE).

Sono stabilite poi sanzioni ad hoc qualora il datore di lavoro che impiega lavoratori irregolari sia un subappaltatore (art. 8), oppure una persona giuridica (artt. 11 e 12).

Dopo aver enucleato le sanzioni finanziarie, la Direttiva 2009/52/CE prosegue esponendo le misure di tipo penalistico. L’art. 9, rubricato “Fattispecie di reato”, prevede al comma primo la fattispecie di reato intenzionale nelle seguenti ipotesi: se la violazione del divieto prosegue oppure sia reiterata in modo persistente, riguardi l’impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, sia accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento, sia commessa da un datore di lavoro che, pur non essendone stato accusato o condannato, ricorre al lavoro o ai servizi di tale soggetto nella consapevolezza che lo stesso sia vittima della tratta di esseri umani, o infine, riguardi l’assunzione illegale di un minore. Al secondo comma si aggiunge che sono perseguibili penalmente l’istigazione, il favoreggiamento e la complicità a commettere intenzionalmente gli atti sopraindicati.

Assume particolare rilievo la disposizione che contempla l’agevolazione delle denunce da parte dei cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente nei confronti dei loro datori di lavoro, dato che si configura come mezzo per assicurare l’effettività dei diritti attribuiti ai lavoratori migranti³³⁶. Si dispone infatti che questi possano denunciare “sia direttamente, sia attraverso terzi designati dagli Stati membri, quali sindacati o altre associazioni o un’autorità competente dello Stato membro, qualora previsto dalla legislazione nazionale” (art. 13, comma primo, D.2009/52/CE). In aggiunta, si prescrive che anche i terzi, aventi un interesse

³³⁶ AA.VV., *Immigrazione, caporalato, e lavoro nero in agricoltura*, in PERULLI A. (a cura di), op. cit., p.346.

legittimo a garantire il rispetto della Direttiva, possano, per conto o a sostegno di un cittadino di un Paese terzo assunto illegalmente, e con il suo consenso, avviare l'apposito procedimento (art. 13, comma secondo, D.2009/52/CE). Il comma seguente precisa che questa assistenza fornita ai cittadini dei Paesi terzi per presentare denuncia non è più considerata favoreggiamento di soggiorno illegale ai sensi della Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002. In concreto quindi le associazioni e i sindacati potranno dare assistenza a coloro che denunciano il proprio datore di lavoro o anche sporgere denuncia in maniera autonoma³³⁷. Si sottolinea che l'ultimo comma del suddetto articolo stabilisce che nel caso di reato di assunzione volontaria di lavoratori illegali, accompagnata da condizioni lavorative di grave sfruttamento³³⁸, o di impiego di lavoratori minori, di cui all'articolo 9, paragrafo 1, lettere c) o e), "gli Stati membri definiscono, ai sensi della legislazione nazionale, le condizioni alle quali possono essere concessi, caso per caso, permessi di durata limitata, commisurata a quella dei relativi procedimenti nazionali, ai cittadini di paesi terzi implicati, con modalità comparabili a quelle applicabili ai cittadini di paesi terzi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/81/CE"³³⁹. La ratio della disposizione consiste nello spezzare la connivenza, coercitiva o non, che viene in essere tra datore di lavoro e prestatore straniero irregolare³⁴⁰. Eppure, si evince anche che non vi sarebbe alcun vantaggio per il lavoratore impiegato

³³⁷ Ivi, p.227.

³³⁸ L' art. 2, comma primo, lett. i), inquadra il grave sfruttamento nelle "condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazioni di genere e di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana".

³³⁹ D. 2004/81/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti.

³⁴⁰ BARBIERI, *Ragioni politiche e caratteristiche tecniche dell'intervento della Regione Puglia contro il lavoro nero*, in SUNNA C. (a cura di), op. cit., p.99 e ss.

irregolarmente a segnalare alle autorità la propria situazione di irregolarità, poiché per l'operare della già citata Direttiva sull'allontanamento, questi sarebbe allontanato e avrebbe poche possibilità di far valere, tramite ricorso, almeno i diritti economici a lui spettanti³⁴¹.

L'art. 14 della Direttiva 2009/52/CE si incentra invece sulla questione delle ispezioni, ordinando che “Gli Stati membri garantiscono che siano effettuate ispezioni efficaci e adeguate sul loro territorio ai fini del controllo dell'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Tali ispezioni si basano anzitutto su una valutazione dei rischi effettuata dalle autorità competenti degli Stati membri. Al fine di rendere più efficaci le ispezioni, gli Stati membri, sulla base di una valutazione dei rischi, identificano periodicamente i settori di attività in cui si concentra nel loro territorio l'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”.

In conclusione, se da un lato la Direttiva in questione ha il merito di aver introdotto specificatamente il divieto di assunzione di cittadini di Paesi terzi soggiornanti irregolarmente, dall'altro la stessa non ha provveduto a specificare un divieto per gli Stati membri di elaborare procedure di regolarizzazione di codesti individui. Perciò ne deriva che gli eventuali provvedimenti di sanatoria favoriranno di riflesso la trasgressione del divieto da parte dei datori, i quali confidano nella successiva regolarizzazione³⁴².

Si indica infine, tra le politiche comunitarie di contrasto al lavoro in nero, la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo intitolata “Verso una ripresa fonte di occupazione” del 18 aprile 2012, correlata alla Direttiva del 2009, per cui si rimanda alla COM (2012) 173 finale.

³⁴¹ GOTTARDI D., *La normativa e le politiche europee recenti sull'immigrazione. Due volti o solo uno?*, in *Lavoro e diritto*, 4, 2009, p.526.

³⁴² Ivi, p.228.

4.4 Il decreto legislativo n. 109 del 2012

Nell'ordinamento nazionale la normativa inerente al lavoro sommerso ruota intorno al d. lgs. 16 luglio 2012, n. 109, entrato in vigore il 9 agosto 2012. Tale decreto è stato emanato in esecuzione della delega al Governo prevista dall'art. 21 della l. 15 dicembre 2011, n. 217, per dare attuazione ai principi della Direttiva 2009/52/CE. Tuttavia, si segnala che in sede di recepimento di tale Direttiva non è stata data attuazione a determinate fattispecie ivi delineate: in primis, non viene fatto cenno alle sanzioni finanziarie, ergo alle sanzioni alternative a quelle repressive, previste dall'art. 5 della stessa; né viene interamente recepito l'art. 13, relativo alle agevolazioni alle denunce. Viene poi parzialmente recepito l'art. 7, limitatamente alla lett. b), rubricato "Altre misure"³⁴³, poiché queste pene accessorie trovano applicazione solo nel caso di grave sfruttamento disciplinato ai sensi dell'art. 603ter c.p.³⁴⁴. Non sono specificati inoltre, tra le aggravanti del reato di assunzione illegale di un cittadino extra UE, i casi di reiterazione e di ricorso ad un cittadino di Paese terzo vittima della tratta di esseri umani ai sensi dell'art. 9 D. 2009/52/CE³⁴⁵.

Il d.lgs. 109/2012 si compone di cinque articoli, di cui i primi due provvedono a modificare l'assetto del sistema sanzionatorio previgente; l'art. 3 si rifà all'art. 6 della Direttiva 2009/52/CE che si occupa della regolarizzazione dei rapporti di lavoro irregolari; l'art. 4 si incentra sull'attività ispettiva di controllo, ed infine

³⁴³ BARBIERI, *Ragioni politiche e caratteristiche tecniche dell'intervento della Regione Puglia contro il lavoro nero*, in SUNNA C. (a cura di), op. cit., p.106.

³⁴⁴ MCBRITTON M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, op. cit., p.597.

³⁴⁵ V. PERLETTI I., *Le politiche di contrasto e di emersione*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.312.

nell'art. 5 si rinviene la complessa procedura di emersione dal lavoro parallelo³⁴⁶. Esso ha importato nell'ordinamento italiano due novità: la prima è rappresentata dal divieto di assunzione di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare perché privi del permesso o di altro titolo di soggiorno, che ha comportato l'aggravamento delle relative sanzioni racchiuse nel T.U.³⁴⁷.

Infatti il decreto, oltre a modificare l'art. 24 T.U. relativo ai rapporti stagionali di lavoro subordinato con stranieri, ritocca l'art. 22 T.U., riferito all'assunzione di lavoratori subordinati stranieri, a tempo determinato e indeterminato. Specificatamente, in merito a quest'ultimo, l'art. 1, lett. a), del decreto in esame, vi ha inserito il comma 5-bis che regola il rigetto della domanda di nulla osta all'ingresso di lavoratori da parte del SUI, qualora i datori di lavoro risultino condannati negli ultimi cinque anni, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p., per: "a) favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'immigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività' illecite; b) intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis c.p.; c) reato previsto dal comma 12". Il nuovo comma 5-ter aggiunge l'ulteriore previsione per cui l'autorizzazione al lavoro è rifiutata o revocata, se già rilasciata, nel caso in cui i documenti presentati siano stati ottenuti mediante frode, falsificati o contraffatti ovvero qualora lo straniero non si rechi presso lo sportello unico per l'immigrazione per la firma del contratto di soggiorno nei termini disposti.

Oltre a ciò, l'art. 1, lett. b), d. lgs. 109/2012, ha aggiunto ben quattro commi al comma 12 dell'art. 22 T.U., che sanziona penalmente il datore di lavoro che

³⁴⁶ CALAFA' L., op. cit., p.167 e DE ROBBIO C., op. cit., p.179.

³⁴⁷ SALA-CHIRI M., *Introduzione*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.2 e ss.

occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, ovvero il cui permesso sia scaduto, e del quale non sia stato chiesto il rinnovo, revocato o annullato (la reclusione va da sei mesi a tre anni con l'aggiunta di una multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato).

Il nuovo comma 12-bis dell'art. 22 T.U. introduce delle ipotesi aggravanti di sfruttamento lavorativo ex art. 603-bis c.p., comma terzo, per cui le pene sono aumentate da un terzo alla metà, e determina ulteriori indici rispetto alla Direttiva europea e alla disposizione codicistica ai fini identificativi del fenomeno: il numero di lavoratori reclutati (privi di permesso di soggiorno) deve essere superiore a tre, ed uno o più dei soggetti reclutati deve essere un minore in età non lavorativa; i lavoratori sfruttati devono essere stati esposti a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro. Il comma 12-ter sancisce che con la sentenza di condanna il giudice applica anche la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente.

Dopodiché i commi 12-quater e 12-quinquies dispongono che “Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-bis, è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6”. Quest'ultimo “ha la durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale. Il permesso di soggiorno è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, segnalata dal procuratore della Repubblica o accertata dal questore, ovvero qualora vengano meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio”.

Si deve considerare tuttavia, alla luce della recente modifica ad opera dell'art. 1, d.l. 113/2018, poi convertito dalla l. 132/2018, che l'art. 5, comma sesto, T.U., è stato abrogato in parte e, segnatamente, sono state eliminate le parole "permesso di soggiorno per motivi umanitari". La protezione umanitaria è stata frammentata in vari permessi di soggiorno per casi speciali previsti dal T.U.), per cui si rimanda al capitolo 1, paragrafo 1.2.

La seconda novità del d.lgs. 109/2012 è costituita da una nuova e complessa procedura di emersione del lavoro sommerso degli immigrati, che di fatto opera come una sanatoria³⁴⁸: il ravvedimento operoso. Questa misura è esercitabile dal datore di lavoro intenzionato a conformarsi spontaneamente alle nuove norme di legge, e che si caratterizza per essere applicabile a tutti i lavoratori extracomunitari irregolari, a prescindere dalla categoria di appartenenza, soggiornanti in Italia alla data del 31/12/2011³⁴⁹.

Nello specifico l'art. 5, comma primo, del suddetto decreto, rubricato "Disposizione transitoria", dispone che la dichiarazione di emersione possa essere eseguita dai datori di lavoro italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero stranieri in possesso del titolo di soggiorno previsto dall'articolo 9 T.U., i quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, occupano irregolarmente alle proprie dipendenze da almeno tre mesi, e continuano ad occuparli alla data di presentazione della dichiarazione stessa, lavoratori stranieri presenti nel territorio nazionale in modo ininterrotto almeno dalla data del 31 dicembre 2011, o precedentemente, la cui presenza sia attestata

³⁴⁸ Tale procedura è la settima adottata dal 1986 ad oggi, ed ognuna delle precedenti è stata introdotta con la riforma delle politiche migratorie in Italia. Si vedano al riguardo le considerazioni di CALAFA' L., op. cit., p.188 e NAPPI S., op. cit., p.385.

³⁴⁹ Per una analisi approfondita della disciplina, si veda PERLETTI I., *Le politiche di contrasto e di emersione*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.236 e ss. e DE ROBBIO C., op. cit., p.181.

da documentazione proveniente da organismi pubblici. I commi terzo e quarto dell'art. 5 indicano i casi in cui i datori di lavoro sono esclusi dalla procedura in esame³⁵⁰, mentre il comma settimo prevede determinati limiti di reddito del datore di lavoro ai fini dell'emersione del rapporto di lavoro, stabiliti dal decreto interministeriale del 29 agosto 2012. All'art. 5, comma tredicesimo, vengono elencati i lavoratori stranieri estromessi dalla procedura di emersione qualora nei loro confronti sia stato emesso un provvedimento di espulsione, siano stati segnalati ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato, risultino condannati o comunque siano considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro oggetto di sanatoria, questo deve essere di tipo subordinato a tempo determinato o indeterminato, mentre il comma secondo dell'art. 5 esplicita che non è ammessa la regolarizzazione del rapporto di lavoro a tempo parziale, ad esclusione dei rapporti di lavoro domestico e di cura.

Le modalità di presentazione della dichiarazione di sussistenza del rapporto di lavoro sono stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con il Ministro per la cooperazione internazionale e l'integrazione e con il Ministero dell'economia e delle finanze. In particolare si prescrive che la dichiarazione di emersione sia presentata previo pagamento di un contributo forfettario di 1.000 euro per ciascun lavoratore, che non è deducibile ai fini dell'imposta sul reddito (art. 5, comma quinto, secondo

³⁵⁰ L'art. 5, comma terzo, si rifà all'art. 22, comma quinto-bis, T.U. Mentre l'art. 5, comma quarto, afferma che "Non è ammesso, altresì, alla procedura di cui al presente articolo il datore di lavoro che, a seguito dell'espletamento di procedure di ingresso di cittadini stranieri per motivi di lavoro subordinato ovvero di procedure di emersione dal lavoro irregolare non ha provveduto alla sottoscrizione del contratto di soggiorno presso lo sportello unico ovvero alla successiva assunzione del lavoratore straniero, salvo cause di forza maggiore comunque non imputabili al datore di lavoro".

periodo). Oltre al pagamento di tale contributo, il datore deve provvedere alla regolarizzazione delle somme da lui dovute a titolo retributivo, contributivo e fiscale per un periodo pari ad almeno sei mesi (periodo minimo per accedere alla sanatoria), che viene documentata all'atto della stipula del contratto di soggiorno. In caso di rapporti di lavoro di durata superiore a sei mesi, è obbligato alla regolarizzazione delle somme dovute per l'intero periodo (art. 5, comma quinto, ultimo periodo). A tal fine, nella dichiarazione di emersione è indicata la retribuzione convenuta non inferiore a quella prevista dal vigente contratto collettivo nazionale di lavoro di riferimento (art. 5, comma ottavo).

Il nono comma dell'art. 5 del d.lgs. 109/2012 disciplina la fase della verifica della regolarità della dichiarazione di emersione: lo sportello unico per l'immigrazione è tenuto a verificare l'ammissibilità della dichiarazione e ad acquisire il parere della questura sull'insussistenza di motivi ostativi all'accesso alle procedure ovvero al rilascio del permesso di soggiorno, nonché il parere della competente direzione territoriale del lavoro in ordine alla capacità economica del datore di lavoro e alla congruità delle condizioni di lavoro applicate. Dopodiché il SUI “convoca le parti per la stipula del contratto di soggiorno e per la presentazione della richiesta del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, previa esibizione dell'attestazione di avvenuto pagamento del contributo forfetario e della regolarizzazione [...]. Contestualmente alla stipula del contratto di soggiorno, il datore di lavoro deve effettuare la comunicazione obbligatoria di assunzione al Centro per l'Impiego ovvero, in caso di rapporto di lavoro domestico, all'INPS. Restano ferme le disposizioni relative agli oneri a carico del richiedente il permesso di soggiorno”.

Una volta sottoscritto il contratto di soggiorno, effettuata la comunicazione obbligatoria di assunzione e concesso il permesso di soggiorno, vengono estinti i procedimenti penali ed amministrativi gravanti sul datore di lavoro per

occupazione di lavoratori extracomunitari clandestini; invece per il lavoratore si estinguono le violazioni previste per l'ingresso e il soggiorno illegale (art. 5, undicesimo comma, secondo periodo, d.lgs. 109/2012).

4.5 Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro

Per quanto riguarda il fenomeno del caporalato, nell'ordinamento nazionale prima del 2011 non esisteva un reato speciale in materia. Il legislatore aveva adottato il d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, contenente un sistema sanzionatorio, di tipo penale e amministrativo, che puniva i casi di somministrazione irregolare (art. 27), c.d. caporalato di primo livello, e di intermediazione e utilizzazione abusiva nel collocamento della manodopera in edilizia e agricoltura (art. 18). Tale sistema disciplinava inoltre un apposito reato di somministrazione di lavoro fraudolenta (art. 28), c.d. caporalato di secondo livello, ovvero quando la somministrazione *contra legem* fosse realizzata al solo scopo di aggirare norme inderogabili di legge o un contratto collettivo applicabili al lavoratore. In seguito, l'art. 55 del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, aveva abrogato tale norma³⁵¹.

Ai fini del contrasto del metodo del caporalato, si faceva ricorso anche alla regolamentazione repressiva del fenomeno della schiavitù, delineata dagli artt. 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), 601 (tratta di persone) e 602 c.p. (acquisto e alienazione di schiavi); questa normativa però si riferisce a ipotesi di reato che vengono integrate solo nel caso in cui le modalità del caporalato danneggino gravemente i diritti fondamentali alla vita, alla libertà, all'integrità fisica e psichica, incluse la dignità umana e lavorativa³⁵².

³⁵¹ AA.VV., *Immigrazione, caporalato, e lavoro nero in agricoltura*, in PERULLI A. (a cura di), op. cit., p.347.

³⁵² Op. loc. cit.

Gli altri strumenti normativi di contrasto al lavoro sommerso, quali la massimizzazione, la comunicazione obbligatoria, la sospensione dell'attività imprenditoriale, le ammende, si erano mostrati inefficaci a sanzionare le fattispecie di sfruttamento più gravi³⁵³.

A seguito delle proteste da parte dei migranti nelle località di Rosarno nel 2010, e di Nardò nell'anno successivo, subito riportate dalle cronache di prima pagina, il legislatore con d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, aveva introdotto nel Codice penale, nella parte speciale dedicata ai reati contro la libertà individuale, l'art. 603-bis, contenente il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, colmando il vuoto normativo precedentemente descritto.

Secondo questa disposizione, salvo che il fatto costituisse più grave reato, veniva punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque avesse svolto un'attività organizzata di intermediazione reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori (art. 603-bis, comma primo, c.p., come introdotto dalla l. 148/2011).

Tuttavia, la normativa penalistica soffriva di lacune e criticità: ad esempio, gli elementi affinché la condotta costituisse reato erano difficilmente verificabili, visto che consistevano nell'esercizio di un'attività di intermediazione organizzata, quindi che si svolgesse mediante un'organizzazione di mezzi e/o di persone e non fosse occasionale. Inoltre, si rilevava che non fosse sufficiente la sola sussistenza dello "sfruttamento", bensì fossero necessari due ulteriori fattori: l'esercizio di violenza, minaccia o intimidazione da parte del caporale verso i

³⁵³ PERLETTI I., *Le politiche di contrasto e di emersione*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.297 e ss.

lavoratori, per cui ne derivava che rimanessero fuori dalla suddetta fattispecie le attività realizzate con altre modalità; e che l'agente fosse a conoscenza dello stato di bisogno o di necessità del lavoratore³⁵⁴. Infine, non veniva fatto riferimento alla rilevanza penale della condotta del datore di lavoro, ossia dell'utilizzatore in concreto della manodopera irregolare, ma solamente ai comportamenti di colui che si interponeva tra il datore e il lavoratore, ovvero veniva punita solo la condotta del caporale³⁵⁵. In generale dunque, tale disposizione si poneva in contrasto con l'intento di voler reprimere le forme di sfruttamento in toto³⁵⁶.

Per ovviare a suddetti punti della previgente disciplina che destavano perplessità, la legge del 29 ottobre 2016, n. 199, entrata in vigore dal 4 novembre 2016 e recante "Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo", poi ribattezzata legge sul caporalato, ha riformulato il reato in esame. In particolare, l'art. 603-bis, comma primo, c.p., come modificato dalla legge novella, ora prevede che "salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque: 1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; 2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno".

³⁵⁴ CASILLI G., *Lavoro e schiavitù oggi: la nuova legge contro il caporalato è sufficiente?*, <http://www.voxdiritti.it/lavoro-e-schiavitu-la-nuova-legge-contro-il-caporalato-e-sufficiente/>, (ultimo accesso 06/06/2019).

³⁵⁵ AA.VV., *Immigrazione, caporalato, e lavoro nero in agricoltura*, in PERULLI A. (a cura di), op. cit., p.348.

³⁵⁶ PERLETTI I., *Le politiche di contrasto e di emersione*, in SALA-CHIRI M. (a cura di), op. cit., p.303.

Innanzitutto, si nota la modifica della disposizione nel punto in cui essa imponeva, nella fattispecie base, il necessario uso di violenza, minaccia o intimidazione ai fini della configurazione dello sfruttamento, anche se dal disgiuntivo “o” si poteva ricavare che bastasse la sussistenza di una sola delle tre modalità. Poi risalta l’eliminazione del presupposto dell’organizzazione di un’attività lavorativa per integrare il reato, che in precedenza rendeva problematica la prova della manifestazione dell’intermediazione³⁵⁷.

Così facendo dunque, il legislatore ha reso meno severe le pene: infatti la reclusione è ora prevista da uno a sei anni e la multa imponibile è compresa tra 500 e 1.000 euro. Permane comunque una cornice edittale superiore se, ai sensi dell’art. 603-bis, comma secondo, c.p., “i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato”.

La novità più rilevante risulta essere la distinzione di due condotte delittuose contro la persona, ovvero l’intermediazione illecita e lo sfruttamento dei lavoratori; in questo modo si è estesa la punibilità anche nei confronti del datore di lavoro (identificato come “chiunque utilizza, assume o impiega manodopera”), a prescindere dal verificarsi dell’intermediazione illecita e dalla regolarità o meno del lavoratore, purché quest’ultimo versi in stato di bisogno. Si rileva dunque che la disposizione in esame mira a tutelare la dignità della persona³⁵⁸. A tal proposito Ferranti segnala che “L’attribuzione di rilevanza penale allo sfruttamento della manodopera, anche in assenza di attività di c.d. caporalato,

³⁵⁷ FERRANTI D., *La legge 199/2016: le disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell’ottica del legislatore*, 15/11/2016, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/FERRANTI_2016b.pdf, (ultimo accesso 08/06/2019).

³⁵⁸ CHIAROMONTE W., *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso*, in FERRARA V., op. cit., p.132.

colma una irragionevole lacuna dell'attuale sistema penale, che lascia privi di tutela i lavoratori che non siano immigrati irregolari”³⁵⁹.

Quanto allo stato di sfruttamento, l'art. 603-bis, comma secondo, c.p., stabilisce che devono verificarsi una o più delle seguenti condizioni, che costituiscono indizi legali di colpevolezza e sussistenza del fatto: “1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti”. L'ultimo comma del presente articolo riporta i casi di aggravante specifica della condotta delittuosa in esame, cui rinvia anche l'art. 22, comma 12-bis, T.U.

L'art. 2 della legge 199/2016 ha previsto all'art. 603-bis 1 c.p. una circostanza attenuante speciale per i delitti indicati nell'articolo precedente, tale per cui la pena diminuisce da uno a due terzi “nei confronti di chi, nel rendere dichiarazioni su quanto a sua conoscenza, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o

³⁵⁹ FERRANTI D., *La legge 199/2016: le disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, 15/11/2016, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/FERRANTI_2016b.pdf, (ultimo accesso 08/06/2019). Si ricorda per inciso che, in caso di impiego irregolare di lavoratori per mancata preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro, si applica la c.d. maxi-sanzione prevista dall'art. 22 del d.lgs. 151/2015.

l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti o per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite".

Tale disposizione denota un intento di politica criminale di rompere la catena di compartecipazione tra il caporale e il datore di lavoro che utilizza la manodopera, ed in più trasmette la massima tutela al rispetto della dignità e dei diritti dei lavoratori impiegati³⁶⁰.

Sono state poi introdotte sanzioni di natura patrimoniale quali l'obbligo di arresto in flagranza di reato, mentre prima era facoltativo, e la confisca obbligatoria delle cose che sono servite a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto, sia in caso di condanna che di "patteggiamento" (ai sensi dell'art. 603-bis 2 c.p.). Da ultimo l'art. 3 della legge del 2016 stabilisce che, ai fini della salvaguardia del valore commerciale dell'impresa in violazione del divieto ex art. 603-bis c.p., nonché del mantenimento dei posti di lavoro di coloro che sono stati assunti irregolarmente, il giudice possa disporre il controllo giudiziario dell'azienda invece del sequestro. In merito all'assunzione dei lavoratori vittime di intermediazione illecita o sfruttamento lavorativo, si constata che non è stato regolato un meccanismo, esente dall'intervento del giudice, di assunzione e corresponsione delle tutele retributive e previdenziali da parte del datore autore del reato³⁶¹.

In conclusione, si può affermare che nel complesso le politiche pubbliche volte al contrasto del lavoro parallelo e al contenimento delle forme di sfruttamento

³⁶⁰ FERRANTI D., *La legge 199/2016: le disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, 15/11/2016, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/FERRANTI_2016b.pdf, (ultimo accesso 08/06/2019).

³⁶¹ CHIAROMONTE W., *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso*, in FERRARA V., op. cit., p.136.

dei lavoratori non si sono rivelate efficaci³⁶². Infatti, pur non mancando strumenti volti a favorire l'emersione di suddette situazioni, la vigente legislazione necessita di essere riconsiderata. Allo stesso tempo, le politiche migratorie caratterizzate da fini securitari e non, invece, da fini integrativi, rischiano di peggiorare le condizioni di inferiorità negoziale dei lavoratori stranieri, e di conseguenza di rendere tali individui maggiormente esposti allo sfruttamento, il che comporta, in ultima istanza, lo sviluppo di forme di concorrenza al ribasso che si riflettono anche sui lavoratori nazionali³⁶³.

³⁶² REALFONZO R., *Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?*, in PINTO V., op. cit., p.49.

³⁶³ LECCESE V. e SCHIUMA D., *Strumenti legislativi di contrasto al lavoro sommerso, allo sfruttamento e al caporalato in agricoltura*, *Agriregionieuropa*, anno 14, n°55, dicembre 2018, <https://agiregionieuropa.univpm.it/it/content/article/31/55/strumenti-legislativi-di-contrasto-al-lavoro-sommerso-allo-sfruttamento-e-al>, (ultimo accesso 09/06/2019).

Conclusioni

All'esito della trattazione svolta si può evidenziare che, a livello internazionale, si ritiene che lo straniero sia titolare di un nucleo di diritti inviolabili della persona, diritti sanciti da vari trattati internazionali, tra i quali si possono ricordare: la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, i Patti internazionali di New York del 1966 e, in ambito europeo, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950. Nell'ordinamento nazionale, grazie ad una interpretazione estensiva della Corte costituzionale, sulla base del principio personalista ex art. 2 Cost. e del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., allo straniero sono stati riconosciuti i diritti fondamentali a prescindere dal suo status, come conferma anche l'art. 2, comma primo, del T.U.

In merito all'esercizio del diritto al lavoro da parte dello straniero, è emerso che in ambito internazionale questo viene pienamente garantito allo straniero regolarmente soggiornante, mentre sono previste delle limitazioni nei confronti dell'immigrato irregolare a fini deterrenti, come si evince dalla Convenzione ONU sui diritti del lavoratore migrante e dalle Convenzioni OIL. Tuttavia si rileva come la presenza di strumenti normativi internazionali garantisca solo sul mero piano formale il riconoscimento dei diritti ai lavoratori migranti, data la scarsa adesione agli stessi.

Nell'ordinamento interno, in virtù del principio di uguaglianza, lo straniero gode a pieno di tale diritto; tuttavia, così come per altri diritti della persona non ritenuti fondamentali, il legislatore è titolato ad operare delle differenziazioni di trattamento tra questi e il cittadino italiano, purché rispettino il vaglio della ragionevolezza. Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma terzo, del T.U., e della

Convenzioni OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata dall'Italia con legge 10 aprile 1981, n. 158, al lavoratore straniero si applica il principio di parità di trattamento con il lavoratore italiano sia nel rapporto d'impiego, sia nelle condizioni di lavoro enunciate agli artt. 35 e ss. della Costituzione.

Inoltre, dall'analisi effettuata sembra prevalere in dottrina la tesi secondo cui all'interno del mercato del lavoro italiano, la manodopera immigrata sia complementare al lavoro svolto dai cittadini nazionali. Ad ogni modo, si può affermare che il lavoro immigrato sarà fondamentale negli anni a venire sia per aumentare la forza lavoro, data la fase di declino demografico che l'Italia sta attraversando; sia perché con il loro lavoro provvederanno al pagamento di tasse e contributi, che vanno ad incidere positivamente sul sistema previdenziale italiano. Al contrario, si può constatare che l'immigrazione irregolare comporta per il Paese costi elevati, poiché un prestatore di lavoro straniero, costretto a lavorare in nero, non paga le tasse, avendo comunque diritto all'accesso ai servizi fondamentali; per cui il contrasto all'immigrazione irregolare dovrebbe essere l'obiettivo principale delle attuali politiche migratorie.

Ma tale obiettivo non sembra facilmente perseguibile: infatti si è avuto modo di osservare che la disciplina di ingresso e di soggiorno del lavoratore straniero in Italia si fonda su un meccanismo tutt'altro che agevole. Esso si basa sulla subordinazione dell'autorizzazione all'ingresso in Italia alla previa instaurazione di un regolare rapporto di lavoro, che risponde alla concezione secondo cui avendo ottenuto un impiego, gli immigrati saranno meno propensi alla criminalità. Tuttavia, vari sono i punti critici emersi in dottrina: innanzitutto la previsione di quote d'ingresso annuali che sembra non tenere conto dei dati concreti di domanda di lavoro immigrata; poi la constatazione che l'intera procedura si svolge mentre il prestatore di lavoro straniero è ancora nel suo Paese d'origine, e non ha avuto mai contatti con il datore di lavoro. Infine, la

sottoscrizione del contratto di soggiorno, la cui natura è ancora ampiamente dibattuta in dottrina, che contiene due onerosi obblighi a carico del datore di lavoro, che disincentivano il canale d'accesso regolare degli stranieri piuttosto che garantirlo.

Le difficoltà riscontratesi nell'ottenere un regolare permesso di soggiorno per motivi lavorativi, sommate all'abolizione della figura della prestazione di garanzia per la ricerca di un lavoro ad opera della legge Bossi-Fini, concorrono al diffondersi dell'immigrazione irregolare. In aggiunta, la necessità di ottenere un impiego e la condizione di inferiorità contrattuale espongono il lavoratore straniero a forme di sfruttamento da parte del datore e/o del caporale. Tale situazione è proliferata per l'instaurarsi di rapporti di lavoro in nero, che permettono allo straniero di non dover passare attraverso la farraginoso procedura di ingresso, mentre consentono al datore di lavoro di risparmiare su imposte e contributi previdenziali.

La Commissione europea sostiene che il lavoro sommerso costituisca in sé *pull factor* dell'immigrazione irregolare. Tuttavia, si sottolinea che la Direttiva 2009/52/CE concernente norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti, mira a contrastare l'immigrazione illegale e non, invece, a far emergere rapporti di lavoro irregolari e, in ultima istanza, a tutelare la dignità e i diritti dei lavoratori. Il decreto legislativo 109 del 2012, di recepimento della Direttiva suddetta, introduce il divieto di assunzione di cittadini extra Ue il cui soggiorno è irregolare, andando a modificare le sanzioni contenute nel T.U., e prevede una nuova procedura di ravvedimento operoso da parte del datore per incentivare l'emersione del rapporto di lavoro sommerso.

Infine, si rileva che l'emanazione della legge n. 199/2016 è stata da una parte utile per correggere le gravi lacune contenute nella previgente normativa, tra cui

spiccava l'assenza della previsione di una condotta delittuosa a carico del datore di lavoro; ma, dall'altra, si nota che tale strumento normativo, pur avendo inserito nell'ordinamento il nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo, non è ancora sufficiente a contrastare pienamente il fenomeno del lavoro sommerso e le gravi condizioni lavorative cui gli immigrati irregolari sono sottoposti.

Bibliografia e sitografia

AA.VV., *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Aracne, Ariccia, 2016, pp.337.

AA.VV., *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padova, 2012 - XXVI, pp.572.

AA.VV., *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp.638.

AA.VV., *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018. pp.764.

AA.VV., *Vigilanza sul lavoro: la riforma del sistema tra difesa della legalità e tutela dell'impresa*, Cedam, Padova, 2005 – XIII, pp.190.

Accordo di integrazione per stranieri e permesso soggiorno a punti, www.portaleimmigrazione.eu, (ultimo accesso: 22/05/2019).

AINIS M. (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Laterza, Roma - Bari, 2000 - XV, pp.527.

AMBROSINI M., *La fatica di integrarsi*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp.211.

AMBROSINI M., *Migrazioni*, Egea, Milano, 2017, pp.159.

AMBROSINI M., *Sociologia delle migrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp.335.

AMBROSINI A.-ABBATECOLA E., *Immigrazione e metropoli. Un confronto europeo*, Angeli, Milano, 2003, pp.393.

AMBROSINI M.-BERTI F., *Immigrazione e lavoro*, Angeli, Milano, 2003, pp.203.

BARBA NAVARRETTI G. e FRATTINI T., *I migranti economici di cui l'Italia ha ancora bisogno*, 10/07/2018, www.ilsole24ore.com, (ultimo accesso 11/04/2019).

BARBERA A.-FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2014, Seconda edizione, pp.579.

BELLAVISTA A., *Il lavoro sommerso*, G. Giappichelli editore, Torino, 2002, Seconda edizione, pp.262.

BIARELLA L., *Decreto Flussi 2019: quote d'ingresso per 30mila lavoratori extracomunitari*, *D.P.C.M.*, 12/03/2019, *G.U.* 09/04/2019, 11/04/2019, www.altalex.com, (ultimo accesso 21/05/2019).

BIFULCO D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, E. Jovene, Napoli, 2003 - XV, pp.415.

BIONDI DAL MONTE F., *I diritti sociali dello straniero tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Ferrara, 2010, pp.39. Consultabile sul sito www.regione.emilia-romagna.it, (ultimo accesso 21/06/2019).

BONIFAZI C., *L'immigrazione straniera in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2007, Seconda edizione, pp.268.

BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, Roma: Foro italiano, 1975 – XL, pp.624.

CALAFÀ L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp.230.

CAMILLI A., *Cosa prevede il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza*, 24/09/2018, www.internazionale.it, (ultimo accesso 19/06/2019).

CANNIZZO C., *Il lavoro sommerso*, 28/06/2007, www.diritto.it, (ultimo accesso 05/06/2019).

Caporalato, www.treccani.it, (ultimo accesso 06/06/2019).

Caporalato e sfruttamento in agricoltura, www.integrazionemigranti.gov.it, (ultimo accesso 06/06/2019).

Carta di soggiorno, ultimo aggiornamento 28/05/2019, www.soldioggi.it, (ultimo accesso 29/05/2019).

CASILLI G., *Lavoro e schiavitù oggi: la nuova legge contro il caporalato è sufficiente?*, www.voxdiritti.it, (ultimo accesso 06/06/2019).

CENTONZE S. (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010 – XXX, pp.814.

CHIAROMONTE W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri: il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2013, pp.285.

Circolare Questura di Treviso, primo febbraio 2019, al sito www.questure.poliziadistato.it/Treviso, (ultimo accesso 21/06/2019).

COLOMBO F., *Rifugiati e migranti economici: facciamo chiarezza*, 26/06/2015, www.lenius.it, (ultimo accesso 11/04/2019).

Comunicato stampa dell'Associazione Italiana di Psicologia, *I problemi della 'sicurezza': l'impatto psicologico e psicosociale della legge 132/2018*, 03/04/2019, www.asgi.it, (ultimo accesso 11/04/2019).

COSCIA G., *Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 37, fasc. 3, 2001, pp.557-568.

D'AMICO B., *È possibile distinguere migranti economici da clandestini*, 13/06/2018, www.wired.it, (ultimo accesso 11/04/2019).

DE ROBBIO C., *Stranieri e diritto*, Pacini giuridica, Pisa, 2018, pp. 621.

Decreto flussi 2019: ingresso per 30.850 lavoratori non comunitari, 09/04/2019, ultimo aggiornamento 29/04/2019, www.interno.gov.it, (ultimo accesso 01/06/2019).

DEL FRATE C., *Migranti e decreto Salvini*, 24/03/2019, www.corriere.it, (ultimo accesso 26/03/2019).

DI FRANCIA A., *La condizione giuridica dello straniero in Italia: nella giurisprudenza*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp.627.

DI MURO A., *Il diritto dell'immigrazione: guida aggiornata alla legge n. 46/2017 decreto Minniti-Orlando*, G. Giappichelli, Torino, 2017, pp.188.

DI STASI A., *I diritti sociali degli stranieri. Principi e disciplina in Italia e in Europa*, Ediesse, Roma, 2008, pp.267.

D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1992, pp. 510.

DONDI G. (a cura di), *Il lavoro degli immigrati: D. lgs. n. 286/1998 come modificato dalla L. n. 189/2002 (articoli estratti); Legge n. 189/2002 (art. 33);*

D.L. n. 195/2002 convertito, con modificazioni, in Legge n. 222/2002, Milanofiori, Assago, 2003, pp. 645.

DONDI G., *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Cedam, Padova, 2001 - IX, pp.180.

Elaborazione Oss. Placido Rizzotto su dati Istat, Crea, Corte dei conti e Commissione Parlamentare Antimafia, 31/07/2018, www.flai.it, (ultimo accesso 07/06/2019).

FERRANTE V. (a cura di), *Economia informale e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, VP, Milano, 2017, pp.236.

FERRANTI D., *La legge 199/2016: le disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, 15/11/2016, www.penalecontemporaneo.it, (ultimo accesso 08/06/2019).

FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione: la forza lavoro degli stranieri: esclusione o integrazione?*, il Mulino, Bologna, 2013, pp.216.

GAMBINO S.-D'IGNAZIO I. (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali: fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp.619.

GIUBBONI S.-ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp.252.

GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Franco Angeli, Milano, 2016, pp.161.

GUERRIERI F., *Asilo politico, protezione sussidiaria e permessi speciali: dati e differenze*, 30/11/2018, www.lenius.it, (ultimo accesso: 26/03/2019).

Immigrazione per motivi di lavoro, 23/07/2013 - ultima modifica 05/09/2016, www.regione.emilia-romagna.it, (ultimo accesso 16/05/2019).

KRATZ S., *Libera circolazione dei lavoratori*, 10/2018, www.europarl.europa.eu, (ultimo accesso 15/05/2019).

Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea: profili giuridici, Cacucci, Bari, 2007, pp. 462.

Lavoratori di paesi terzi: semplificazione delle formalità per lavorare e soggiornare, 02/01/2015, www.eur-lex.europa.eu, (ultimo accesso 16/05/2019).

Le principali novità sui permessi di soggiorno introdotte dal decreto legge n. 113/18, Scheda per operatori, aggiornata al 31.10.18, www.asgi.it, (ultimo accesso: 10/04/2019).

LEANZA U. (a cura di), *Le Migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno: IX Convegno, Roma, 17-18 giugno 2004*, SIDI, Editoriale scientifica, Napoli, 2005, pp.575.

LECCESE V. e SCHIUMA D., *Strumenti legislativi di contrasto al lavoro sommerso, allo sfruttamento e al caporalato in agricoltura*, in *Agriregionieuropa*, anno 14, n°55, dicembre 2018, www.agrireregionieuropa.univpm.it, (ultimo accesso 09/06/2019).

Legal migration and integration: Work, 16/05/2019, www.ec.europa.eu, (ultimo accesso 16/05/2019).

LIVI BACCI M., *L'incidenza economica dell'immigrazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp.482.

LOCCHI M.C., *I diritti degli stranieri*, Carocci, Roma, 2011, pp.271.

MARZOCCHI O., *Libera circolazione delle persone*, 05/2019, www.europarl.europa.eu, (ultimo accesso 20/06/2019).

MCBRITTON M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari, 2017, pp.249.

MCBRITTON M., *Prestazioni di fatto e lavoro immigrato*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, Fascicolo II, 2010, p.551.

MEMMO D., *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp.196.

MONTANARI A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010, pp.177.

MORANDI N. e BONETTI P., *Lo status di rifugiato – Scheda Asgi*, aggiornata al 05/02/2013, www.asgi.it, (ultimo accesso 10/04/2019).

NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2005, pp.457.

NASCIMBENE B., *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, pp.1284.

NASCIMBENE B., *La condizione giuridica dello straniero: diritto vigente e prospettive di riforma. Decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416 convertito nella Legge 28 febbraio 1990, n. 39 e modifiche successive; Legge 9 dicembre 1996, n. 617*, Cedam, Padova, 1997 - XIV, pp.542.

NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp.80.

NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1984, pp.376.

NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1988 - XIV, pp.376.

PEDRETTI FOPPA F.P., *Sommerso, nero, irregolare*, www.ilpunto pensioni lavoro.it, (ultimo accesso 05/06/2019).

PERULLI A. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2016, pp.702.

PINTO V., *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007, pp.268.

PUGLIESE E. (a cura di), *Immigrazione e diritti violati. I lavoratori immigrati nell'agricoltura del mezzogiorno*, Ediesse, Roma, 2013, pp.176.

PUGLIESE E., *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp.195.

REMOTTI F., *Fare umanità: i drammi dell'antropo-poiesi*, GLF editori Laterza, Roma – Bari, 2013,- IX, pp.234.

REYNERI E., *Introduzione alla sociologia del mercato del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp.280.

RIMOLI F. (a cura di), *Immigrazione e integrazione: dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. I, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp.678 e vol. II, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp.516.

SACCO R., *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp.352.

SALA-CHIRI M. (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro. Le politiche di contrasto e di emersione: dal contesto internazionale a quello locale*, Jovene editore, Napoli, 2014, p.10.

Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo, Tomo I, Cacucci, Bari, 2015, pp.561 e Tomo II, Cacucci, Bari, 2015, pp.564-1102.

SUNNA C. (a cura di), *La lotta al lavoro nero nell'esperienza legislativa e amministrativa della Regione Puglia*, Cacucci, Bari, 2008, pp.120.

TERRACCIANO U., *Stranieri. Le nuove disposizioni in materia di immigrazione*, Experta Edizioni, Trento, 2005, pp.496.

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, Settima Edizione, pp.957.

TURSI A. (a cura di), *Lavoro e immigrazione: commento alle norme della Legge n. 189 del 2002 (di modifica del D. lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del D.L. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 222 del 2002*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp.514.

VISCOMI A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato: tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1991, pp.352.

VISCOMI A., *Questioni sul lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale*, Soveria Manelli, Rubbettino, 2008, p.60.

ZANFRINI L., *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Glf Editori Laterza, Roma - Bari, 2016, pp.274.

ZANFRINI L., *Sociologia delle migrazioni*, Glf Editori Laterza, Roma - Bari, 2004, pp.209.

ZANROSSO E., *Diritto dell'immigrazione. Manuale pratico in materia di ingresso e condizione degli stranieri in Italia*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2008, pp.542.

XXVII Rapporto Immigrazione Caritas Migrantes (RICM) 2017-2018, “Un nuovo linguaggio per le migrazioni – Sintesi”, 28/09/2018, www.caritas.it, (ultimo accesso 05/06/2019).

18 dicembre, Giornata internazionale per i diritti dei migranti, www.unicef.it, (ultimo accesso 01/06/2019).

www.echr.coe.int, (ultimo accesso 21/06/2019).

www.eur-lex.europa.eu, (ultimo accesso 21/06/2019).

www.europarl.europa.eu, (ultimo accesso 22/06/2019).

www.gazzettaufficiale.it, (ultimo accesso 21/06/2019).

www.ilo.org, (ultimo accesso 16/05/2019).

www.integrazionemigranti.gov.it, (ultimo accesso 21/06/2019).

www.unhcr.it, (ultimo accesso 24/06/2019).