



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

POLITICHE MIGRATORIE E DIRITTO DEL LAVORO

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa Mariella Magnani

Tesi di Laurea di:

Andrea Rosafalco

Matr. n. 409058

Anno Accademico 2016 - 2017



*Volevamo braccia,  
sono arrivate persone.*

Max Frisch



# **POLITICHE MIGRATORIE E DIRITTO DEL LAVORO**

## **INDICE**

**INTRODUZIONE - L'INTERAZIONE FRA DIRITTO DEL LAVORO, DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE E FATTO DELLE MIGRAZIONI.....**

**CAPITOLO 1 - LE MIGRAZIONI ECONOMICHE. ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E DIRITTO EUROPEO DEI TRATTATI.....**

- 1.1 Ordinamento Internazionale e migrazioni economiche.....
- 1.2 Unione Europea (diritto dei Trattati) e migrazioni economiche.....

**CAPITOLO 2 - L'ACCESSO DEL MIGRANTE COME LAVORATORE SUBORDINATO NEL MERCATO DEL LAVORO ITALIANO.....**

- 2.1 Il livello generale di regolazione.....
- 2.2 La procedura dedicata al singolo migrante.....

**CAPITOLO 3 - DISCIPLINE "SPECIALI" DELL'INGRESSO.....**

- 3.1 I lavoratori migranti altamente qualificati.....
- 3.2 Quadro sintetico della disciplina dedicata ai lavoratori migranti ex artt. 27 ss. del Testo unico sull'Immigrazione.....
- 3.3 I lavoratori migranti stagionali.....

**CAPITOLO 4 - IRREGOLARITÀ, SFRUTTAMENTO LAVORATIVO DEL LAVORATORE MIGRANTE E TECNICA DELLA SANATORIA.....**

**CONSIDERAZIONI FINALI.....**



## INTRODUZIONE - L'INTERAZIONE FRA DIRITTO DEL LAVORO, DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE E FATTO DELLE MIGRAZIONI

Le migrazioni di cittadini provenienti da Paesi extra-europei (TCNs, “*Third-Country Nationals*”)<sup>1</sup> stanno producendo dei cambiamenti profondi e irreversibili, in Italia come in Europa.

Il diritto, che è tecnica per dare ordine all'esistente, è chiamato ad affrontare i problemi collegati alle migrazioni, i quali riguardano ogni aspetto della vita sociale.

Per il giurista, non è utile assumere un solo punto di vista scientifico<sup>2</sup> (ad esempio considerando il fenomeno dell'immigrazione rilevante solo per la materia della pubblica sicurezza); egli, al contempo, deve però guardarsi dalla tentazione di una multidisciplinarietà “orizzontale”, dove il mero accostamento dei tanti possibili profili d'indagine giustifichi il sacrificio della profondità dell'analisi.

Il giuslavorista, in particolare, è studioso che fortissimamente è interpellato dalla complessità del fenomeno migratorio. Da una parte, infatti, “*le scelte individuali o le reti sociali sottese al fenomeno migratorio sono soprattutto attratte dalla domanda di lavoro (anche autonomo) dei paesi sviluppati prescelti*”<sup>3</sup>; dall'altra i caratteri personali del lavoratore extracomunitario (soggetto “altro” per eccellenza, portatore di diversità irriducibili, come l'etnia, la razza, la religione, lo stesso status di migrante...) richiamano la crescente importanza della tutela anti-discriminatoria nella cornice del diritto del lavoro. Ancora: va tenuto presente che l'accesso al lavoro e la parità di diritti per i lavoratori migranti sono oggi all'attenzione particolare delle parti sociali, dalla cui cultura del dialogo, secondo alcuni commentatori, dipende per buona misura il futuro mantenimento della pace sociale<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> “Cittadini di Paesi Terzi” è l'espressione più corretta per riferirsi ai destinatari delle norme sui migranti, le quali invece non si applicano ai cittadini europei. Nel presente lavoro, sarà utilizzato anche il lemma “stranieri”.

<sup>2</sup> G. Dondi, *Immigrazione e Lavoro: Riflessioni e Spunti Critici* cit. 18 (Padova, CEDAM, 2001)

<sup>3</sup> G. Dondi, *Immigrazione e Lavoro: Riflessioni e Spunti Critici* cit. 7

<sup>4</sup> S. Olney e R. Cholewinski, *Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality*, cit. 281, in C. Costello, M. Freedland, *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)

Lo studio, perciò, delle interazioni fra diritto del lavoro, diritto dell'immigrazione e fatto delle migrazioni non può che rappresentare un campo d'indagine interdisciplinare interessante per i giuslavoristi. Si tratta di un campo d'indagine nato di recente<sup>5</sup>, ma le interazioni citate non sono nuove, anche se l'Italia s'è venuta a misurare con il fenomeno dell'immigrazione dopo, rispetto a Paesi europei come Germania, Olanda e Regno Unito. La dottrina giuslavoristica italiana, comunque, ha sicuramente mostrato un ritardo di attenzione sul tema: non a caso, in proposito s'è affermato che *“quello tra giuslavoristi e immigrati pare essere stato, ed in parte continua ad essere, un incontro difficile”*<sup>6</sup>.

Tale difficoltà è poco comprensibile sul piano dell'opportunità dell'approfondimento scientifico: la realtà del lavoro italiana, come pure il nostro diritto del lavoro stanno subendo in pieno le conseguenze e del forte afflusso di stranieri nel territorio nazionale e della risposta giuridica dispiegata per affrontarlo. L'immigrazione a fini lavorativi ha già fortemente inciso sulla composizione della forza-lavoro disponibile, nonché sulla sua segmentazione settoriale<sup>7</sup>. Il diritto del lavoro, d'altro canto, è inevitabilmente trasformato dall'interazione con il diritto dell'immigrazione.

Cathryn Costello e Mark Freedland, curatori di una delle più organiche e autorevoli pubblicazioni degli ultimi anni su lavoro e migranti, ritengono che l'impatto del diritto dell'immigrazione sul diritto del lavoro sia variegato. Ripercorrere la descrizione che loro propongono di tale impatto, soffermandosi sulle chiare argomentazioni utilizzate, è compito straordinariamente utile e interessante.

In primo luogo risulta accresciuta la forza dei datori di lavoro sulla manodopera. La permanenza regolare del migrante nel nuovo Paese dipende spesso dal mantenimento della sua occupazione e s'è arrivati perciò a parlare di “ultra-dipendenza” del lavoratore straniero nei confronti del proprio datore di lavoro<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> C. Costello, M. Freedland, *Migrants at work and the Division of Labour Law*, cit. 5, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>6</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 4 (Torino, Giappichelli, 2013). Lo studioso, commentando il non sempre forte interesse della dottrina per l'impatto del fenomeno migratorio sul diritto del lavoro, fa inoltre proprie le parole di Giorgio Ghezzi, che in una pubblicazione del 1982 ha affermato: *“il nostro diritto del lavoro non riguarda i poveri cristi”*.

<sup>7</sup> G. Menz, *Employers and Migrant Legality*, cit. 61, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>8</sup> B. Anderson, *Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers*, cit. 307 (consultabile su <http://www.sagepub.co.uk/journalsPermissions.nav>, 2010).

Se la posizione dei lavoratori cittadini di Paesi terzi diviene più precaria, per ragioni di competizione al ribasso può pure aumentare il controllo datoriale sulla rimanente forza-lavoro. Le tensioni ingenerate fra lavoratori locali e lavoratori stranieri rappresentano una sfida complessa per gli attori della protezione collettiva. Ai sindacati è richiesto di superare posizioni “protezionistiche” favorevoli agli autoctoni, realizzando piattaforme di rivendicazioni capaci di abbracciare le istanze di tutta la manodopera<sup>9</sup>. Ciò si rende necessario per temperare i fenomeni di *dumping* connessi alla presenza di forza-lavoro straniera.

Seppure sia indubbio che i datori di lavoro beneficino della presenza di lavoratori migranti (spesso disponibili ad accettare retribuzioni basse, ma comparativamente più alte rispetto a quelle percepite nei Paesi di provenienza<sup>10</sup>), è vero pure che proprio in capo ai datori di lavoro spesso lo Stato fa gravare obblighi giuridici ulteriori, connessi allo status del dipendente straniero. Questi obblighi giuridici frequentemente hanno a proprio fondamento esigenze di carattere pubblicistico<sup>11</sup>. La creazione di “status migratori” diversi, nel grande insieme dei lavoratori stranieri, comporta secondo Costello e Freedland l’introduzione nel diritto del lavoro di categorie fondate sulla posizione del migrante nei confronti dello Stato; non invece sulla sua posizione nei confronti della propria controparte contrattuale. Gli obblighi attribuiti ai datori di lavoro e riconducibili ai differenti status migratori sono presidiati da apposite sanzioni, che servono a contrastare illegalità nuove per il diritto del lavoro.

Nell’ambito lavorativo e della sicurezza sociale, la stessa condizione di lavoratore straniero può dare luogo a tensioni sul versante della tutela anti-discriminatoria. Una volta che il cittadino di Paese terzo sia stato ammesso nel territorio italiano e sia stato autorizzato a lavorare, gli va riconosciuta parità di trattamento in quanto lavoratore. Lo richiede l’articolo 35 comma 1 della nostra Costituzione, che tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni; lo ribadisce l’articolo 2 comma 3 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (conosciuto come Testo Unico sull’Immigrazione).

---

<sup>9</sup> U. Veersma, L. William, B. Antunes, T. Walsh e G. Symon, *Bargaining for Productivity: the UK case*, cit. 24 in ADAPT Special Bulletin Issue No. 1/2017 (consultabile su <http://www.bollettinoadapt.it/>).

<sup>10</sup> M. Ruhs, *Immigration and Labour Market Protectionism*, cit. 61, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>11</sup> Fra gli altri, M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit. 200, in A. Tursi (a cura di) *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005).

Le regole stabilite per l'ingresso e il soggiorno dei lavoratori migranti possono orientare le scelte di datori e prestatori di lavoro al momento della stipulazione del contratto di lavoro. Può darsi che le parti adottino tipologie contrattuali addirittura non coerenti con la sostanza del loro rapporto, e ciò soltanto per essere destinatari di certe prescrizioni del diritto dell'immigrazione, in luogo di altre.

In conclusione il diritto dell'immigrazione, unito al fatto dell'immigrazione, ha sul diritto del lavoro un effetto "divisivo"<sup>12</sup>. Aumenta la tensione fondamentale fra i due oggetti finali della materia: da un lato la protezione del prestatore di lavoro e dall'altro il governo del mercato del lavoro (in specie delle risorse umane presenti sul mercato).

Si approfondiscono inoltre le divisioni fra i soggetti del diritto del lavoro, visti la peculiare fragilità dei lavoratori stranieri e i cospicui problemi connessi alla garanzia per loro della parità dei diritti.

Quando non ci si sforzi di comprendere le tensioni e le divisioni illustrate; quando non si offrano soluzioni per risolvere le problematiche esistenti (ultra-fragilità dei lavoratori stranieri, oneri per i datori di lavoro e burocrazia tali da appesantire e ostacolare il libero incontro di mercato fra domanda e offerta di lavoro), le conseguenze cui si va incontro sono: l'erosione degli standard di trattamento dei lavoratori; la divergenza fra domanda strutturale di lavoratori migranti e ostacoli all'accesso e al lavoro regolari in Italia; il generale depotenziamento del ruolo del diritto del lavoro<sup>13</sup>, relegato a inadeguata posizione ancillare nel governo del fenomeno migratorio.

Gli interventi del legislatore italiano hanno spesso mostrato poca attenzione per i temi lavoristici. Le costanti preoccupazioni per la sicurezza pubblica, unite alla logica allarmistico-emergenziale sottesa a numerosi provvedimenti, dalla legge n. 189 del 2002 (c.d. Bossi-Fini) ai "Pacchetti-sicurezza" di fine anni 2000, hanno offerto un cattivo servizio nella gestione del mutamento in atto. È un cambiamento, quello legato all'immigrazione, strutturale e irreversibile, non contingente, che richiede risposte di lungo periodo per le sue questioni problematiche. È un cambiamento, peraltro, avvenuto in un arco temporale relativamente ristretto per l'Italia, la quale per oltre un secolo dalla propria nascita è rimasta Paese di emigrazione (caratteristica che oggi sta comunque

---

<sup>12</sup> C. Costello, M. Freedland, *Migrants at work and the Division of Labour Law*, cit. 9. in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>13</sup> S. Sciarra, W. Chiaromonte, *Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion in Italy*, cit. 123, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

facendo ritorno<sup>14</sup>). L'Italia è divenuta meta di flussi migratori negli anni '60 e '70<sup>15</sup>, ma è soprattutto agli inizi degli anni '90<sup>16</sup> (con l'Europa scenario di epocali mutamenti geopolitici) che il fenomeno ha assunto proporzioni tanto imponenti, da rendere non più procrastinabile una risposta normativa organica. L'impatto dei flussi è stato quindi forte e sempre ha assunto dimensione crescente, con una marcata accelerazione degli ingressi fra il 2010 e il 2016: delle 5,026 milioni di persone straniere residenti in Italia, 1,4 milioni di unità sono arrivate proprio negli ultimi anni<sup>17</sup>. La nascita progressiva e problematica di una società dai caratteri nuovi -una società multietnica e multiculturale- ha rappresentato tema sempre più al centro del dibattito pubblico nazionale. Eppure, *“compresso tra la retorica dell'invasione – versione nostrana della nozione anglosassone di over-foreignization – e le commistioni, spesso indebite, tra processi migratori e politiche di sicurezza, il dibattito corrente sulla immigrazione rischia di focalizzarsi integralmente sulle questioni relative all'accesso dei cittadini di Paesi extra-UE al territorio dello Stato, relegando a un ruolo marginale il tema delle condizioni di vita e soprattutto di lavoro degli stranieri che abbiano già fatto ingresso sul territorio italiano”*<sup>18</sup>.

Si auspica una rinnovata attenzione al ruolo che il diritto del lavoro può assumere nella gestione del fenomeno migratorio. Da questo ruolo molto dipende per la realizzazione dell'inclusione sociale dei cittadini di Paesi terzi. Rispetto a loro *“il contrasto all'emarginazione socio-economica diventa prima e imprescindibile condizione, per*

---

<sup>14</sup> La 27esima edizione del Dossier Statistico Immigrazione, realizzato dal Centro Studi e Ricerche IDOS e presentato a Roma l'8 novembre 2017, stima che 285mila italiani abbiano lasciato nel 2016 il loro paese di nascita. Si tratta di un dato sconcertante, soprattutto se teniamo conto della formazione di alto livello propria di tanti giovani in partenza: il 30% è laureato, i diplomati sfiorano il 35%.

<sup>15</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 6.

<sup>16</sup> La narrazione giornalistica ha individuato, come momento-paradigma della definitiva trasformazione dell'Italia da Paese di emigranti a Paese meta di immigrazione, l'arrivo della nave “Vlora” dal porto di Durazzo a quello di Bari, arrivo avvenuto l'8 agosto del 1991. La nave trasportava 20mila cittadini albanesi. Nel 2012 alla vicenda è stato dedicato il documentario italiano “La Nave Dolce”, diretto da Daniele Vicari.

<sup>17</sup> I dati cui facciamo riferimento sono contenuti nel Settimo Rapporto Annuale “Gli Stranieri nel Mercato del lavoro Italiano”, curato dalla Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

<sup>18</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 364 in DRI n. 27 (Milano, Giuffrè Editore, 2017).

*affrontare quella sfida a tutto tondo dell'integrazione che, lo si voglia o meno, i tempi e i cambiamenti ci impongono*<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> A. Rosafalco, *Corte di giustizia europea: anche i cittadini dei Paesi terzi hanno diritto all'Assegno familiare*, cit. 2, in Bollettino ADAPT 26 giugno 2017 (consultabile su <http://www.bollettinoadapt.it/>).

# CAPITOLO 1 - LE MIGRAZIONI ECONOMICHE. ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E DIRITTO EUROPEO DEI TRATTATI

## 1.1 ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E MIGRAZIONI ECONOMICHE

### 1.1.1 *Migrazioni economiche nel mondo globalizzato*

Le migrazioni per motivi economici interessano innanzitutto l'ordinamento internazionale. Producono un effetto destabilizzante al suo interno, poiché ingenerano tensione costante fra la protezione "cosmopolitica" dei diritti umani universali e le sovranità territoriali appartenenti agli Stati. Si parla a proposito di una vera e propria "asimmetria"<sup>20</sup>: se a ogni persona è assicurato di poter lasciare il proprio Paese, contestualmente non le è riconosciuto il generale diritto a entrare in un altro<sup>21</sup> (un'affermazione che va temperata soltanto per il caso del destinatario di protezione internazionale<sup>22</sup>).

Si sostiene che i grandi spostamenti di persone, che ricercano opportunità di lavoro e condizioni di vita migliori, siano allo stesso tempo causa ed effetto della globalizzazione<sup>23</sup> - e perciò questi spostamenti siano questione problematica da affrontarsi a livello sovranazionale.

---

<sup>20</sup> C. Costello, M. Freedland, *Migrants at work and the Division of Labour Law*, cit. 1, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>21</sup> La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (UDHR), approvata come noto il 10 dicembre del 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, recita all'art. 13: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato. Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese".

<sup>22</sup> A proposito, sarà dedicata apposita trattazione *infra*.

<sup>23</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 1. Sarebbe impresa ambiziosissima tentare di definire il concetto di *globalizzazione*, in modo che su tale definizione possa concordare ogni studioso. Di solito, se ne parla come di un *processo universale*, ingenerato e alimentato dalla (sempre più) profonda interconnessione complessa fra aree (anche distanti) del pianeta. Esistono degli autori, tuttavia, che non condividono tale narrazione "neutra" della globalizzazione. Essa non consisterebbe in un processo, per così dire, "necessitato", dovuto a trasformazioni reali "inevitabili". Nell'opera "Il lavoro non è una merce", per esempio, Luciano Gallino molto autorevolmente definisce la globalizzazione come il frutto "*della ricerca d'una complessiva riorganizzazione della produzione (...) che per un verso premia le imprese che sanno usare la maggior quota di lavoro flessibile e per l'altro impone di ricorrere a quest'ultimo al fine di ridurre i rischi dell'interdipendenza*".

Esiste un forte squilibrio nella distribuzione mondiale della ricchezza e, come noto, a motivare l'attrazione economica esercitata dai Paesi più sviluppati nei confronti della manodopera presente presso i Paesi più poveri esistono differenziali retributivi molto considerevoli. Le forti disuguaglianze globali contribuiscono a spiegare perché i migranti si rendano disponibili, nei Paesi più sviluppati, a svolgere mestieri che la forza-lavoro autoctona non considera più<sup>24</sup>. Le migrazioni per motivi economici sono favorite, d'altra parte, proprio dalla interconnessione fra Paesi pure spazialmente lontani – interconnessione dipendente in buona misura dai continui avanzamenti della tecnica in fatto di trasferimenti (di persone, di denaro, di informazioni).

### 1.1.2 *Governo sovranazionale delle migrazioni economiche. L'ONU*

Non esiste ad oggi un centro di decisione unitario ed effettivo, che sia capace e competente a governare a livello sovranazionale le migrazioni per motivi economici. Fin dalla loro fondazione, Nazioni Unite e Organizzazione Internazionale del Lavoro sono intervenute sul tema realizzando tuttavia, a causa dell'annosa mancanza di accordo fra gli Stati, una disciplina internazionalistica frammentaria.

Le due Organizzazioni per lunghi anni hanno in particolare inteso giocare un ruolo equo-ordinato. In ragione di un accordo risalente al 1947, entro il quale ONU e OIL si mostrarono consapevoli che la migrazione internazionale avrebbe rappresentato una delle cifre essenziali del riassetto conseguente alla seconda guerra mondiale<sup>25</sup>, “*la competenza ad occuparsi dei diritti e della condizione degli immigrati spettava all'OIL in quanto lavoratori e all'ONU in quanto stranieri*”<sup>26</sup>.

Soltanto con il tempo è prevalsa una linea politica favorevole a un'attribuzione di competenza unica e all'ONU è stata riconosciuta centralità<sup>27</sup>. Nel 1990, dopo almeno

---

<sup>24</sup> B. Anderson, *Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers*, cit 305.

<sup>25</sup> M. Hasenau, *ILO Standards on Migrant Workers: the Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, cit. 692, in *International Migration Review*, 2001 (consultabile su <https://www.jstor.org>).

<sup>26</sup> William Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 13.

<sup>27</sup> Per comprendere i motivi in ragione dei quali una nuova grande Convenzione sui diritti dei migranti è stata realizzata in seno all'ONU, e non invece in seno all'OIL, è illuminante la lettura dell'articolo di R. Böhning, “*The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*” (cit. 700) pubblicato nel 1991 sulla “*International Migration Review*” (l'articolo è consultabile su <https://www.jstor.org>). Sono stati soprattutto i Paesi del Terzo Mondo a preferire la sede ONU, dove posseggono una “maggioranza automatica” rispetto ai Paesi del Primo Mondo; l'OIL inoltre sarebbe “simbolo” di sindacati autonomi nei confronti dei governi (il che mal si concilierebbe con le tradizioni sindacali di molti Paesi africani).

dieci anni di lavori preparatori caratterizzati da tentativi e difficili mediazioni<sup>28</sup> (nel 1979 era stato istituito un apposito *working group*), viene adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite la “*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*”<sup>29</sup> (ICRMW). All'interno della disciplina convenzionale, uno dei dati normativi di maggiore interesse riguarda la distinzione fra lavoratori migranti che occupano nel Paese ospitante una posizione di regolarità e lavoratori migranti c.d. “irregolari” (coloro che abbiano violato norme in materia di ingresso e permanenza dello straniero nei territori nazionali). Ai secondi, gli “irregolari”, è riconosciuta la titolarità di un nucleo di diritti fondamentali, i quali trovano la propria ragione nella qualità di persona umana<sup>30</sup> dello straniero. Secondo gli estensori della Convenzione, difatti, in primo luogo esiste la persona, che va garantita con attenzione speciale quando si trovi in una posizione di vulnerabilità<sup>31</sup>. Quando si trovi in posizione di regolarità, ne potrà essere accresciuta la posizione giuridica attraverso il conferimento di ulteriori diritti. Nella Convenzione ICRMW, al migrante regolare è riconosciuto il diritto di partecipare all'amministrazione della “cosa pubblica”, come pure il diritto all'elettorato attivo e passivo<sup>32</sup>.

La Convenzione è innovativa e apprezzabile soprattutto per le disposizioni che riguardano i lavoratori immigrati irregolari. Per tale ragione essa è considerata “*uno strumento di*

---

<sup>28</sup> Sempre Roger Böhning spiega di una vera e propria contrapposizione fra Paesi meta di immigrazione e Paesi di provenienza dei migranti. I governi di questi ultimi non si mostravano assolutamente interessati a porre nuove rigide barriere alle migrazioni di “irregolari”, visti gli effetti benefici prodotti da queste migrazioni sulle loro economie (si pensi al denaro inviato dai lavoratori all'estero alle famiglie in patria, o alla riduzione del numero degli inoccupati).

<sup>29</sup> L'adozione è avvenuta con la Risoluzione ONU 25/148 del 18 dicembre 1990. L'Italia non è parte della Convenzione.

<sup>30</sup> Nel Preambolo UDHR, si proclama che tutti i membri della famiglia umana sono titolari di “uguali e inalienabili diritti” e, nella Carta ONU siglata nel giugno del 1945, si ribadisce “fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana (...)”. L'operare dei diritti dell'uomo nei confronti di *tutti* i migranti è stato inoltre autorevolmente affermato dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, all'interno del noto parere OC-18/13 del 17 settembre 2003.

<sup>31</sup> Sia citato, quale intervento autorevole sul tema, il discorso tenuto da François Crépeau, nel corso della 66sima sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, tenutasi il 21 ottobre 2011: “*Ogni diritto umano è “per tutti”, a prescindere dallo status di migrante. Questo significa pari godimento dei diritti e proibizione della discriminazione fondata su razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica e o di diversa natura, origine nazionale o sociale, ricchezza personale, nascita o altro status, compresa la nazionalità*”. François Crépeau è Relatore Speciale per i diritti umani dei migranti, figura istituita nel 1999 dalla Commissione ONU per i diritti umani (che dal 2006 è diventata Consiglio delle Nazioni Unite per i diritti umani). Fra i compiti del Relatore Speciale, c'è il monitoraggio delle politiche legislative degli Stati che abbiano aderito alla Convenzione ICRMW.

<sup>32</sup> Articolo 41 della Convenzione ICRMW.

*diritto internazionale volto a garantire almeno uno zoccolo duro di tutele per il lavoratore immigrato, indipendentemente dalla sua posizione*<sup>33</sup>.

### 1.1.3 Governo sovranazionale delle migrazioni economiche. L'OIL

Nonostante la Convenzione ICRMW rappresenti il segno della centralità acquisita dall'ONU nell'intervento normativo sovranazionale in tema di lavoratori migranti, non è possibile prescindere dal ruolo giocato dall'OIL fin dalla propria fondazione<sup>34</sup>.

In prima battuta, occorre osservare che tutte le Convenzioni e le Raccomandazioni OIL si applicano, quando non diversamente stabilito, ai lavoratori migranti<sup>35</sup>. Questi tuttavia abbisognano pure di un'attenzione speciale, trovandosi lontani da casa, dalle proprie famiglie, potendo non avere padronanza della lingua del Paese ospitante o potendo non comprenderne costumi e leggi<sup>36</sup>.

Il primo *labour standard* internazionale pensato specificamente per i lavoratori migranti risale al 1919<sup>37</sup>. Esso consiste nel principio di pari trattamento, fra cittadini e immigrati, nei campi della protezione sociale e della libertà di associazione. È però trent'anni dopo, nel 1949, che l'OIL prova a confezionare un grande documento normativo volto a coordinare a livello sovranazionale le politiche migratorie degli Stati. Durante la 32esima Conferenza Internazionale sul Lavoro, vede infatti la luce la Convenzione n. 97 (*Migration for Employment Convention (Revised)*), accompagnata dalla Raccomandazione n. 86. La Convenzione contiene un set coerente di regole circa il governo del fenomeno migratorio e circa l'eguale trattamento da assicurarsi ai lavoratori

---

<sup>33</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 16. L'autore ricorda inoltre come l'articolo 82 ICRMW serva ad evitare possibili elusioni del dettato normativo convenzionale: esso afferma che il lavoratore migrante non può rinunciare ai diritti lui attribuiti nella Convenzione; questi diritti non possono inoltre essere derogati in sede contrattuale.

<sup>34</sup> Il Preambolo della originaria Costituzione dell'OIL (*International Labour Organization -ILO*), redatta tra il gennaio e l'aprile del 1919, proclama la necessità di proteggere gli interessi dei lavoratori che siano occupati in Paesi diversi dal proprio.

<sup>35</sup> S. Olney e R. Cholewinski, *Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality*, cit. 265, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*. Gli autori ricordano che annualmente viene operato un controllo circa l'osservanza del diritto OIL, da parte di un apposito comitato (il Comitato di Esperti circa l'Applicazione di Convenzioni e Raccomandazioni). Il Comitato di Esperti fonda il proprio esame sui report presentati ogni anno dai governi dei Paesi, report corredati dalle considerazioni delle associazioni sindacali e datoriali.

<sup>36</sup> S. Olney e R. Cholewinski, *Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality*, cit. 265, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>37</sup> Si allude alla Raccomandazione OIL n. 2 (Raccomandazione per la reciprocità di Trattamento), emanata in occasione della Conferenza di Washington del 1919.

migranti<sup>38</sup>. Essa non solo richiede che in loro favore siano assicurati servizi gratuiti di assistenza e che siano rispettati obblighi informativi, ma prevede pure -per quegli stranieri che occupino nel Paese ospitante una posizione di regolarità- un'applicazione ampia del principio di parità di trattamento, riguardante campi ulteriori rispetto a quello delle condizioni di lavoro<sup>39</sup>; prevede inoltre il superamento della c.d. clausola di reciprocità. Il successo della Convenzione n. 97, ratificata da un numero consistente di Stati, è dipeso per buona parte dalla introduzione di una nuova forma di flessibilità: se la Convenzione strettamente intesa contiene previsioni di carattere generale, al contempo essa è arricchita da tre allegati "opzionali", allegati cioè che i Governi degli Stati parte possono decidere se escludere -in parte o completamente- dalla ratifica, salvo poi poterli fare propri in un momento successivo<sup>40</sup>.

Trascorrono trent'anni prima che l'OIL compia un altro grande intervento normativo (l'ultimo) in tema di lavoratori migranti. Negli anni '70<sup>41</sup> le principali economie occidentali sono colpite da una grave recessione, cui consegue un nuovo atteggiamento di chiusura da parte degli Stati più sviluppati nei confronti dell'ingresso di stranieri. Di fronte alla inevitabile creazione di flussi di manodopera clandestina (dovuti alla restrizione delle possibilità di ingresso regolare nei Paesi industrializzati) e di fronte alle pubbliche opinioni occidentali segnate da una sempre maggiore xenofobia, l'OIL adotta

---

<sup>38</sup> M. Hasenau, *ILO Standards on Migrant Workers: the Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, cit. 692.

<sup>39</sup> Articolo 6 della Convenzione OIL n. 97 del 1949: "To apply, without discrimination, in respect of nationality, race religion or sex, to immigrants lawfully within its territory, treatment no less favourable than that which it applies to its own nationals in respect of the following matters: (...) remuneration, including family allowances where these form part of the remuneration, hours of work, overtime arrangements, holidays with pay, restrictions on home work, minimum age for employment, apprenticeship and training, women's work and the work of young people; (...) membership of trade unions and enjoyment of the benefits of collective bargaining; (...) accommodation; (...) social security; employment taxes, dues or contributions payable in respect of the person employed; and (...) legal proceedings relating to the matters referred to this Convention". Il Comitato di Esperti, negli anni, ha enfatizzato l'importanza del dato della effettività dell'eguale trattamento, un principio che non può essere ridotto a mera affermazione astratta. Attenzione particolare è stata dedicata poi alle misure specificamente volte ad assicurare la parità di trattamento delle donne migranti (si veda ad esempio Burkina Faso 2013 (richiesta diretta) o Cameroon 2013 (richiesta diretta)).

<sup>40</sup> M. Hasenau, *ILO Standards on Migrant Workers: the Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, cit. 693.

<sup>41</sup> Si faccia soltanto cenno alla celebre crisi energetico-petrolifera del '73, diretta conseguenza della c.d. guerra del Kippur di Egitto e Siria contro Israele. Si ritiene che proprio questa crisi abbia posto termine al cammino di forte crescita economica conosciuto dai maggiori Paesi Occidentali nel ventennio '50-'60.

due Risoluzioni, nel 1971 e nel 1972<sup>42</sup>, nelle quali dichiara la necessità di una revisione delle regole in tema di lavoratori migranti. Nel 1975 è adottata la Convenzione n. 143 (*Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention*), accompagnata dalla Raccomandazione n. 151 del medesimo anno (*Migrant Workers Recommendation*). La Convenzione in primo luogo individua una serie di misure per prevenire e sopprimere la migrazione in condizioni di abuso (e l'assunzione illegale di migranti). Afferma inoltre che tutti i lavoratori migranti, a prescindere dal loro *status* migratorio, godono dei diritti umani fondamentali ed evidenzia che loro vanno almeno riconosciuti determinati diritti inerenti al lavoro "irregolare" che abbiano prestato<sup>43</sup>. La Convenzione n. 143 contiene una parte II fortemente innovativa, dedicata al principio della parità di trattamento. Il principio, innanzitutto, è formulato in modo tale che sia applicabile anche i rapporti interprivati; in secondo luogo, sono espressamente aumentati i destinatari della garanzia della parità di trattamento, dovendosi ricomprendere anche i lavoratori immigrati irregolari e le loro famiglie; infine, "si introduce un obbligo, a carico degli Stati, di promuovere politiche volte a promuovere e garantire l'effettività del principio"<sup>44,45</sup>. Eppure, nonostante la forte carica innovativa delle previsioni in esame, la Convenzione n. 143 del 1975 rappresenta con ogni probabilità un'occasione mancata e ciò in ragione del piccolo numero delle ratifiche da essa ricevute (da sottolineare, comunque, la ratifica italiana, avvenuta con Legge 10 aprile 1981, n. 158).

#### 1.1.4 Migrazioni economiche e core labour standards

S'è accennato *supra* che, quando non diversamente stabilito, Convenzioni e Raccomandazioni OIL si applicano ai lavoratori migranti. Questa affermazione, oggi, va arricchita, giacché l'odierno diritto internazionale del lavoro non è più pensabile senza che sia fatto un forte riferimento ai c.d. *core labour standards*, i quali sono certamente

---

<sup>42</sup> La necessità di un intervento riformatore delle regole sovranazionali, in tema di migrazioni economiche, è in quegli anni emblematicamente stigmatizzata dalla morte di lavoratori italiani "clandestini" nel tunnel del Mont Blanc fra Italia e Francia (avvenimento del 1972).

<sup>43</sup> S. Olney e R. Cholewinski, *Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality*, cit. 262, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>44</sup> È molto significativo l'articolo 8 della Convenzione: gli stranieri che, per motivi di lavoro, abbiano risieduto legalmente nel territorio di uno Stato, sono protetti in caso di perdita della propria occupazione. La mera perdita del posto di lavoro non può determinare l'irregolarità della loro posizione ed essi hanno diritto a godere di "equality of treatment with nationals in respect in particular of guarantees of security of employment, the provision of alternative employment, relief work and retraining".

<sup>45</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 20.

applicabili ai lavoratori migranti. Si tratta di quattro categorie di principi e diritti fondamentali<sup>46</sup>, la cui attuazione è ritenuta dall'OIL irrinunciabile per il rispetto, da parte di qualsivoglia disciplina nazionale, del sistema giuslavoristico internazionale. Il contenuto dei *core labour standards* è ricavabile da otto Convenzioni OIL<sup>47</sup>, ma essi debbono essere rispettati, promossi e realizzati a prescindere dall'avvenuta ratifica da parte dello Stato di queste Convenzioni: lo afferma la Dichiarazione OIL sui principi e i diritti fondamentali del lavoro (c.d. Dichiarazione di Ginevra del 18 giugno 1998), in virtù della quale la necessaria applicazione dei *core labour standards* dipende dalla sola adesione all'OIL. Nonostante i *core labour standards* siano al centro di un vivace dibattito dottrinale<sup>48</sup>, si ritiene che possano dare un apporto positivo per il miglioramento della condizione dei lavoratori migranti<sup>49</sup>.

#### 1.1.5 Governo sovranazionale delle migrazioni economiche. Il Consiglio d'Europa

---

<sup>46</sup> I “*core labour standards*” consistono: nella libertà di associazione e nell’effettivo riconoscimento del diritto alla contrattazione collettiva; nell’abolizione di ogni forma di lavoro forzato od obbligatorio; nell’effettivo sradicamento del lavoro infantile; nell’eliminazione di ogni discriminazione in materia di impiego e professione.

<sup>47</sup> Le Convenzioni in questione sono: la “Forced Labour Convention” del 1930 (OIL n. 29) (nonché il relativo Protocollo adottato nel giugno del 2014); la “Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention” del 1948 (OIL n. 87); la “Right to Organize and Collective Bargaining Convention” del 1949 (OIL n.98); la “Equal Remuneration Convention” del 1951 (OIL n. 100); la “Abolition of Forced Labour Convention” del 1957 (OIL n. 105); la “Discrimination (Employment and Occupation) Convention” del 1958 (OIL n. 111); la “Minimum Age Convention” del 1973 (OIL n.138); la “Worst Forms of Child Labour Convention” del 1999 (OIL n. 182).

<sup>48</sup> Sia citato un confronto avvenuto sulle pagine dell’European Journal of International Law (EJIL), nel quale si sono contrapposte le posizioni del professor Philip Alston con quelle degli accademici Brian Langille e Francis Maupin. Secondo Alston, la Dichiarazione di Ginevra del 1998 avrebbe ingenerato un eccessivo affidamento sui *core labour standards*, principi dal contenuto astratto inidonei a sopperire alla mancanza di diritti -dei lavoratori- chiaramente definiti. I *core labour standards* impatterebbero (in modo sostanzialmente negativo) sul “regime internazionale del lavoro”, la cui implementazione dipenderebbe sempre di più da un generico volontarismo degli Stati, mentre l’OIL si accontenterebbe di un “promozionalismo” soft e di scarsa efficacia. La visione di Brian Langille si differenzia fortemente da quella di Alston: occorrerebbe vedere i *core labour standards* come “concettualmente coerenti”, “moralmente salienti” e “pragmaticamente vitali” per il raggiungimento dei grandi obiettivi del diritto internazionale del lavoro, inclusa l’applicabilità dei diritti “*non-core*”, non essenziali. Francis Maupin, poi, critica la posizione di Alston secondo cui la Dichiarazione di Ginevra indebolirebbe il regime internazionale del lavoro. Egli nota che in seguito alla Dichiarazione più Stati hanno ratificato le Convenzioni ritenute fondamentali; quegli Stati che non lo hanno fatto, poi, hanno comunque fatto dei tangibili passi in avanti nella tutela dei diritti essenziali dei lavoratori. Circa il problema della scarsa capacità dell’OIL di assicurare l’effettività dei diritti che l’Organizzazione stessa riconosce, Maupin chiosa che la questione innegabilmente esiste, ma bisognerebbe trovarne le ragioni nei tratti generali del regime internazionale del lavoro, non rilevando molto la Dichiarazione su di questo tema.

<sup>49</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 21.

In chiusura di questo paragrafo, dedicato a “ordinamento internazionale e migrazioni economiche”, occorre fare un breve cenno agli strumenti normativi sviluppati in seno al Consiglio d’Europa. Rileva la *European Convention on Establishment* del 1955 con la quale, però, soltanto “*si invitano gli Stati membri a semplificare le procedure di ingresso e permanenza*”<sup>50</sup>; è prodotta nel 1977 la *European Convention on the Legal Status of Migrant Workers*, entro cui è centrale l’affermazione del principio di parità di trattamento in un’ampia gamma di settori<sup>51</sup>. Se nella Carta Sociale Europea<sup>52</sup> è previsto che i diritti ivi contenuti debbano essere applicati anche agli stranieri, ma a condizione che questi siano cittadini di uno dei Paesi contraenti (si pone allora come centrale il principio di reciprocità); più pregnanti sono determinate disposizioni della Convenzione EDU<sup>53</sup>. Fra le altre, è certamente di grande importanza l’articolo 14, rubricato: “Divieto di discriminazione”. Esso afferma: “*Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione*”. Il riconoscimento dell’origine nazionale quale fattore di discriminazione comporta che ai migranti -che si trovano sul territorio degli Stati membri- siano estesi i diritti e le libertà fondamentali sanciti nella CEDU (e Protocolli aggiuntivi).

## 1.2 UNIONE EUROPEA (DIRITTO DEI TRATTATI) E MIGRAZIONI ECONOMICHE

Si rivela ineludibile, per comprendere fino in fondo il caso italiano, dedicare un paragrafo (necessariamente contenuto per estensione) al diritto dell’Unione Europea concernente le migrazioni economiche. In Europa, il tema dei lavoratori migranti si declina in due modi:

---

<sup>50</sup> Gli Stati rappresentati entro il Consiglio avrebbero ambito a realizzare una disciplina più pregnante; tuttavia, come spiega Chiaromonte, gli obiettivi iniziali sono stati poi fortemente ridimensionati.

<sup>51</sup> Solo tangente rispetto al nostro campo di interesse, è la Convenzione del Consiglio d’Europa del 2005 sulla lotta contro la tratta di esseri umani.

<sup>52</sup> La Carta Sociale Europea è stata adottata a Torino nel 1961; ha poi ricevuto un’importante modifica a Strasburgo nel 1996. È stata ratificata dall’Italia.

<sup>53</sup> La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è stata firmata a Roma nel 1950, entrando in vigore nel 1953.

*in primis*, con riguardo all'ingresso, entro uno Stato membro, dello straniero da fuori l'Unione; *in secundis*, con riguardo ai suoi diritti oggetto di armonizzazione fra le discipline nazionali.

### 1.2.1 Amsterdam. La “comunitarizzazione” delle politiche migratorie

Circa il primo aspetto (l'ingresso da Paese Terzo), occorre osservare che di “politica migratoria comunitaria” s'è cominciato a parlare con buona ragione soltanto a partire dal Trattato di Amsterdam<sup>54</sup> del 1997. Nel Trattato, infatti, le materie dei visti, dell'asilo e dell'immigrazione tendono ad abbandonare l'ambito del “terzo pilastro”<sup>55</sup> confluendo all'interno del “primo” sia pure “con importanti deviazioni rispetto al metodo comunitario puro”<sup>56</sup>; inoltre, è parzialmente “comunitarizzato” il sistema di Schengen<sup>57</sup>. Tale “cambio di passo” avvenuto con Amsterdam è consentito da un'intuizione fondamentale, ossia procedere secondo la via c.d. della “comunitarizzazione flessibile”<sup>58</sup>: tempi, modi e soggetti delle decisioni -su materie di nuova o aumentata competenza comunitaria- sono definiti in modo peculiare, a seconda del diverso grado di resistenza degli Stati membri a convergere verso posizioni comuni.

---

<sup>54</sup> Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre del 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio del 1999.

<sup>55</sup> Che cosa s'intende con l'espressione (primo/secondo/terzo) “pilastro”?

Per rispondere occorre tornare al 7 febbraio del 1992, quando viene firmato a Maastricht il Trattato sull'Unione Europea, il quale è stato considerato tappa rilevantisima nello sviluppo del cammino di integrazione. Come si legge nell'introduzione dell'opera di R. Adam e A. Tizzano -*Lineamenti di diritto dell'Unione Europea, Seconda edizione* (Torino, Giappichelli, 2010): “Il Trattato costruisce un “edificio” nuovo, L'Unione Europea (...) l'edificio si fonda su tre “pilastri”: il primo o pilastro comunitario, composto dalle Comunità Europee; il secondo, costituito dalla PESC (politica estera e sicurezza comune); il terzo, formato dalla GAI (giustizia e affari interni)”. Mentre le materie del primo pilastro diventano oggetto di un rinnovato sistema decisionale comunitario, quelle contenute nel secondo e nel terzo sono affidate ai meccanismi della Cooperazione rafforzata fra gli Stati europei.

<sup>56</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa* cit. 40. La studiosa Fiorella dell'Olio sottolinea che tale “pillar switch” è motivato, in una certa misura, dalla volontà di applicare -alle politiche europee in questione- il più dinamico sistema decisionale proprio dell'intervento normativo della comunità europea, il quale implica il coinvolgimento del Parlamento Europeo, oltre che la conseguente giurisdizione della Corte di Giustizia UE (F. Dell'Olio, *Immigration after Nice: From “Zero Immigration” to Market Necessity*, cit. 476, in A. Arnulf e D. Wincott (a cura di), *Accountability and Legitimacy in the European Union* (Oxford, Oxford University Press, 2002)).

<sup>57</sup> Il Sistema di Schengen vede la luce il 14 giugno del 1985, all'interno di un Trattato stipulato da diversi Stati europei. Molto semplificando, si può affermare che Schengen comportasse per gli Stati parte l'obbligo di eliminare i controlli alle frontiere interne: si creava così uno spazio interno in un certo modo “comune”, perché definito da una frontiera esterna “unica”. Schengen contiene inoltre, come evidenziato da Chiaromonte, un abbozzo di disciplina unitaria in materia di ingresso e soggiorno dei lavoratori provenienti da Paesi Terzi.

<sup>58</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 41.

Quanto di nuovo avviene entro il diritto fondamentale UE, peraltro, si spiega in ragione di un certo cambio di atteggiamento da parte dei Paesi europei in tema di politiche migratorie: se per lungo tempo (almeno dalla crisi energetica del '73) l'approccio "europeo" è riassumibile nell'obiettivo "immigrazione zero"<sup>59</sup>, negli anni '90 diventa chiara la necessità di porre in essere una strategia di maggiore apertura<sup>60</sup>. Non a caso, in dottrina<sup>61</sup> si riconosce che le innovazioni di Amsterdam siano state accompagnate da una nuova concezione "utilitaristica" delle migrazioni: esse cominciano a venire pensate non tanto come fenomeno da contrastarsi *in toto*, quanto invece come trasformazione da governare, in modo che si riveli utile alle esigenze del mercato del lavoro.

La "comunitarizzazione flessibile" delle materie dei visti, dell'asilo e dell'immigrazione ha a proprio fondamento, quindi, il fatto che ad una visione solamente securitaria della "questione migranti" si sostituisce una visione nuova e in nome, allora, del potenziale economicamente positivo delle migrazioni ci si convince a creare lo spazio per un procedere "comunitario".

Rispetto a tale cambio di "paradigma politico"<sup>62</sup>, l'Unione Europea occupa due posizioni, una a monte e una a valle della trasformazione: "a monte" poiché proprio le istituzioni europee si fanno promotrici del cambiamento<sup>63</sup>, "a valle" perché la nuova visione richiede in conseguenza una coerente modifica dei Trattati.

### 1.2.2 *Lisbona. La "unionizzazione" delle politiche migratorie*

---

<sup>59</sup> F. Dell'Olio, *Immigration after Nice: From "Zero Immigration" to Market Necessity*, cit. 477, in *Accountability and Legitimacy in the European Union*. L'autrice individua, fra gli altri, tre argomenti spesso richiamati per giustificare l'approccio "immigrazione zero".

Ella cita, in prima battuta, la necessità invocata dagli Stati di mantenere la propria sovranità sulle frontiere nazionali, per poter dare risposta alle esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico e salvaguardia della sicurezza collettiva; la studiosa fa poi riferimento al dibattito circa la preservazione dell'identità culturale appartenente a una nazione; infine, è richiamata la questione problematica inerente alla possibilità, per il Welfare State occidentale, di distribuire le proprie risorse disponibili anche ai non cittadini.

<sup>60</sup> Questa necessità potrebbe essere stigmatizzata con le caustiche parole del filosofo delle scienze sociali Brian Barry, il quale ha definito come inconsistente quella politica della migrazione che, "chiudendo la porta, lascia la finestra aperta". Il filosofo intende significare che quando non si aprano canali adeguati per l'immigrazione regolare, i flussi comunque non si arrestano (o perché i lavoratori migranti arrivano in Europa presentandosi come possibili destinatari di protezione internazionale (fanno allora richiesta d'asilo) o semplicemente sfruttando i canali informali della migrazione irregolare.

<sup>61</sup> Si richiamino, fra le altre, le posizioni espresse da W. Chiaromonte, S. Sciarra e F. Dall'Olio.

<sup>62</sup> F. Dell'Olio, *Immigration after Nice: From "Zero Immigration" to Market Necessity*, cit. 478, in *Accountability and Legitimacy in the European Union*.

<sup>63</sup> Sono emblematiche, in tal senso, le conclusioni della Presidenza al Consiglio Europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999: in sintesi, Unione Europea e Stati membri sono chiamati a fornire il proprio contributo per dare *maggiore coerenza* alle politiche interne ed *esterne* dell'Unione.

Il percorso evolutivo delle norme europee fondamentali ovviamente non si è arrestato con Amsterdam: è continuato con la firma del Trattato di Lisbona<sup>64</sup>.

Con Lisbona si realizza la “unionizzazione” delle politiche migratorie<sup>65</sup>, perché è alla competenza concorrente<sup>66</sup> dell’Unione che sono attribuite le materie (relative all’afflusso di stranieri) contenute nel nuovo Titolo V TFUE, rubricato “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (ex Titolo IV TCE, “Visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone”). Viene dunque portato in là il percorso che *supra* è stato definito di “comunitarizzazione” e ciò grazie alla “normalizzazione” dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>67</sup>.

Eppure, comunque, si può ancora affermare che “*i complessi equilibri tra centro e periferia in materia di immigrazione rimangano saldamente ispirati alla lesione minima della sovranità nazionale*”<sup>68</sup>. Si vuole cioè dire che la vera sede delle decisioni in tema di migranti - nonostante la “comunitarizzazione flessibile” di Amsterdam (i meccanismi di decisione, rispetto allo straniero che fa ingresso da Paese terzo, sono “comunitari” ma allo stesso tempo modificati in modo peculiare da previsioni specifiche) e nonostante la “unionizzazione” di Lisbona (i meccanismi di decisione sono quelli normalmente previsti in relazione alle materie di competenza concorrente Ue) – ebbene la vera sede di decisione in tema di migranti rimane non “europea”. Se infatti all’articolo 67 comma 2 TFUE si parla (utilizzando espressioni particolarmente incisive) di “politica comune” in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne<sup>69</sup> e se all’articolo 79 TFUE si

---

<sup>64</sup> Il Trattato di Lisbona è stato firmato il 13 dicembre del 2007 ed è entrato in vigore il 1° dicembre del 2009. Esso modifica sia il Trattato sull’Unione Europea sia il Trattato di istituzione della Comunità Europea (ribattezzato trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea -TFUE).

<sup>65</sup> Circa l’ambito geografico di applicazione delle norme europee in tema di migrazioni, occorre però ricordare che “*i Protocolli nn. 21 e 22, relativi alla posizione del Regno Unito e dell’Irlanda e, rispettivamente, della Danimarca nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (...) confermano l’applicazione differenziata a detti Stati delle politiche di cui si tratta*” (G. Cellamare, *Diritto dell’Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, cit. 874, in RGL (Roma, Ediesse, 2011)).

<sup>66</sup> Articolo 4 TFUE: “L’Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: (...) j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. La competenza di natura concorrente deve essere esercitata dall’Unione nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà.

<sup>67</sup> L. Calafà, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 531, in Lavoro e Diritto (Bologna, Il Mulino, 2011). La studiosa, a sua volta, cita uno scritto del professor Mario Savino.

<sup>68</sup> Laura Calafà, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 529. È dello stesso tenore il pensiero espresso da M. Livi Bacci, che in *Cronache di due fallimenti. L’Europa, l’Italia e le politiche migratorie*, cit. 432, (“il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica” 3/2011.) scrive: s’è mostrata “l’incapacità dei Paesi membri a cedere frazioni, anche minime, di sovranità in materia di politiche migratorie”.

<sup>69</sup> Tale politica comune, fra l’altro, è definita come fondata sulla “solidarietà” fra stati membri, nonché come “equa” nei confronti dei cittadini dei paesi terzi.

prospetta per di più lo sviluppo di una politica migratoria europea<sup>70</sup>, occorre tuttavia sottolineare che la determinazione del numero degli ingressi è ancora oggetto di una riserva assoluta di competenza statale<sup>71</sup>.

Le regole, poi, sulla cittadinanza (unico criterio esistente ai fini della *membership* transnazionale europea)<sup>72</sup> rimangono anch'esse solamente nazionali, senza contare che sulla base dell'articolo 72 TFUE<sup>73</sup>, pure quando esistano specifiche norme dell'Unione sull'immigrazione, gli Stati possono non rispettarle adottando gli atti che ritengano in ogni caso necessari per proteggere ordine pubblico e sicurezza collettiva.

È confermata, nell'assetto ordinamentale dell'Unione, *“la regola non scritta che vuole il mantenimento in capo agli Stati di una parte decisiva di regolazione del fenomeno”*<sup>74</sup>. Il processo di integrazione descritto, insomma, sembra non possedere una dimensione concreta di vera gravidanza ed è per tale ragione che, nonostante tutto, il mercato del lavoro europeo continua ad apparire fortissimamente disgregato se visto “dal di fuori”, con gli occhi del migrante economico che deve fare il suo ingresso in Europa. Da questa prospettiva, è come se esistessero a tutt'oggi ventotto mercati del lavoro differenti<sup>75</sup>.

### 1.2.3 *Lisbona. I diritti dei lavoratori migranti*

---

<sup>70</sup> L'articolo 79 TFUE recita: “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. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: a) 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 (...)”.

<sup>71</sup> Articolo 79 TFUE comma 5: “Il presente articolo non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo”.

<sup>72</sup> L. Calafà (*Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 541) a sua volta cita Stefano Giubboni. In tema di cittadinanza il Trattato sul Funzionamento dell'Unione, all'articolo 20, afferma: “È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro”.

<sup>73</sup> “Il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna”.

<sup>74</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 72. Questo sbilanciamento di potere (effettivo) in capo agli Stati potrebbe essere ulteriormente confermato dalle parole di Laura Calafà che, analizzando il Titolo V TFUE, scrive: *“a completamento del quadro istituzionale europeo, occorre considerare che anche solo uno Stato può azionare il c.d. freno di emergenza, bloccando quegli aspetti di direttiva che possano incidere su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale (artt. 82 e 83 comma 3 TFUE)”* (L. Calafà, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 530).

<sup>75</sup> E. Guild, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, cit. 99, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

Lo scenario giuridico dell'integrazione europea non pare maggiormente avanzato, quando si considerino le esistenti possibilità di armonizzazione in tema di diritti degli stranieri che si trovano in Europa. A tal proposito, occorre analizzare e porre a confronto due disposizioni normative-chiave: l'articolo 79 comma 4 e l'articolo 153 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (con il secondo dei due articoli che non afferisce al Titolo V, bensì al Titolo X del Trattato, intitolato "Politica Sociale").

L'articolo 79 TFUE al comma 4 afferma: "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, *ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*". In riferimento alla disposizione in esame, una certa dottrina osserva<sup>76</sup> che essa segna, nella sostanza, il riconoscimento alle istituzioni europee "*di una mera competenza di sostegno*". Questa competenza può essere definita come "declassata" (secondo l'espressione proposta da Mario Savino, esperto in diritto amministrativo europeo).

L'articolo 153 TFUE, che al primo comma lettera g) prevede che "l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri" nel settore delle "condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione", al secondo comma, tuttavia, precisa che per esercitare tale funzione occorre una delibera legislativa speciale, presa all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni: si tratta di un procedimento particolarmente appesantito.

Alla luce di tali considerazioni, si può affermare che il passaggio normativo evidenziato all'articolo 153 insieme alla competenza "declassata" di cui all'articolo 79 comma 4 ci consegnino un vero e proprio "*paradosso normativo: le modifiche del Trattato*" - seppure in astratto abbiano posto le basi perché sia realizzata una politica equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi, "*rendono difficile, se non impossibile regolare a livello europeo l'accesso al lavoro degli stranieri nell'ambito della migrazione economica*"<sup>77</sup> oltre che definire un *framework* condiviso in tema di integrazione sociale.

---

<sup>76</sup> L. Calafà, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 534.

<sup>77</sup> L. Calafà, *Il lavoro italiano all'estero e il lavoro degli stranieri in Italia*, cit. 98, in L. Calafà, D. Gottardi, M. Peruzzi (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali* (Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2012).

Criticamente, si potrebbe sostenere che l'istanza di una "politica sociale" (come da rubrica del Titolo X TFUE) che coinvolga gli stranieri risulti a tutt'oggi recessiva, rispetto all'avvaloramento di altre posizioni (si pensi alla forte preminenza mantenuta dagli Stati, nel governo degli ingressi dei cittadini di paesi terzi entro lo spazio comunitario).

Non dovrebbe dunque rappresentare motivo di sorpresa che le uniche direttive, nell'ambito dell'immigrazione, finora approvate abbiano riguardato aspetti patologici della mobilità<sup>78</sup> o abbiano posto in luce un approccio settoriale<sup>79</sup> che è conseguenza della svolta in senso "utilitaristico" dell'atteggiamento europeo verso i migranti.

#### 1.2.4 *Lisbona più Nizza. La parità di trattamento nell'Unione per i lavoratori migranti*

A fronte di quanto detto, non ci si può esimere dall'evidenziare se non una contraddizione, quanto meno una tensione dialettica esistente all'interno del tessuto normativo stesso dei Trattati. Giacché se agli Stati continua a essere riconosciuta posizione principale nelle decisioni circa gli arrivi (ovvero, circa la *regolarità* degli arrivi) e non sembra potersi ancora costruire un quadro giuridico condiviso a livello europeo in tema di diritti degli stranieri *regolari* (secondo alcuni rimanendo la forte dimensione sociale -propria della cittadinanza dell'Unione- chiusa verso chi non possiede questa *membership*<sup>80</sup>), allo stesso tempo non solo l'articolo 19 TFUE legittima la nascita di un diritto anti-discriminatorio dell'Unione, ma soprattutto l'articolo 6 TUE<sup>81</sup> rende vincolante la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione (c.d. Carta di Nizza, siglata il 7 dicembre del 2000).

All'interno della Carta, pur non essendo previsto un autonomo diritto di immigrazione, diverse disposizioni sono espressamente dedicate ai cittadini dei Paesi terzi, la cui condizione giuridica risulta aumentata in termini positivi.

---

<sup>78</sup> Direttiva re-tour o rientro e c.d. direttiva sanzioni: n. 2008/115/CE e n. 2009/52/CE.

<sup>79</sup> Si pensi, a titolo di esempio, alla Direttiva n. 2009/50/CE sui lavoratori altamente qualificati, o alla n. 2014/36/UE sui lavoratori stagionali. Chiaromonte (come pure la studiosa Daniela Gottardi) ha in proposito affermato che "*l'Unione europea sta diventando inclusiva solo per convenienza (ingressi per studio, ricerca, lavoro altamente qualificato) o per necessità (asilo, ricongiungimento familiare)*". W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 37, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 122/2015.

<sup>80</sup> Si ripropone un passaggio dello scritto di L. Calafà, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 541, quando l'autrice cita a sua volta Stefano Giubboni.

<sup>81</sup> In virtù dell'articolo 6 TUE, le disposizioni contenute nella carta di Nizza hanno lo stesso valore giuridico dei Trattati. Quando poi si ragioni dell'evoluzione futura del diritto europeo, va ricordato che il medesimo articolo prospetta l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

All'articolo 15 comma 3 si prevede che gli stranieri autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri abbiano diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione; all'articolo 21 comma 2, poi, il diritto alla parità di trattamento viene ampliato, con il divieto di qualsiasi forma di discriminazione basata sulla cittadinanza.

Ma sono le previsioni contenute agli articoli 45 e 34 comma 2 della Carta quelle suscettibili di accendere maggiore interesse. La seconda di queste concerne "il diritto di accedere a prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali", diritto da riconoscersi "a ogni individuo che risieda e si sposti legalmente all'interno dell'Unione": si ha così che i diritti sociali sono riconosciuti come "*diritti fondamentali dell'ordinamento europeo*"<sup>82</sup>. L'ampiezza di significato dell'articolo 34 comma 2 è spiegata con acutezza da Severino Nappi<sup>83</sup>: "*queste norme rappresentano un evidente atto di autonomia identitaria dell'Unione, fortemente correlato all'evoluzione della democrazia e dei diritti fondamentali, che contribuisce a rafforzare uno spazio comune di interpretazione, fruizione e garanzia dei diritti in Europa e che perciò rappresenta un potente fattore di integrazione, capace di operare non solo nella costruzione di uno status di cittadinanza riservato agli appartenenti agli Stati membri, ma anche come pietra angolare per la costruzione di politiche verso l'esterno*".

Quando perciò l'articolo 34 sia valorizzato in coerenza con la sua forza giuridica di norma fondamentale dell'Unione, si deve riconoscere che il cammino europeo di integrazione ha creato oggi uno spazio sociale comune, che non riguarda soltanto i cittadini UE. L'obiettivo di realizzare un mercato unico, caratterizzato dalle quattro grandi libertà di circolazione (dei lavoratori, di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, dei capitali) ha "*mutato in parte la sua fisionomia, fino al raggiungimento di un buon livello di bilanciamento fra l'originaria razionalità economica e i diritti (...) dei lavoratori come persone*", dei loro familiari, di chi lavoratore non è ancora e di chi non lo è più<sup>84</sup>. Anche colui che è cittadino non dell'Unione, ma di Paese terzo, e risiede e circola regolarmente all'interno dello spazio europeo, porta con sé un bagaglio di diritti sociali che sono

---

<sup>82</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 70.

<sup>83</sup> La posizione di Nappi è citata nell'opera di Chiaromonte (*Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 70).

<sup>84</sup> W. Chiaromonte, *Mobilità intraeuropea e sicurezza sociale*, cit. 126, in *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*.

corredati alla fisiologia della sua presenza e del suo spostamento. O almeno, ciò è quanto viene indicato - valorizzate le norme della Carta di Nizza - nel diritto fondamentale dell'Unione, come ci conferma la costante opera interpretativa ed evolutiva della Corte di Giustizia<sup>85</sup>.

L'altra disposizione di grande importanza cui s'è fatto cenno è l'articolo 45 comma 2<sup>86</sup> della Carta, dove si ha il conferimento della libertà di circolazione ai cittadini dei Paesi terzi regolarmente presenti nell'Unione. Eppure, come sottolineato in dottrina<sup>87</sup> (anche sulla base della lettura in combinato disposto dell'articolo 45 comma 2 con l'art. 15 comma 3 della Carta<sup>88</sup>) la libertà di circolazione in parola non è "assoluta", ma assume i contorni della libertà "autorizzata" ("la libertà di circolazione e soggiorno *può essere accordata (...)*"). Il suo conferimento, comunque, rappresenta concettualmente uno snodo fondamentale, perché consente di immaginare il migrante economico come ospite di uno spazio comune, o meglio: di un mercato del lavoro europeo.

Indubbiamente, quanto detto non vale nella stessa misura per gli stranieri *irregolari*, cui però (in ragione della loro qualità di persone umane e, in seconda battuta, della loro qualità di lavoratori) vanno comunque riconosciuti i diritti inalienabili c.d. "cosmopolitici"<sup>89</sup>, sanciti nel diritto internazionale e all'interno dei diritti costituzionali degli Stati europei.

Proprio rispetto agli irregolari, "il processo di uguagliamento" in tema di diritti inalienabili con i cittadini degli Stati UE (nonché con i cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti) coesiste però con una ferma dimensione "di esclusione", visto il "*rafforzamento delle frontiere esterne dell'Unione*"<sup>90</sup>. Nessuno, d'altronde, nasce "irregolare" e la difficoltà nel realizzare a livello dell'Unione un sistema di ingressi condiviso, oltre che nell'armonizzare le politiche di integrazione rivolte ai migranti

---

<sup>85</sup> W. Chiaromonte, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit. 120, in DLRI (Milano, FrancoAngeli Editore, 2008).

<sup>86</sup> L'articolo 45 comma 2 recita: "La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro".

<sup>87</sup> L. Calafà, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 538.

<sup>88</sup> Il contenuto di questo articolo è stato illustrato sinteticamente *supra*.

<sup>89</sup> S. Benhabib, *Cittadini globali, Cosmopolitismo e democrazia*, cit. 18 (Bologna, il Mulino, 2008).

<sup>90</sup> L. Calafà, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 540. La studiosa fa a sua volta proprie le parole di Stefano Giubboni.

economici, conferma l'idea di una "fortezza Europa"<sup>91</sup> dove l'approccio al tema immigrazione è rimesso alla discrezionalità politica dei singoli Stati.

---

<sup>91</sup> L. Calafà, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit. 537.



## CAPITOLO 2 - L'ACCESSO DEL MIGRANTE COME LAVORATORE SUBORDINATO NEL MERCATO DEL LAVORO ITALIANO

### 2.1 IL LIVELLO GENERALE DI REGOLAZIONE

Prima di affrontare l'oggetto del presente capitolo (la disciplina dell'ingresso in Italia e dell'accesso al mercato del lavoro italiano per lo straniero lavoratore subordinato) è necessaria una precisazione.

Lo studio dello *status* giuridico dello straniero all'interno dell'ordinamento italiano è affare complesso, anche in ragione del percorso evolutivo svolto a riguardo dalla giurisprudenza (specie della Corte Costituzionale)<sup>92</sup>.

Bisogna quindi che una distinzione chiarificatrice sia tracciata<sup>93</sup> a seconda che il cittadino di Paese terzo abbia già, o meno, effettuato il proprio ingresso in Italia. Quando lo abbia effettuato, lo studioso avrà sempre il proprio "Nord" per orientarsi, che consiste nel generale *principio di parità di trattamento*. Esso vale innanzitutto in tema di diritti fondamentali e diritti propri dei lavoratori; poi, qualora l'ingresso sia stato effettuato *regolarmente* e anche il soggiorno nel Paese possieda i crismi della *regolarità*, tale principio vale - almeno in linea tendenziale, salvi *distinguo* e precisazioni del caso - anche in relazione alle ulteriori situazioni giuridiche attive che fanno capo allo straniero.

#### 2.1.1 *Ingresso del lavoratore migrante. Le norme della Costituzione*

Lo straniero, invece, che da un lato vuole entrare in Italia per motivi di lavoro ma dall'altro non l'ha ancora fatto, si trova in una posizione distinta.

---

<sup>92</sup> Fra gli altri, B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non-cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, cit. 19, in (AA.VV.) *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*. (Napoli, Jovene, 2010). Si consenta il riferimento, quale strumento di grande utilità per lo studioso, alla banca dati *open access* curata da ASGI - Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (tale banca dati è consultabile presso l'indirizzo <https://www.asgi.it/giurisprudenza/>).

<sup>93</sup> . Sciarra, W. Chiaromonte, *Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion in Italy*, cit. 124, in *Migrants at Work*.

Ancora non rilevano, infatti, quali punti-cardine del ragionamento giuridico, gli articoli 2 e 3<sup>94</sup> della Costituzione, sulla base proprio dei quali lo *status* del cittadino extra-UE è ricostruito all'insegna del generale principio della *parità* di trattamento -o meglio, del trattamento *equo*. Vengono in gioco, invece, le disposizioni di cui agli articoli 4 e 10 comma 2 della Costituzione con il secondo dei due articoli che, com'è noto, recita: "La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali".

Tale disposizione, contenuta all'art. 10 co. 2, secondo unanime dottrina<sup>95</sup> pone una "riserva di legge relativa e rinforzata, ai sensi della quale la condizione giuridica dello straniero è stabilita dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali"<sup>96</sup>. Ciò risulta di fondamentale importanza soprattutto quando si ricordi che nell'ordinamento internazionale non esiste un autonomo diritto del migrante economico a entrare in Paesi diversi dal proprio.

Bisogna aggiungere inoltre che, se si guarda al nostro diritto costituzionale, non si può in alcun modo sostenere che l'ingresso in Italia (che non formi esercizio del c.d. "diritto d'asilo") sia riconducibile a "quei diritti inviolabili dell'uomo che devono essere riconosciuti in condizioni di uguaglianza ex artt. 2 e 3 Cost., anche a beneficio di coloro che cittadini non sono"<sup>97</sup>.

Svolte tali chiarificazioni, occorre peraltro dire che la disposizione che assume cruciale importanza per potersi cogliere l'impostazione fondamentale del sistema giuridico italiano, nei confronti del lavoratore straniero che voglia fare ingresso nel Paese, ebbene tale disposizione non si trova tanto all'art. 10 co. 2: bensì all'art. 4 della Costituzione. Tale articolo afferma: "La Repubblica riconosce a tutti i *cittadini* il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto".

---

<sup>94</sup> Com'è noto, l'articolo 2 della Costituzione recita: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". L'articolo 3, altrettanto risaputo, afferma: "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".

<sup>95</sup> Fra gli altri: A. Viscomi, *Giuslavoristi ed immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile*, cit. 163 ss, Lavoro e Diritto (Bologna, Il Mulino, 1992).

<sup>96</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 86.

<sup>97</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 88.

Si tratta, certamente, di una norma programmatica, nel senso che il cittadino - invocando l'articolo 4 - non può dirsi titolare di una sorta di diritto soggettivo al posto di lavoro. Piuttosto, la norma *“impegna gli organi dello Stato ad attuare un programma di politica sociale che persegua l'obiettivo di condizioni ottimali di occupazione”*<sup>98</sup>.

La lettera normativa indica “tutti i cittadini” quali destinatari degli sforzi verso le condizioni ottimali di occupazione. È possibile quindi ricavare dall'articolo 4 un principio “di priorità dell'occupazione nazionale” che, però, oggi più non basta: deve essere implementato, in ragione del grado di avanzamento raggiunto dal cammino di integrazione europea. A livello di diritto fondamentale dei Trattati, si hanno gli articoli 20<sup>99</sup> e 45<sup>100</sup> TFUE, la cui lettura permette di affermare (in virtù poi del combinato disposto degli articoli 4 e 11<sup>101</sup> della Costituzione) l'esistenza di un principio rinnovato, definibile “di priorità dell'occupazione europea”<sup>102</sup>. L'istanza protezionistica della manodopera nazionale e comunitaria è dunque da considerarsi interesse prioritario dell'Ordinamento italiano: sono costituzionalmente legittime le *“congrue limitazioni”* stabilite dal legislatore *“agli ingressi per motivi di lavoro nel territorio dello Stato dei non cittadini - giusta la stretta correlazione fra accesso al lavoro ed ingresso nel territorio dello Stato”*<sup>103</sup> da parte dei cittadini dei Paesi terzi.

---

<sup>98</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 293, in *Lavoro e Diritto* (Bologna, Il Mulino, 2003).

<sup>99</sup> L'art. 20 TFUE, al comma 2 lett. a), recita: “I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”.

<sup>100</sup> L'art. 45 TFUE al primo comma afferma: “La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata”. Questa libertà si caratterizza come descritto al comma 2: “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”. Occorre tuttavia osservare -proponendo una formula semplificativa- che il generale principio espresso all'articolo 45 non solo significa “libertà da” (le discriminazioni), ma pure “libertà di”: la libera circolazione dei lavoratori importa il conferimento di determinati diritti, fra cui ad esempio: “Il diritto di rispondere a offerte di lavoro effettive” (comma 3 lett. a)).

<sup>101</sup> Il passaggio normativo dell'art. 11 Cost. che in questa sede più interessa è il seguente: “L'Italia (...) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (...)”.

<sup>102</sup> Ai fini dell'acquisizione di una maggiore consapevolezza circa l'esistente diritto derivato dell'Unione in tema di mercato del lavoro europeo, è particolarmente utile la lettura dello scritto di S. Borelli, *La mobilità dei lavoratori subordinati cittadini dell'Unione europea*, cit. 29 ss., in *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali* (Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2012). L'autrice chiarifica la importantissima distinzione fra *“Active mobility”* e *“Passive mobility”*. Nella seconda sono ricomprese: la mobilità dei lavoratori riferibile all'ambito della libera prestazione di servizi; quella che si svolge per somministrazione transnazionale di lavoro; quella che va ricondotta alla libertà di stabilimento.

<sup>103</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 293.

La giustificabilità delle limitazioni imposte, tuttavia, deve chiaramente superare il vaglio della ragionevolezza: occorre cioè che l'interesse pubblico della protezione della manodopera non sia invocato per spiegare più di quanto non sia in verità giustificabile.

Peraltro, la preferenza accordata alla manodopera, italiana e comunitaria, non è l'unico possibile elemento capace di giustificare le restrizioni all'ingresso degli stranieri.

La Corte Costituzionale ha autorevolmente spiegato che *“la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione”*<sup>104</sup>. La ponderazione cui si riferisce la Consulta spetta in prima battuta al legislatore ordinario, in virtù della (già analizzata) riserva di legge relativa riguardante la condizione giuridica dello straniero.

Il legislatore, a proposito, possiede *“un'ampia discrezionalità, limitata soltanto”* (come affermato *supra*) *“dal vincolo della non manifesta irragionevolezza sotto il profilo della conformità a Costituzione”*<sup>105</sup>. A titolo d'esempio, potrebbe immaginarsi che la possibilità dell'ingresso nel territorio nazionale sia condizionata alla provata conoscenza della lingua italiana da parte del cittadino di Paese terzo. La misura non potrebbe dirsi

---

<sup>104</sup> Si tratta di un passaggio della sentenza n. 62 pronunciata dalla Corte Costituzionale il 10 febbraio del 1994. Tribunale di Bergamo e Tribunale di Roma sollevano questione di legittimità costituzionale avverso una disposizione legislativa concernente il potere del giudice di disporre, su richiesta dell'interessato (o del suo difensore), l'immediata espulsione nello Stato di appartenenza o in quello di provenienza degli stranieri extracomunitari sottoposti a custodia cautelare per determinati delitti ovvero condannati con sentenza passata in giudicato a una pena (anche per la parte residua da espiare) non superiore a tre anni di reclusione. La questione di legittimità è giudicata ammissibile relativamente al parametro costituzionale dell'articolo 3 (principio di uguaglianza), ma la Corte non ne riconosce infine la fondatezza. In prima battuta Essa chiarifica i termini del problema: *“per quanto sia opportuno ribadire ancora una volta che, quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo, quale è nel caso la libertà personale, il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero, va tuttavia precisato che inerisce al controllo di costituzionalità sotto il profilo della disparità di trattamento considerare le posizioni messe a confronto, non già in astratto, bensì in relazione alla concreta fattispecie oggetto della disciplina normativa contestata. E, poiché quest'ultima attiene all'espulsione di una persona dallo Stato italiano, è in relazione all'applicabilità di tale misura che va valutata la comparabilità o meno delle situazioni rispetto alle quali i giudici a quibus sospettano la violazione del principio costituzionale di parità di trattamento”*. La Corte quindi definisce la posizione dello straniero *“del tutto peculiare e non comparabile”* con quella del cittadino. Si nega che esista una incondizionata posizione di libertà per lo straniero in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano, dal momento che egli può "entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo determinato". Non viene perciò in gioco per il caso concreto il principio costituzionale di uguaglianza fra cittadino e straniero, né la previsione legislativa appare arbitraria o palesemente irragionevole, essendo la norma giustificata da interessi pubblici (la tutela dell'ordine pubblico e il miglioramento delle condizioni di vita nelle carceri troppo affollate), oltre che caratterizzata da limiti e cautele.

<sup>105</sup> Sempre la Corte Costituzionale nella sentenza n. 62 del 1994.

manifestamente irragionevole, poiché sarebbe giustificabile sulla base di rilevanti interessi pubblici. La padronanza della lingua, infatti, potrebbe sia considerarsi un presupposto necessario per l'efficace svolgimento di ogni prestazione lavorativa, sia essere ritenuta condizione irrinunciabile perché l'immigrato si integri nella società italiana, pena la sua marginalizzazione sociale e la conseguente minorata capacità pubblica di intervento, sul versante - poniamo - della garanzia della sicurezza collettiva come della promozione delle condizioni di uguaglianza sostanziale.

Continuandosi poi a ragionare per esempi, certamente uno scenario grandemente diverso si verrebbe ad avere quando, allo straniero, fosse negato l'ingresso in Italia a causa della sua confessione religiosa. La previsione in parola dovrebbe dirsi, in linea generale, costituzionalmente illegittima. In primo luogo andrebbe sottolineato che la libertà (religiosa) di coscienza<sup>106</sup> è un diritto umano che va garantito in ogni caso, tutelato dagli articoli 2, 3, 8, 19 e 20 della Costituzione e insuscettibile di subire restrizioni. Secondariamente bisognerebbe osservare che, pure quando fossero indicati -o comunque rinvenuti- valori costituzionali da proteggersi nei confronti dell'*organizzazione* confessionale<sup>107</sup> e della *pratica* religiosa<sup>108</sup>, non solo sarebbe necessario dimostrarne la concreta possibilità di lesione, ma pure dovrebbero tali valori possedere il rango di interessi pubblici di prim'ordine: dovrebbero essere equi-ordinati rispetto al diritto che l'Ordinamento a ciascuno riconosce di praticare la propria religione.

### 2.1.2 *Ingresso del lavoratore migrante. La disciplina di legge*

Finora si è illustrato quale sia il fondamento costituzionale dell'apposizione di limiti all'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato italiano.

Ma quali sono, in concreto, questi limiti e *dove* li si trova descritti?

La risposta impone la presentazione, in questo lavoro, del D. Lgs. n. 286 del 1998, cioè del "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" (c.d. Testo Unico sull'Immigrazione - "TUI"). È qui che

---

<sup>106</sup> L. Musselli e C. B. Ceffa, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale* (Torino, Giappichelli, 2014).

<sup>107</sup> Articolo 8 comma 2 della Costituzione: "Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano".

<sup>108</sup> Articolo 19 della Costituzione: "Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume".

si disciplina l'ingresso del lavoratore straniero; è qui, poi, che si trovano le norme che ne informano la condizione giuridica, sia per quanto concerne il mercato del lavoro italiano sia per quanto riguarda, *tout-court*, la sua permanenza nel Paese.

Il TUI è nato con un'ambizione importante, quella di rispettare la riserva di legge ex art. 10 co. 2 della Costituzione. Esso ha riordinato le disposizioni provenienti da numerosi testi legislativi<sup>109</sup>, in attuazione della delega ex art. 47 co. 1 contenuta nella Legge 6 marzo 1998, n. 40. Il legislatore del TUI ha inteso approntare una disciplina organica, complessa e capace, tuttavia, di non perdere la sistematica coerenza del proprio impianto a fronte di inevitabili futuri interventi normativi. Per queste ragioni, il Testo unico è stato costruito in modo tale da contenere soprattutto le disposizioni di carattere più generale, mentre quelle di dettaglio avrebbero trovato posto nella normativa secondaria – specialmente nel Regolamento di attuazione<sup>110</sup>.

Tornando alla domanda di cui *supra*, circa *quali* siano i limiti imposti agli stranieri per l'ingresso nel Paese, occorre dire che la dottrina, che in modo più convincente ha studiato il TUI, sostiene che detti limiti si articolino su due livelli di intervento regolatorio distinti. L'analisi dei tali due livelli è, a parere di chi scrive, affare soprattutto del giuslavorista, se è vero che le politiche migratorie “*costituiscono una sottocategoria delle politiche del mercato del lavoro*”<sup>111</sup>.

I due livelli di regolazione in parola sono nel seguente modo distinguibili: “*uno (è), per così dire, macro, volto alla determinazione dei programmi e degli interventi sul fenomeno considerato nel suo complesso, ed uno (è), per così dire, micro, che invece delinea le*

---

<sup>109</sup> Ci si riferisce, *in primis*, alle disposizioni della legge delega (Legge n. 40 del 1998); *in secundis*, alle norme in materia di immigrazione contenute: nel Testo unico delle leggi sulla pubblica sicurezza (approvato con Regio decreto n. 773 del 1931) e nelle leggi n. 943 del 1986 e n. 335 del 1995.

<sup>110</sup> Si ritiene che sia andato disatteso l'obiettivo, inizialmente fatto proprio dal Legislatore del TUI, di costruire una disciplina snella e chiara, organica e al contempo capace di accogliere le novità di regolamentazione imposte al Paese dalla mutevolezza del fenomeno migratorio. Addirittura, oggi in dottrina il Testo unico è definito come un vero e proprio “*patchwork di disposizioni, alcune di carattere più generale e molte altre di dettaglio*”, risultato di un'attuazione “per giustapposizione” delle direttive comunitarie mano a mano comparse sui lavoratori stranieri. Paradossalmente, il regolamento di attuazione del TUI è stato modificato soltanto in misura ridotta. Utile per comprendere l'evoluzione dell'impianto normativo del Testo unico è la lettura de M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 1, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2017).

<sup>111</sup> M. Ferrero e F. Perocco *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 38, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010).

*procedure di ingresso e la disciplina del soggiorno e del lavoro del singolo cittadino extracomunitario*”<sup>112</sup>.

Dunque, si ha che da una parte sono stabiliti dei limiti di carattere generale per rendere ordinato il *macro*-fenomeno dell’afflusso di stranieri, dall’altra ci sono delle procedure per l’ingresso in Italia del singolo migrante che di tali limiti rappresentano uno sviluppo coerente nella dimensione *micro*.

#### 2.1.2.1 *Il documento programmatico triennale*

L’analisi delle norme di legge del livello *macro* comincia con l’articolo 3 comma 1 TUI, dove è individuato come strumento-chiave il *documento programmatico triennale relativo alla politica dell’immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato*.

Tale documento “dovrebbe” scandire la realizzazione di progettualità politiche di medio periodo: “dovrebbe” perché l’ultima approvazione del documento programmatico triennale risale al 2004.

La previsione dell’art. 3 TUI rimane quindi da molti anni inapplicata, tanto che “*si è autorevolmente sostenuto che i governi abbiano rinunciato a governare la migrazione*”<sup>113</sup>. Per aversi la realizzazione del documento, la norma di legge richiede che il testo sia predisposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri “sentiti i Ministri interessati, il Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, la Conferenza Stato-città e autonomie locali, gli enti e le associazioni nazionali maggiormente attivi nell’assistenza e nell’integrazione degli immigrati e le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale”. Il documento contiene “le azioni e gli interventi” che lo Stato italiano intende svolgere in materia di immigrazione, tra cui gli accordi con i Paesi d’origine (art. 3 comma 2), nonché “misure di carattere economico e sociale nei confronti degli stranieri soggiornanti nel territorio dello Stato”.

Al comma terzo, che è il vero cuore dell’articolo 3 TUI, si prevede poi che siano definiti non solo gli interventi pubblici volti a favorire la coesione sociale e dedicati

---

<sup>112</sup> N. Castelli, *Politiche dell’immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 297

<sup>113</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 148. L’autore fa a sua volta proprie le parole di M. Livi Bacci, *Cronache di due fallimenti. L’Europa, l’Italia e le politiche migratorie*.

all'integrazione dei non cittadini<sup>114</sup>, ma soprattutto “i criteri generali per la definizione dei flussi d'ingresso nel territorio dello Stato”. Tali criteri generali dovrebbero essere costruiti sulla base di un attento monitoraggio delle esigenze del mercato del lavoro<sup>115</sup> italiano, ossia in base alle variegate domande di manodopera esistenti nei differenti settori dell'economia. Risulta perciò evidentissima (almeno nelle intenzioni del legislatore) la forte funzionalizzazione del governo delle migrazioni rispetto alle carenze italiane di forza-lavoro, a conferma dell'approccio *utilitaristico* al tema dei lavoratori migranti (descritto *supra* con riguardo all'Europa, ma condiviso anche dall'Italia).

Il documento programmatico, una volta che è stato approvato dal Governo, deve essere trasmesso al Parlamento, dove le competenti commissioni parlamentari esprimono il proprio parere nel termine di trenta giorni. Il documento è infine emanato con decreto del Presidente della Repubblica.

Occorre osservare che la legge n. 189 del 2002 (c.d. Bossi-Fini), che ha rappresentato il maggiore intervento riformatore avutosi sul TUI fino ad oggi (seppure l'impianto generale del testo sia rimasto quello originale<sup>116</sup>), ha consentito la realizzazione anche infra-triennale dei documenti programmatici. S'è inteso così renderli più flessibili, adattabili alle mutevoli esigenze economico-produttive del Paese e alla sempre diversa consistenza dei flussi migratori. Tale nuova possibilità è stata però ampiamente disattesa, poiché (come affermato *supra*) da tempo non è emanato il documento programmatico neppure in occasione del decorso del termine “normale” dei tre anni.

---

<sup>114</sup> Il secondo periodo del comma terzo recita: (il documento) “delinea gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico, e prevede ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine”.

<sup>115</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 6.

<sup>116</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 299. L'autrice afferma che la Bossi-Fini ha inteso “integrare e correggere” il TUI, la cui struttura fondamentale invero non è cambiata dalla promulgazione nel 1998. Tuttavia, il generale “inasprimento dell'impianto repressivo e sanzionatorio”, il forte ancoraggio della regolarità della posizione del migrante allo svolgimento di attività lavorativa “sicura e lecita”, l'aggravamento della “macchinosità” delle procedure burocratiche dettate per l'ingresso nel territorio, oltre che l'imposizione di sempre maggiori oneri nei confronti dello straniero perché la sua posizione acquisisca via via maggiore stabilità: sono tutti elementi che hanno fatto sostenere, in dottrina, la tesi dell'avvenuto superamento con la Bossi-Fini della logica c.d. del doppio binario, utilizzata invece dal legislatore del 1998. Occorre precisare, che con logica “del doppio binario” s'intende definire un atteggiamento normativo, caratterizzato sia dall'esigenza di realizzare regole restrittive rispetto alla piena apertura verso i lavoratori migranti, sia dall'attenzione per le tematiche dell'integrazione e della garanzia dei diritti.

### 2.1.2.2 *Il decreto-flussi*

“Sulla base dei criteri generali indicati dal documento programmatico triennale, ed al fine di programmare la consistenza numerica e la composizione dei flussi migratori diretti verso l’Italia”<sup>117</sup>, è prevista l’emanazione annuale di un ulteriore decreto del Presidente del Consiglio (art. 3 comma 4) usualmente definito *decreto-flussi*.

Si tratta di uno strumento di grande importanza pratica perché concretamente vi si trovano i “numeri”: le quote massime di stranieri da ammettere in Italia per motivi di lavoro. È rispettandole che è possibile ottenere il rilascio dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato (anche stagionale o a termine) e lavoro autonomo. Le quote debbono servire a soddisfare le esigenze di forza-lavoro non comunitaria presenti all’interno di tutto il mercato del lavoro italiano. Invero il legislatore della Bossi-Fini, modificando l’articolo 21 del TUI<sup>118</sup>, ha inteso dare rilievo alle differenze *territoriali*, in fatto di bisogno (e sostenibilità) dell’afflusso di lavoratori migranti. A tal proposito, in primo luogo al comma 4-bis si prevede che: “Il decreto annuale ed i decreti infra-annuali devono altresì essere predisposti in base ai dati sulla effettiva richiesta di lavoro suddivisi per regioni e per bacini provinciali di utenza, elaborati dall’anagrafe informatizzata, istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali”; in secondo luogo, al comma 4-ter è creato spazio per un maggiore coinvolgimento delle istituzioni regionali (“in conseguenza del nuovo riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni derivante dalla riforma del Titolo V della Costituzione attuata nel 2001”<sup>119</sup>). Va detto peraltro che, nonostante tali nuove modifiche normative (rimaste in larga parte inattuata) “il sistema di programmazione dei flussi resta organizzato sulla base di un modello prevalentemente centralizzato (...), in distonia rispetto ai significativi compiti attribuiti dal TUI nell’ambito delle politiche e degli interventi sociali da destinare agli immigrati”<sup>120</sup> a Regioni ed enti territoriali.

Venendo ad analizzare nel dettaglio quello che è il contenuto dei decreti-flussi, va ribadito che è nei limiti fissati dalle quote ivi stabilite che si trova lo spazio per l’accesso regolare

---

<sup>117</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 7.

<sup>118</sup> L’articolo 21 TUI è per l’appunto rubricato: “Determinazione dei flussi d’ingresso”.

<sup>119</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 151.

<sup>120</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 151.

nel nostro Paese. Le quote si riferiscono non soltanto all'ingresso per motivi di lavoro, ma pure all'ingresso per *ricongiungimento familiare* e a quello giustificato dalla concessione di *misure di protezione temporanea*.

Fra l'altro, se è possibile svolgersi distinzioni sulla base delle *ragioni* dell'ingresso, anche sotto altri aspetti i migranti non rappresentano una platea uniforme. Esistono dei criteri in virtù dei quali è accordata priorità a certi stranieri, criteri che non sono collegati al lavoro da questi svolto<sup>121</sup>. All'art. 21 co. 1 TUI si prevede che: “con tali decreti (*i decreti-flussi*) sono altresì assegnate in via preferenziale *quote riservate* ai lavoratori di origine italiana per parte di almeno uno dei genitori fino al terzo grado in linea retta di ascendenza, residenti in Paesi non comunitari, che chiedano di essere inseriti in un apposito elenco, costituito presso le rappresentanze diplomatiche o consolari, contenente le qualifiche professionali dei lavoratori stessi (...)”. È così introdotto dalla Bossi-Fini un “*automatismo di carattere nazional-parentale*”, sulla cui *ratio* è stato sollevato più di un dubbio<sup>122</sup>.

Sempre il comma 1 dispone che *quote riservate* “siano assegnate in via preferenziale agli 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 finalizzati alla regolamentazione dei flussi d'ingresso e delle procedure di riammissione”<sup>123</sup>. Si ritiene che, in alcuni anni, tale “*riserva geografica*” abbia assorbito percentuali rilevanti nel numero totale degli ingressi consentiti<sup>124</sup>. Eppure, più di recente, i dati disponibili danno il segno di una contrazione di questa tipologia d'ingressi: contrazione che sarebbe dovuta a una vera e propria “*paralisi*”<sup>125</sup> degli accordi bilaterali in materia.

---

<sup>121</sup> *Infra* saranno svolte specificazioni ulteriori, soprattutto per quanto concerne i lavoratori altamente qualificati e i lavoratori stagionali.

<sup>122</sup> Lo studioso Maurizio Bettini ha proposto un intervento salace e incalzante circa l'ambiguità interpretativa della disposizione esaminata -oltre che circa le quantomeno originali implicazioni antropologiche che se ne potrebbero trarre. Si consiglia perciò la lettura de: M. Bettini, *Italiani veri, presunti e per metà. Riflessioni antropologiche sulla “Bossi-Fini”* (“il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica” 5/2002).

<sup>123</sup> È opportuno anticipare fin d'ora che all'ultimo periodo del comma 1 (articolo 21 TUI) si specifica che: “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”.

<sup>124</sup> Nel 2011, ad esempio, gli accessi avvenuti nella cornice di queste quote riservate hanno toccato la soglia del 50% degli ingressi regolari di stranieri in Italia.

<sup>125</sup> F. Pastore, *Zombie policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, cit. 595, in “il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica” 4/2016.

Occorre dire, d'altronde, che l'utilizzo stesso delle c.d. "quote paese" (a prescindere dalla loro effettiva rilevanza) non è a livello sistematico esente da critiche: *"restano ignoti i criteri mediante i quali vengono assegnate le "quote paese", (...) Inoltre le quote vengono interpretate rigidamente, nel senso che gli immigrati da uno dei paesi intestatari di una quota, non la possono "eccedere" (tale quota, infatti, è interpretata come "limite massimo") andando ad incidere sulla quota residuale. Queste rigidità delle "quote paese" (...) tolgono ulteriore flessibilità al sistema"*<sup>126</sup>.

Se la "riserva geografica" (seppure coi limiti e le contraddizioni descritti) in teoria consente al lavoratore migrante - cittadino di un determinato Paese terzo - di occupare una posizione privilegiata per l'accesso in Italia, al contrario si "prevedono restrizioni numeriche all'ingresso di lavoratori di Stati che non collaborano adeguatamente nel contrasto all'immigrazione clandestina o nella riammissione di propri cittadini destinatari di provvedimenti di rimpatrio" (art. 21 co. 1 TUI). Si tratta di una norma grandemente controversa, giacché *"non sembra condivisibile la scelta di far ricadere sui singoli lavoratori stranieri la responsabilità e le conseguenze dell'inefficienza, volontaria o meno, delle misure adottate nel contrasto dell'immigrazione clandestina dagli Stati di cui sono cittadini. Tale opzione si pone in radicale contrasto con lo spirito e con i principi della Costituzione che, con gli artt. 2 e 3, ha inteso considerare gli individui non come estrinsecazione della sovranità degli Stati ma come persone"*<sup>127</sup>.

Alla luce di quanto considerato finora (s'è detto sia di quote "riservate" sia di misure di sfavore per i lavoratori migranti che provengono da certi Paesi terzi) è dunque possibile constatare come gli stranieri che intendano fare accesso in Italia non rappresentino in alcun modo una platea omogenea.

In verità, per potersi abbracciare ogni possibile variazione contenutistica del decreto-flussi, o meglio ancora, per potersi apprezzare più compiutamente i diversi gradi di apertura che il nostro sistema a seconda dei casi mostra verso chi vuole venire in Italia, sarebbe necessario, pure, fare riferimento ai quei criteri di differenziazione della manodopera in entrata che sono utilizzati dallo stesso legislatore e che fanno perno sulla caratterizzazione lavorativa dello straniero. Soltanto a titolo esemplificativo – rimandando l'analisi delle relative norme ai capitoli *infra* – può accennarsi alla specifica

---

<sup>126</sup> M. Livi Bacci, *Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati* (consultabile su <http://www.pietroichino.it>, 2011).

<sup>127</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 301.

disciplina dedicata ai lavoratori stagionali migranti; oppure, può essere evidenziato il rilievo anche sistematico che è assunto dalle previsioni contenute agli articoli 27 e ss. TUI: tali previsioni hanno tutte in comune di rivolgersi a lavoratori stranieri collocati “al di fuori del sistema delle quote”, ossia ai lavoratori cui non si applicano le previsioni limitative del decreto-flussi.

Comunque, a parte quanto prescritto agli articoli 27 e seguenti, si ha che il sistema di quote ex art. 3 TUI si applica alla grande maggioranza di coloro che entrano in Italia per motivi di lavoro (oltre che per motivi di ricongiungimento familiare e per concessione di misure di protezione temporanea). Vista l'importanza del decreto-flussi, il procedimento attraverso il quale si arriva alla sua formazione è complesso.

In primo luogo è sentito il *Comitato per il coordinamento e il monitoraggio*<sup>128</sup> (introdotto nel 2002), quindi la Conferenza unificata e pure le competenti Commissioni parlamentari. È fissato il 30 novembre - dell'anno precedente a quello di riferimento - quale termine per l'emanazione del decreto anche se, similmente a quanto visto per il documento programmatico, è stata introdotta la possibilità dell'emanazione a intervalli più brevi (in questo caso, intervalli infra-annuali), qualora il Presidente del Consiglio “ne ravvisi l'opportunità”.

L'ultimo periodo però dell'art. 3 co. 4 TUI (in tema di decreto-flussi) così come riformulato dalla Bossi-Fini ha suscitato diverse perplessità in dottrina<sup>129</sup>.

Si prevede, infatti, all'art. 3 co. 4 TUI ultimo periodo la facoltà (non l'obbligo) per il Presidente del Consiglio, quando il “decreto-flussi” non sia pubblicato, di provvedere in via transitoria tramite proprio decreto alla definizione dei “numeri” degli ingressi (fermo però il rispetto dei numeri fissati con le quote del decreto-flussi dell'anno precedente).

La soluzione appena descritta è preferita a quella che era contenuta nel testo precedente alla riforma del 2002, dove si trovava solo disposta l'ultrattività di quanto previsto nell'ultimo decreto-flussi emanato. Si conferisce quindi, nell'ambito della

---

<sup>128</sup> In *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, cit. 22 (articolo pubblicato sulla rivista *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2002)), lo studioso Marco Paggi dubita dell'effettiva utilità del nuovo *Comitato*, ritenendolo frutto di una sterile superfetazione. Egli scrive: “*Ben poco significativa appare l'introduzione di un Comitato per il coordinamento e il monitoraggio delle disposizioni in materia. Di fatto, si tratta della manifestazione di una forma di “attenzione” che di per sé non necessitava di una modifica legislativa, rappresentata da una forma organizzativa che si sovrappone evidentemente (quanto inutilmente) alle competenze e ai poteri d'impulso propri del Governo e dei suoi ministeri*”. Paggi, inoltre, ritiene che “*le forme di consultazione delle rilevazioni del Ministero del Lavoro*” (previste al comma 4 bis dell'articolo 21 e di cui s'è detto *supra*) svolgano “*analoga funzione ornamentale*”.

<sup>129</sup> Fra gli altri, tali riserve sono state avanzate da N. Castelli, W. Chiaromonte e M. Paggi.

quantificazione degli ingressi, potenziale grandissima discrezionalità al Governo: in teoria, il Presidente del Consiglio non emanando alcun proprio decreto potrebbe decidere di bloccare del tutto i flussi migratori in entrata.

Bisogna fra l'altro notare che, attraverso la previsione ex art. 3 comma 4 TUI, di fatto è come se fosse stata resa facoltativa l'emanazione dei decreti flussi annuali<sup>130</sup>: per tale ragione, e ovviamente per il fatto che in tema di numeri degli ingressi semplicemente potrebbe provvedere il Presidente del Consiglio, senza il rispetto delle tante formalità procedurali previste invece per l'emanazione del decreto-flussi, l'ultimo periodo dell'art. 3 co. 4 TUI potrebbe ben formare oggetto di attenzione circa la sua legittimità costituzionale, per contrasto con la riserva di legge relativa contenuta all'art. 10 co. 2 della Costituzione<sup>131</sup>.

Nonostante tali profili problematici, la centralità del decreto flussi ad oggi risulta sempre più netta se si pensa che, poiché è da molto tempo che manca un nuovo *documento programmatico triennale*, il decreto-flussi (che invece, anno dopo anno, è comunque stato emanato) sembra essere assunto a unico strumento normativo di regolazione della fisiologia del flusso migratorio. Ciò è avvenuto sebbene il decreto flussi sia uno strumento che si sta mostrando profondamente inadeguato<sup>132</sup>. La mancanza di qualsivoglia progettualità di medio termine, in ordine al governo degli ingressi regolari, rende gli estensori del decreto-flussi “miopi”, incapaci di correlare il dato numerico degli ingressi consentiti alle esigenze espresse dal sistema produttivo.

Dandosi quindi una valutazione circa l'atteggiamento dei Governi che si sono avvicinati dal 2002 ad oggi, bisogna dire che tale atteggiamento è stato per la maggior parte molto “prudente”, ispirato da *esigenze politiche di contenimento del fenomeno*<sup>133</sup> migratorio. Riguardo i primi anni del 2000 (quando peraltro vengono pure emanati dei documenti programmatici), usando un'immagine potente Sergio Bontempelli spiega che attorno ai decreti annuali si forma una lunga *fila di questuanti*. Si tratta di coloro che cercano di

---

<sup>130</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 147.

<sup>131</sup> In tal senso si esprime anche N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 299.

<sup>132</sup> Questa posizione critica è condivisa, fra gli altri, da S. Sciarra, W. Chiaromonte, L. Calafà, M. Livi Bacci, S. Bontempelli, A. Tursi, M. Ferrero, F. Perocco, Maurizio Ambrosini (sociologo e accademico presso l'Università degli Studi di Milano) e Alberto Guariso (avvocato, responsabile del servizio anti-discriminazione di ASGI).

<sup>133</sup> S. Bontempelli, *Il governo dell'immigrazione in Italia: il caso del “decreto-flussi”*, cit. 131, in P. Consorti, *Tutela dei diritti dei migranti* (Pisa, Plus, 2009).

presentare le domande, per l'ingresso degli stranieri in Italia, prima che il numero delle istanze raggiunga quello stabilito dalle quote annuali<sup>134</sup>. Mancando ogni altro canale per l'ingresso regolare e senza che siano previste modalità "normali" di regolarizzazione<sup>135</sup>, Bontempelli sottolinea che il numero di domande è altissimo e le quote, fortemente inadeguate, si esauriscono nel giro di pochi giorni, perfino in poche ore o in pochi minuti<sup>136</sup>. Diventa cruciale acquisire un "posto in prima fila", conoscendo in anticipo quando il decreto sarà emanato<sup>137</sup>.

L'inadeguatezza dei contenuti dei decreti-flussi di quegli anni può essere paradigmaticamente raccontata attraverso le vicende del 2006, quando il Governo compie una scelta apparentemente forte, dando l'autorizzazione per 170.000 nuovi ingressi: un numero considerevolissimo. Ebbene, soltanto nel primo giorno disponibile sono presentate mezzo milione di domande<sup>138</sup>. Le quote, negli anni zero del 2000, sono dunque ben inferiori rispetto alle esigenze di regolarità e di accesso degli stranieri al mercato del lavoro italiano. Tuttavia, si può dire che in quegli anni sia perdurata una (piccola) attenzione all'ingresso per lavoro subordinato *privo di ulteriore caratterizzazione*: vale a dire il lavoro subordinato "in generale", non necessariamente stagionale, ad esempio, o riconducibile a determinate figure professionali, come nel caso di badanti e collaboratrici domestiche.

Con la fine del primo decennio del 2000, però, le scelte di fondo nei decreti-flussi cambiano: dalla stessa cronaca giornalistica è possibile comprendere che cosa sia accaduto: "il decreto flussi, come strumento, ha conosciuto un continuo declino. Nel 2007 e nel 2008 (47.100 e 150.000 posti) era ancora mirato per il lavoro subordinato. Nel 2009 cambia: 80 mila posti solo per gli stagionali, appena 44 mila le domande. L'anno

---

<sup>134</sup> Si vedrà *infra* come queste domande siano presentate dai datori di lavoro (nel caso degli ingressi motivati da ragioni di lavoro).

<sup>135</sup> Un discorso a sé stante meritano gli interventi di sanatoria: essi, benché abbiano il carattere della straordinarietà, sostanzialmente sono riproposti periodicamente, tanto che in dottrina si parla di sistematico intervento *ex post* per la risoluzione delle questioni problematiche non gestite *ex ante* (in 25 anni si sono avuti ben otto interventi di sanatoria). A tal proposito, *infra* si avrà occasione di studiare i commenti di A. Bollani e S. Spataro, contenuti nello scritto "Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie" (in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005)).

<sup>136</sup> S. Bontempelli, *Il governo dell'immigrazione in Italia: il caso del "decreto-flussi"*, cit. 133, in *Tutela dei diritti dei migranti*.

<sup>137</sup> S. Bontempelli, *Il governo dell'immigrazione in Italia: il caso del "decreto-flussi"*, cit. 133, in *Tutela dei diritti dei migranti*.

<sup>138</sup> Giornalisticamente, si ricorda che dopo la c.d. "lunga notte dei flussi", l'allora Governo Prodi offre una soluzione di fronte al formidabile scenario delineatosi, emanando un nuovo decreto. In questo modo, si finisce per dare a quasi tutte le domande presentate.

successivo il Viminale mette a disposizione 98 mila posti per lavoro domestico. Risultato: quasi 400 mila domande presentate, spesso anche da operai che si fingevano colf. Nel 2012 i posti sono 35 mila, di nuovo per gli stagionali e arrivano 60 mila richieste. Nel 2013 sono disponibili appena 17.850 posti - ma il grosso è per le conversioni - scelta rinnovata nel 2014. Nel 2015 si punta di nuovo sugli stagionali: 13 mila posti, più 1500 per chi sia già stato in Italia con permesso stagionale almeno due volte<sup>139</sup>. “Nel 2016 è stato rilasciato appena un permesso di soggiorno su tre di quelli messi a disposizione(...)”, mentre nel 2017 “ci sono oltre 30 mila posti disponibili, più di 44 mila domande presentate e meno di 12 mila permessi di soggiorno rilasciati”<sup>140</sup>.

Il decreto-flussi, con il quale pur dovrebbe essere definita la cornice dell’ingresso per motivi di lavoro in Italia, è apparso allora ulteriormente uno strumento di “chiusura”, e ciò specie nei confronti dei migranti che non intendessero svolgere attività di lavoro subordinato *stagionale*<sup>141</sup> o comunque mestieri specifici come quello di collaboratori domestici.

Essendo di molto ridotte le possibilità dell’accesso legale, si può sostenere si sia arrivati a un risultato non auspicabile, cioè che all’arretramento del Governo nella gestione del fenomeno sia corrisposto un pari avanzamento del campo dell’irregolarità (dove il lavoratore straniero, fra l’altro, è particolarmente vulnerabile<sup>142</sup>). S’intende dire che la previsione governativa, volta a ridurre l’apporto di manodopera stabile proveniente dall’estero, non comporta naturalmente un calo degli arrivi. Non tanto il

---

<sup>139</sup> F. de Ponte e R. Zanotti, *Decreto flussi, ecco i dati del flop. Permesso solo a un richiedente su tre* (pubblicato il 19/07/2017 e consultabile su <http://www.lastampa.it/>).

<sup>140</sup> Ancora i due bravi autori de “La Stampa” che non a caso, in commento ai dati del 2017, chiosano: “L’unico strumento alternativo ai barconi, il decreto flussi, è un rubinetto chiuso che dispensa con il contagocce qualche posto di lavoro stagionale”.

<sup>141</sup> Circa l’opzione politica sfavorevole al lavoro subordinato *ex se*, è fondamentale prendere in considerazione le parole (seppure riferite allo spirito della Bossi-Fini in generale) usate da A. Tursi in *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 8 (WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 14/2004). L’autore acutamente argomenta: “il generale disegno” (della legge n.189 del 2002) è “*implicitamente (e apparentemente) fondato sulla duplice premessa che il processo migratorio in corso verso i Paesi europei, e mediterranei in particolare, sia dettato dalle condizioni demografiche, economiche e politiche dei paesi di esodo, più che dalla domanda di lavoro dei paesi di arrivo; e che esso produca effetti di spiazzamento del mercato del lavoro domestico, con conseguente caduta dell’occupazione degli autoctoni e forme di flessione verso il basso dei salari e/o di incremento delle forme di occupazione irregolare. Il disegno che scaturisce da queste (implicite) basi teoriche, si articola poi nei seguenti passaggi: a) il governo attivo dell’incontro tra domanda e offerta di lavoro straniero comporta (anche, se non soprattutto) un’azione di contrasto delle dinamiche spontanee sottostanti al fenomeno migratorio; b) è, conseguentemente, necessario perseguire esplicitamente un obiettivo di riduzione degli accessi che comportino prospettive di stabilizzazione sul territorio nazionale (...)*”.

<sup>142</sup> Tale affermazione verrà argomentata diffusamente nei prossimi paragrafi.

contingentamento, quanto l'intervento sul quadro multi-fattoriale sottostante alle migrazioni economiche può davvero servire a ridurre l'afflusso di forza-lavoro straniera (quando, occorre notare, si desideri davvero perseguire tale risultato<sup>143</sup>). Se i "fattori di spinta" alla migrazione economica non sono toccati, la limitazione del numero degli ingressi legali non comporta una riduzione complessiva degli ingressi *tout court* ma, fermo il loro numero, un aumento relativo degli irregolari.

Rispetto a tale situazione, peraltro, è di profondo interesse una riflessione di Massimo Livi Bacci, il quale scrive: *"il decreto-flussi è di fatto svuotato della sua funzione di regolare gli ingressi. È oramai lo strumento mediante il quale viene di fatto operata una "sanatoria" occulta delle posizioni di immigrati già presenti in Italia, per lo più entrati regolarmente con visto turistico ma poi impiegati al nero. Possiamo dire che i decreti flussi sono diventati di fatto una "sanatoria" a rateizzazione annuale, mediante la quale viene sgonfiata la "bolla della irregolarità" alimentata (tra l'altro) da una impervia normativa dell'ingresso legale"*<sup>144</sup>. Le parole di Livi Bacci non sono isolate: fra gli altri, anche Chiaromonte, Ferrero e Perocco ritengono che la funzione originaria del decreto-flussi abbia subito come un radicale "capovolgimento": le quote servono a "sanare" *ex post* ciò che non sono valse a controllare *ex ante*.

### 2.1.2.3 *Il decreto flussi: una critica "radicale"*

Da più parti, invero, si afferma che la distorsione, il "capovolgimento" in parola non dipenda dalle scelte discrezionali del Governo in relazione ai numeri delle autorizzazioni. È invece portata avanti una critica più radicale: è criticato il principio stesso su cui soprattutto si regge la regolarità dell'ingresso nel Paese del lavoratore cittadino non UE (e poi la regolarità della sua permanenza). Si sta facendo riferimento al principio della necessaria (previa) titolarità di un contratto di lavoro.

Secondo la critica "radicale" in questione, il decreto-flussi non potrebbe che rappresentare un fallimento rinnovato di anno in anno, perché il sistema delle quote presuppone che l'incontro fra domanda e offerta di lavoro, nel caso dei lavoratori stranieri, si abbia quando questi si trovano ancora all'estero. Eppure, tale scelta su cui si regge il sistema delle quote (scelta che, come si vedrà, risale all'intervento riformatore del legislatore della

---

<sup>143</sup> M. Livi Bacci, *Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati*.

<sup>144</sup> M. Livi Bacci, *Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati*.

Bossi-Fini) si pone in radicale contrasto con una verità che è propria del mercato del lavoro: l'incontro fra domanda e offerta "immigrata" di lavoro, se si tiene conto che gli stranieri svolgono, nella grandissima maggioranza dei casi, mansioni scarsamente specializzate, è un incontro diretto, che avviene "sul campo"<sup>145</sup>. Non bisognerebbe sorprendersi dunque se, data la difficoltà di un contatto transnazionale fra datore e prestatore straniero quando la domanda di lavoro riguardi mansioni scarsamente specializzate, i migranti violino o eludano<sup>146</sup> le norme di legge, entrando irregolarmente in Italia o irregolarmente trattenendosi alla ricerca di un impiego<sup>147</sup>. Soltanto comportandosi così, infatti, essi sono in grado di trovare un'occupazione, spesso fra quelle che solo loro si rendono disponibili a svolgere<sup>148</sup>.

Le quote vengono dunque in gioco nella misura in cui il datore di lavoro, avanzando la propria richiesta per "fare arrivare" dall'estero un dipendente, si adopera per

---

<sup>145</sup> (Fra le numerose voci cui prestare attenzione) V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 374.

<sup>146</sup> Può ben darsi che si abbia, da parte dei migranti, un rispetto solo formale delle norme di legge, le quali risultano però contraddette nella loro stessa ragion d'essere. Ciò accade, ad esempio, quando vengono pagati dei datori di lavoro fittizi, perché risulti fra loro e i prestatori stranieri un accordo, in verità inesistente, per la instaurazione di un rapporto di lavoro in Italia. In tali casi, può addirittura aversi che l'ingresso del prestatore straniero rientri fra quelli consentiti dal sistema delle quote. L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 6 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

L'intermediazione fra datore di lavoro fittizio e migrante, tra l'altro, molto spesso è svolta da organizzazioni criminali, più o meno strutturate. Di solito esse impongono, per i propri servizi, costi elevatissimi, tanto che il migrante quando giunge in Italia si trova gravissimamente indebitato con le organizzazioni in parola. È facile immaginare come tale grave indebitamento ponga il migrante in una condizione di fortissima ricattabilità. In dottrina, non sono poche le voci che si levano per denunciare la diffusa realizzazione di moderne "schiavitù per debiti" (fenomeno odioso che peraltro assume oggi - in Italia come, *mutatis mutandis*, in tutto il mondo - dimensioni formidabili). M. Roccella, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, cit. 424, in "Ragion pratica, Rivista semestrale" 2/2010.

<sup>147</sup> Autorevolmente, è stato Armando Tursi fra i primi a mettere in guardia rispetto alle disfunzioni derivanti "dall'indistinzione (e dunque il mancato coordinamento) tra le politiche restrittive dell'immigrazione, e le politiche del lavoro degli stranieri (in particolare, quelle dell'accesso al mercato del lavoro)". Tale "indistinzione" pare essere tratto caratteristico del TUI dopo l'intervento modificativo del 2002. Lo studioso milanese scrive: "Inefficaci sono, infatti, le politiche restrittive dei flussi migratori, ove non tengano conto della necessità di realizzare sistemi funzionanti di incontro tra domanda e offerta di lavoro immigrato, con la conseguente alimentazione del fenomeno dell'immigrazione clandestina e del lavoro straniero illegale; e inadeguate sono le politiche del lavoro degli stranieri, ove vengano asservite esclusivamente o prevalentemente a obiettivi di ordine pubblico, anziché a obiettivi di corretto funzionamento del mercato del lavoro". A. Tursi in *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 4 (WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 14/2004). La posizione di Tursi è condivisa da Michele Tiraboschi in *Extracomunitari e lavoro "atipico"*, cit. 507, in DRI n. 4/2001 (Milano, Giuffrè).

<sup>148</sup> L'allusione è ai c.d. *3Ds Jobs*, cioè i lavori definiti come *demanding, dirty and dangerous*.

regolarizzarne la posizione nei confronti dello Stato. Il dipendente, però, solitamente è stato incontrato proprio in Italia, magari da “irregolare”<sup>149</sup>.

## 2.2 LA PROCEDURA DEDICATA AL SINGOLO MIGRANTE

### 2.2.1 Una procedura a “struttura binaria”

In precedenza s’è affermato che, accanto al livello generale (“macro”) del governo dei flussi di cittadini di Paesi terzi verso l’Italia, esiste un ulteriore livello di disciplina, che è stato definito “micro”. Esso si compone delle regole procedurali che permettono l’accesso nel mercato del lavoro italiano al singolo lavoratore. Sono scanditi i tempi, le condizioni e le formalità dell’accesso. Si tratta di una “procedura autorizzatoria tipica” che in verità ha “struttura binaria”<sup>150</sup>: le regole dell’accesso al mercato del lavoro s’intrecciano all’*iter* per l’ottenimento del permesso di soggiorno. D’ora innanzi, quando necessario, sarà allora fatto riferimento ai titoli che legittimano il soggiorno in Italia del lavoratore (il permesso unico di soggiorno e lavoro, il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, la “Carta Blu UE”...), ma si sceglie di non dedicare a questi provvedimenti autorizzatori una trattazione organica; invece, puntualmente, ne saranno illustrati significato e caratteristiche, quando lo richieda l’analisi della disciplina rivolta allo straniero nella sua qualità di *lavoratore*.

Il migrante che intende venire in Italia, d’altronde, è sia persona aspirante al lavoro, sia cittadino straniero la cui presenza sul territorio nazionale va legittimata: una “*duplice condizione – giuridica e sociale – dello straniero*”<sup>151</sup> che impone attenzione interdisciplinare<sup>152</sup> (le norme riguardanti il soggiorno in Italia hanno carattere peculiare,

---

<sup>149</sup> W. Chiaromonte, *Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion in Italy; The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36 Towards a Human Rights-Based Approach?* cit. 10.

<sup>150</sup> N. Castelli, *Politiche dell’immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 305. L’autrice a sua volta fa proprie le parole di Antonio Viscomi.

<sup>151</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 152. Lo studioso utilizza una convincentissima espressione di Riccardo Del Punta.

<sup>152</sup> A tal proposito, nel Capitolo 0 è stato dedicato più di uno sforzo di chiarificazione, circa l’approccio interdisciplinare mantenuto per il presente lavoro.

marcatamente pubblicistico). Verrà dovutamente preso in mano quel connubio<sup>153</sup> in virtù del quale “*lo straniero entra e può permanere in Italia se e in quanto lavoratore*”<sup>154</sup>: la forte correlazione fra permanenza in Italia ed espletamento dell’attività lavorativa sarà evidenziata passo per passo.

### 2.2.2 *Lo Sportello Unico per l’Immigrazione*

Ai fini dello studio della “procedura tipica” che autorizza al lavoro, occorre premettere che l’articolo 22 TUI<sup>155</sup>, al primo comma, istituisce lo Sportello Unico per l’Immigrazione, “*responsabile dell’intero procedimento relativo all’assunzione dei lavoratori subordinati stranieri a tempo determinato e indeterminato*”<sup>156</sup>.

L’introduzione dello Sportello Unico, avvenuta nel 2002, ha rappresentato una novità importante: prima della riforma, il datore di lavoro, ossia colui che dà avvio alla procedura in parola, doveva rivolgersi sia alla Direzione Provinciale del lavoro sia alla questura territorialmente competente, allo scopo di assumere un cittadino di Paese terzo. L’innovazione è stata apportata per diverse ragioni: fra queste, hanno avuto particolare rilievo l’obiettivo della semplificazione della trafila burocratica e l’ambizione di creare una sede unica per facilitare l’incontro fra domanda e offerta di lavoro immigrato<sup>157</sup>.

Non ha avuto fortuna invece, durante la discussione parlamentare, la proposta avanzata dall’Unione delle Province d’Italia (Upi), di istituire lo sportello unico presso i Centri per l’impiego. “*Tale diversa ubicazione rispondeva all’esigenza di superare, attraverso il trasferimento delle competenze in materia di immigrazione a un organo che non fosse investito della funzione di tutela dell’ordine pubblico, l’atteggiamento di sostanziale sospetto nei confronti degli stranieri in quanto tali*”<sup>158</sup>.

Se da una parte Nunzia Castelli ha osservato che i tempi non erano *maturi* per un cambiamento del genere (vale a dire per l’istituzione dello sportello unico presso i Centri per l’impiego) dall’altra con pregnante argomentazione giuridica Fabrizia Santini ha

---

<sup>153</sup> Della necessaria titolarità di un contratto di lavoro da parte dello straniero, per entrare e rimanere nel Paese, s’è già cominciato a dire nel paragrafo precedente.

<sup>154</sup> F. Santini, *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, cit. 208 ss., in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>155</sup> L’articolo 22 TUI è rubricato: “Lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato”.

<sup>156</sup> F. Santini *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, cit. 209, in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>157</sup> *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, cit. 209, in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>158</sup> N. Castelli, *Politiche dell’immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 306.

affermando che tale soluzione in ogni caso non sarebbe stata praticabile: esistendo infatti, in materia di immigrazione, un'esclusiva competenza statale (ex art. 117 comma 2 lett. b) Cost.), evidentemente il legislatore non avrebbe potuto soddisfare la richiesta proveniente da Upi.

### 2.2.3 *Il nulla osta al lavoro per il lavoratore subordinato migrante*

Per ottenere che cosa il datore di lavoro, intenzionato all'assunzione dello straniero, si rivolge allo Sportello unico dell'immigrazione?

Egli vuole ottenere il *nulla osta* al lavoro per lo straniero: si tratta dell'autorizzazione che, insieme al c.d. *contratto di soggiorno* (su cui ci si soffermerà ampiamente *infra*), rappresenta uno dei due "cardini" della procedura amministrativa che qui interessa.

Il fatto che la presentazione dell'istanza per l'ottenimento del nulla osta possa essere compiuta solamente dal datore di lavoro, ha rappresentato motivo di riflessione e critica (talvolta aspra) entro la dottrina. Poiché il legislatore non assegna allo straniero la facoltà di avviare l'iter per essere autorizzato al lavoro - iter in virtù dell'esito del quale si ha la possibile concessione del permesso di soggiorno - si è affermato che il legislatore, semplicemente, non considera lo straniero quale soggetto di diritto<sup>159</sup> per quanto riguarda la messa in moto di una procedura fondamentale per i suoi interessi. Si tratta di un'affermazione netta. E in più di un'occasione, d'altronde, si avrà modo ancora di sottolineare che la procedura autorizzatoria "binaria" (dell'ingresso e permanenza nel Paese e dell'accesso al lavoro) pone lo straniero in una situazione di insistita subalternità, ossia di particolare ripetuta debolezza nei confronti sia del potere pubblico che (soprattutto) del datore di lavoro.

#### 2.2.3.1 *Assumere il lavoratore migrante risiedente all'estero*

Proseguendo nell'analisi della procedura, occorre notare che il meccanismo procedimentale descritto all'articolo 22 TUI è dedicato espressamente all'assunzione di coloro che, oltre a essere cittadini di Paesi terzi, risiedono all'estero; non viene invece specificato alcunché riguardo al lavoratore straniero che sia regolare soggiornante in Italia.

---

<sup>159</sup> M. Ferrero e F. Perocco, *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 7 ss., in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010).

A tal proposito, tuttavia, bisogna osservare che lo straniero il quale sia entrato in Italia per un impiego e il cui rapporto di lavoro, poi, sia venuto a cessare, sicuramente potrà concorrere con gli altri lavoratori nella ricerca di una nuova occupazione “italiana”, avendo fra l’altro a tal fine il diritto di iscriversi alle liste di collocamento (art. 22 co. 11 TUI). Nei suoi confronti non vale alcun “divieto di assunzione diretta”. È importante, certo, che tale lavoratore straniero sia appunto un “regolare soggiornante” e che quindi non si trovi in Italia in via assolutamente temporanea (ad esempio grazie ad un visto turistico). È importante inoltre che non debba convertire il proprio permesso di soggiorno (magari concesso per motivi di studio o a causa di un ingresso “fuori quota”); che, nonostante la perdita della prima occupazione, la sua posizione in Italia continui a essere caratterizzata nel segno della regolarità (cioè che rimanga lui un lasso di tempo da dedicare alla ricerca del nuovo impiego, non essendo scaduto il permesso di soggiorno). Tuttavia, quando non ci siano complicazioni di questo genere<sup>160</sup>, unico principio che deve guidare l’interprete è quello anti-discriminatorio.

Tornando a volgere attenzione al meccanismo procedimentale definito all’art. 22 TUI, va detto che, riguardo alla concessione del nulla osta al lavoratore straniero risiedente *all’estero*, bisogna operarsi una distinzione: a seconda che il datore di lavoro voglia, o meno, che il nulla osta sia concesso proprio a un determinato lavoratore straniero – e non invece ad altri. In caso positivo, il datore di lavoro avanza una richiesta c.d. “nominativa” (art. 22 co. 2 TUI).

Può però darsi che il datore di lavoro sia alla ricerca di persone che si rendano disponibili e siano adeguate per occupare certe posizioni lavorative vacanti; non trovandole, egli potrebbe rivolgersi allo Sportello unico per assumere degli stranieri che - si osservi - egli *non conosce*. In tal caso, avanza una richiesta definita “numerica”<sup>161</sup> (articolo 22 co. 3 TUI).

---

<sup>160</sup> Soltanto presa in esame la disciplina in tema di permessi di soggiorno, si può avere piena consapevolezza circa quali problemi giuridici accompagnino eventualmente l’assunzione di uno straniero regolarmente soggiornante in Italia.

<sup>161</sup> Per comprendere come funzioni concretamente il meccanismo della chiamata numerica, è necessario fare cenno alla norma ex art. 21 co. 5 TUI. Vi sono descritte le liste presso cui gli stranieri, che intendano fare ingresso in Italia ma ancora non conoscano un datore di lavoro disponibile ad assumerli, possono iscriversi. La norma recita: “Le intese o accordi bilaterali di cui al comma 1 possono prevedere che i lavoratori stranieri che intendono fare ingresso in Italia per motivi di lavoro subordinato, anche stagionale, si iscrivano in apposite liste, identificate dalle medesime intese, specificando le loro qualifiche o mansioni, nonché gli altri requisiti indicati dal regolamento di attuazione. Le predette intese possono inoltre prevedere le modalità di tenuta delle liste, per il successivo inoltrare agli uffici del Ministero del lavoro e della previdenza sociale”.

È la prima delle due tipologie di richieste descritte quella - di gran lunga - di maggiore rilievo pratico<sup>162</sup>, mentre è alquanto raro che si abbiano chiamate numeriche.

Occorre, comunque, nuovamente sottolineare che sia in un caso sia nell'altro il lavoratore straniero dovrebbe essere residente all'estero durante l'espletamento dell'intera procedura avviata dal datore di lavoro: nulla osta e quindi pure *visto d'ingresso* per motivi di lavoro sono rilasciati al lavoratore straniero in ragione dell'impiego che lo attende in Italia.

Chiaramente, quando si abbia una chiamata nominativa, è necessario che domanda e offerta di lavoro abbiano avuto già modo di incontrarsi se - come si sta ripetendo - il contratto di lavoro è condizione per l'ingresso in Italia. Se ciò è vero, allora bisogna chiedersi secondo quali modalità può essere avvenuto questo incontro; come si spiega, insomma, il dato della conoscenza diretta del migrante da parte del datore di lavoro. Come è stato osservato, *“questo incontro perfetto (fra domanda e offerta di lavoro) da qualche parte del pianeta si è rivelato difficilissimo, specialmente nel contesto italiano”*<sup>163</sup>. È emblematico, a tal proposito, il fatto che il meccanismo di cui al comma 2 (quello della chiamata nominativa) sia *“stato oggetto di parere sfavorevole da parte del Comitato economico e sociale quando è stato per la prima volta introdotto in sede comunitaria”*<sup>164</sup>. Bisogna allora richiamare ribadire e sviluppare ulteriormente quanto descritto in precedenza, circa il disallineamento fra prescrizioni del legislatore e normale funzionamento del mercato del lavoro.

Il legislatore richiede sì che il lavoratore straniero ancora trovandosi all'estero abbia ricevuto un'offerta di lavoro; sembra tuttavia sottovalutare che *“per lo svolgimento di numerose occupazioni, soprattutto in un paese come l'Italia, in cui artigianato e terziario, insieme a piccola e piccolissima industria, rappresentano le colonne portanti dell'economia”* è necessario un incontro *diretto* fra datore di lavoro e futuro dipendente. Se è pensabile che un manager, un professore o un tecnico altamente specializzato ricevano offerte di lavoro dall'estero, essendo loro inseriti all'interno di network

---

<sup>162</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 164.

<sup>163</sup> M. Ferrero e F. Perocco *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 7 ss., in *Razzismo al lavoro*.

<sup>164</sup> F. Santini *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, cit. 214, in *Lavoro e immigrazione*. L'autrice, fra l'altro, cita la “Proposta di direttiva del Consiglio relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo”, la quale risale al 2001.

professionali estesi, dove reputazione e abilità sono apprezzati a livello transnazionale, ciò non si può immaginare per la quasi totalità della popolazione immigrata in Italia.

Nel nostro Paese, infatti, gli stranieri di solito hanno occupazioni scarsamente qualificate e incontrano difficoltà nel mondo lavorativo tali che se ne parla come di “*manovali precari a vita*”. Il fatto, fra l’altro, che gli stranieri tendano a concentrarsi per grandissima parte nelle fasce più basse del mercato del lavoro ha portato taluni autori a coniare un’espressione peculiare: tali autori definiscono il mercato del lavoro italiano come pesantemente “*razzializzato*”<sup>165</sup>, mettendone in rilievo la scarsa efficienza per quanto riguarda l’allocazione delle risorse umane immigrate. Tale scarsa efficienza troverebbe soprattutto una chiara spia nel diffuso fenomeno c.d. della “sovra-qualificazione” degli stranieri.

Continuando a ragionare di mercato del lavoro e immigrati, bisogna evidenziare come un rischio molto alto finisca per consistere nell’utilizzo di “circuiti informali” per la realizzazione del *matching* fra domanda e offerta di lavoro immigrato. Si vuole dire che facilmente può immaginarsi il cittadino extracomunitario che in modo illegale si reca in Italia, o comunque in modo illegale vi si trattiene, allo scopo di ricercare un’occupazione da svolgere “in nero”. In tal senso, diventa come se l’immigrazione fosse *obbligata*<sup>166</sup> a transitare per canali non regolari: è difficile che, per svolgere mansioni non specializzate, lo straniero riceva un’offerta di lavoro che proviene dall’Italia mentre lui si trova ancora all’estero; è difficile allora che non tenti prima di instaurare un legame con un datore di lavoro che si trova in Italia, giungendo illegalmente nel nostro Paese.

Il datore di lavoro, dal canto suo, se avvia la procedura per l’ottenimento del nulla osta, può darsi non stia facendo altro che “sanare” la posizione del proprio dipendente<sup>167</sup>, ossia di colui che *già* lavora per lui.

Comunque, che si tratti di rendere legittimo *ex ante* l’ingresso del migrante, oppure che si tratti di sanarne *ex post* la posizione nel Paese, si può sostenere che la parte datoriale nel concreto occupi una posizione di forza. Non a caso, in dottrina, si è affermato che il

---

<sup>165</sup> M. Ferrero e F. Perocco *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 21, in *Razzismo al lavoro*.

<sup>166</sup> In tal senso, si esprimono M. Ferrero, F. Perocco, W. Chiaromonte e V. Papa.

<sup>167</sup> Può addirittura rendersi necessario, ai fini del buon esito della chiamata nominativa, che il lavoratore faccia ritorno, anche per un breve periodo di tempo, nel proprio Paese di origine. È più che mai evidente come la chiamata nominativa sia snaturata nella sua stessa ragion d’essere.

sistema dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro immigrato "è un sistema fortemente ispirato a tecniche regolative demand-driven"<sup>168</sup>.

### 2.2.3.2 L'abrogazione dell'istituto c.d. dello "sponsor"

Rispetto a quanto illustrato, è fondamentale aggiungere un ulteriore "tassello": nel 2002 s'è avuta l'abrogazione dell'art. 23 TUI così come allora vigente.

Prima del 2002, l'art. 23 TUI conteneva previsioni grandissimamente significative: esse concernevano l'istituto della prestazione di garanzia (c.d. *sponsor*) e il permesso di soggiorno concesso per la ricerca di lavoro.

L'istituto c.d. dello *sponsor*, concretamente, significava la legittima possibilità per il lavoratore migrante, in virtù di apposita garanzia proveniente da soggetti terzi<sup>169</sup>, di fare ingresso e soggiornare in Italia per almeno un anno *allo scopo, si badi, di cercare un'occupazione*. In tal modo, l'istituto "mirava a coniugare due esigenze fondamentali: da un lato assicurava un inserimento nel mercato del lavoro assistito, valorizzando anche le reti familiari e il ruolo delle catene migratorie; dall'altro garantiva la possibilità di un incontro diretto fra domanda e offerta di lavoro"<sup>170</sup>.

In dottrina, si ritiene che l'abrogazione dell'istituto dello sponsor abbia reso "più stringente il nesso fra soggiorno e lavoro"<sup>171</sup>.

La prestazione di garanzia è stata sostituita nel 2002, ma con disposizione normativa dal contenuto ben diverso, in virtù della quale sono privilegiati (per l'ingresso e il soggiorno in Italia) gli stranieri che "hanno svolto un percorso formativo nei loro paesi di origine, sulla base di programmi di formazione professionale approvati da enti e amministrazioni italiane"<sup>172</sup>. Tale "nuovo strumento attivo di governo del mercato del lavoro extracomunitario", seppure sia certo apprezzabile a livello teorico, lo si è definito come

---

<sup>168</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 374.

<sup>169</sup> La garanzia poteva provenire: dal cittadino italiano, dallo straniero regolarmente soggiornante (purché in possesso di un permesso di soggiorno della durata almeno di un anno), dalle Regioni, dagli enti locali, dalle associazioni professionali e sindacali e dagli enti e associazioni operanti nel settore del volontariato che fossero in possesso di determinati requisiti.

<sup>170</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 313.

<sup>171</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 167.

<sup>172</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 16.

“sovraccaricato di aspettative eccessive”<sup>173</sup>. Esso, infatti, rappresenta pur sempre “l'unica modalità idonea a conferire un minimo di concretezza a quell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, reso sostanzialmente "cieco" dalla assolutizzazione del principio per cui si entra in Italia solo se si è già titolari di una proposta lavorativa effettiva”<sup>174</sup>. Tale critica non riguarda certo la coerenza sistematica o il senso stesso della nuova norma, perché attirare in Italia dall'estero manodopera “di qualità”, formata tra l'altro su iniziativa italiana, potrebbe certo dirsi una strategia *win-to-win*: vincono i lavoratori stranieri, i quali non solo accrescono il proprio bagaglio di competenze ma pure si assicurano una possibilità d'accesso più semplice al mercato del lavoro italiano, vincono gli enti e le associazioni che hanno approvato i programmi di formazione professionale, soprattutto quando tali programmi siano stati ispirati da specifiche carenze di forza-lavoro specializzata. Eppure, forse sarebbe stato più opportuno se tali norme con cui l'articolo 23 TUI è stato innovato avessero integrato in modo complementare, e non sostituito l'istituto dello *sponsor*.

D'altronde, perché lungimiranti iniziative di formazione siano compiute nei Paesi d'origine dei migranti, deve esistere o presso i soggetti pubblici una certa volontà politica, o presso i soggetti privati (associazioni, aziende...) un'intraprendenza non comune. Contare sull'avveramento di tali condizioni (volontà politica e/o intraprendenza dei privati) perché possa funzionare l'unico meccanismo atto a “conferire concretezza all'incontro fra domanda e offerta di lavoro”, appare quantomeno inadeguato, considerate le dimensioni dei flussi migratori e l'evidente carenza di sistematicità che delle soluzioni in esame.

### 2.2.3.3 *Le condizioni per l'ottenimento del nulla osta. La prova della necessità economica*

Volgendo di nuovo attenzione al dettato dell'articolo 22 e ai passaggi procedurali necessari per il rilascio del nulla osta al lavoro, è importante soffermarsi sulle norme riguardanti la documentazione richiesta al datore di lavoro. Egli deve presentare, presso

---

<sup>173</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 16.

<sup>174</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 16.

lo Sportello unico territorialmente competente<sup>175</sup> (insieme, certo, alla richiesta stessa del nulla osta, richiesta *nominativa* o per più lavoratori): idonea documentazione che dimostri l'indisponibilità di un lavoratore cittadino italiano o UE (adatto a svolgere le mansioni in questione)<sup>176</sup>; idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa del migrante; la proposta di contratto di soggiorno, comprensiva dell'impegno al pagamento delle spese di ritorno dello straniero nel Paese di provenienza; infine, la dichiarazione di impegno a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro (art. 22 co. 2 TUI).

La verifica dell'indisponibilità di manodopera nazionale o di cittadinanza europea, verifica definita "prova della necessità economica", è logicamente preliminare rispetto all'esame dei rimanenti documenti e attestazioni che il datore di lavoro deve presentare. In tal senso, più che una condizione per il regolare proseguimento dell'iter burocratico, pare essa una *pre-condizione*. Essa è una misura di carattere protezionistico, con la quale viene espresso un principio: quello della priorità della manodopera "interna". S'intende in tal modo proteggere l'occupazione italiana (in ossequio al dettato dell'articolo 4 della Costituzione) e, dato il contesto del mercato unico<sup>177</sup>, l'occupazione europea (infatti, la norma, in teoria, "dovrebbe allineare l'ordinamento italiano a quello di quasi tutti i Paesi europei"<sup>178</sup>). Essendo l'immigrazione pensata quale fenomeno da governare per trarne vantaggio<sup>179</sup>, al lavoratore straniero coerentemente è concesso di entrare in Italia solo in quanto *utile*. Quando già ci sia cittadino italiano o comunque dell'Unione europea (secondo quanto affermato dalla lettera della disposizione legislativa) disponibile a occupare una certa posizione lavorativa, questi deve essere "tutelato", mentre il migrante

---

<sup>175</sup> Se prima della legge 189/2002, ai fini della corretta presentazione dell'istanza, la competenza territoriale degli uffici era determinata soltanto sulla base del luogo dove il migrante avrebbe svolto la propria prestazione lavorativa; oggi possono essere utilizzati due criteri ulteriori. Lo Sportello unico, invero, ancora può essere individuato avendo a riferimento la provincia nella quale si colloca il luogo di lavoro; tuttavia possono pure essere presi in considerazione: il luogo di residenza del datore di lavoro e il luogo della sede legale dell'impresa. Fabrizia Santini ritiene alquanto "discutibile" il criterio della residenza del datore di lavoro. Tale criterio appare alquanto eterodosso visto il senso dell'atto amministrativo che la procedura serve ad ottenere.

<sup>176</sup> La relativa disposizione è stata introdotta dall'articolo 9 co. 7 della Legge n. 99/2013; il legislatore è così intervenuto modificando l'art. 22 co. 2 TUI.

<sup>177</sup> Occorre ricordare, in primo luogo, lo stesso capitolo IX TFUE, non a caso rubricato "Occupazione". Più indietro nel tempo, sia menzionato il contenuto dell'articolo 1 co. 2 del regolamento CEE 15 ottobre 1968, n. 1612, dove si ha affermato il principio della priorità dell'occupazione comunitaria.

<sup>178</sup> F. Santini *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, cit. 217, in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>179</sup> Circa il carattere *utilitaristico* dell'approccio nei confronti del fenomeno migratorio, sono state dedicate diverse pagine *supra*.

non è ritenuto desiderabile. In altre parole, almeno nelle intenzioni del legislatore della Bossi-Fini, al migrante dovrebbe essere negato di entrare - in modo regolare - in Italia, se *non serve*.

Per quanto concerne i singoli passaggi endo-procedimentali riguardanti la prova della necessità economica, si ha che, quando è presentata istanza di nulla osta al lavoro da parte del datore di lavoro, lo Sportello unico ne dà comunicazione al Centro per l'impiego sul territorio. Questo, a sua volta, passa l'informazione agli altri Centri. Quando siano trascorsi venti giorni senza che sia giunta alcuna domanda da parte di un lavoratore italiano o di un cittadino dell'Unione, il Centro sul territorio trasmette allo Sportello unico una certificazione negativa. *“In caso contrario, esso trasmette le domande acquisite, comunicandole allo stesso tempo al datore di lavoro”*<sup>180</sup>.

Occorre peraltro mettere in luce un dato contraddittorio. Nonostante *“l'eventuale adesione di un lavoratore nazionale o comunitario alla proposta di assunzione formulata dal datore di lavoro”*<sup>181</sup>, esiste comunque una via per persistere nell'ottenimento del nulla osta per lo straniero. Infatti, sebbene si richieda la prova dell'indisponibilità di cittadini italiani ed europei, tale presupposto è facilmente aggirabile<sup>182</sup>. Come efficacemente messo in luce, s'è trattato di *“neutralizzare in sede interpretativo-applicativa una norma che all'atto pratico si rivela, oltre che squilibrata rispetto alle dinamiche reali del mercato del lavoro, illiberale, poiché comprime inammissibilmente la libertà negoziale dei datori di lavoro”*<sup>183</sup>. In virtù di una circolare ministeriale<sup>184</sup> del 2002, fin dall'inserimento nel TUI della prova della necessità economica<sup>185</sup> (inserimento compiuto

---

<sup>180</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 165.

<sup>181</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 12.

<sup>182</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 11. Secondo A. Guariso, la norma è *“sostanzialmente disapplicata”* nella prassi (tale affermazione si è avuta nel corso del Convegno *“Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: uguaglianza formale e disuguaglianza sostanziale”*, tenutosi lunedì 27 novembre 2017 presso la Camera del Lavoro di Milano e promosso da ASGI).

<sup>183</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 12. La sua posizione critica è condivisa da Alberto Guariso, secondo il quale la prova della necessità economica va in direzione contraria rispetto al normale funzionamento del mercato. Essa ostacola la libera domanda di lavoro e - conseguentemente - incide in modo negativo sull'efficienza dell'allocazione delle risorse umane.

<sup>184</sup> Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - D.G.I., n. 59 del 6 dicembre 2002.

<sup>185</sup> Prima dell'intervento modificativo del 2013, alla prova della necessità economica era dedicato un apposito comma - il quinto - dell'articolo 22. Va ricordato che oggi la previsione dell'*economic need test*

con la Bossi-Fini), s'è potuto sostenere che “*l'eventuale adesione di un lavoratore nazionale o comunitario alla proposta di assunzione formulata dal datore di lavoro, non impedisce a quest'ultimo di insistere nella richiesta di nulla osta relativo al lavoratore extracomunitario. Questa interpretazione, che è stata poi fatta propria dallo schema di regolamento di attuazione della L. n. 189/2002, approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 giugno 2003*”<sup>186</sup>, in concreto svuota di senso la disposizione legislativa concernente la prova della necessità economica. E d'altronde, non si vede quale spazio di effettività potrebbe avere tale disposizione.

Se infatti il datore di lavoro, recandosi allo Sportello unico, dovesse immancabilmente presentare “idonea documentazione” con cui attestare l'indisponibilità di lavoratori italiani o dell'Unione, e se dalla correttezza di tale documentazione dipendesse davvero l'avanzamento della procedura (posto che controlli sono poi svolti dal Centro dell'impiego territorialmente competente, come pure dall'intero *network* dei Centri per l'impiego), sarebbe lui posto in capo un compito difficilissimo: dovrebbe fornire un'ardua - se non impossibile - prova negativa tale che, se si è rivolto allo Sportello unico, l'ha fatto soltanto come *extrema ratio*.

Dal canto suo, Nunzia Castelli scrive parole davvero illuminanti in tema di prova della necessità economica. Ella non contesta tanto le effettive *chance* di buon funzionamento della previsione normativa, ma avanza dubbi sul senso stesso dell'introduzione dell'istituto nel sistema. “*Tale opzione lascia supporre che si sia sottovalutato, da un lato, che lo stesso ricorso alla manodopera straniera, con tutto ciò che per l'imprenditore comporta in termini di adempimenti procedurali e burocratici, oltre che fiscali, costituisce di per sé buona garanzia dell'indisponibilità di manodopera nazionale, dall'altro che il nulla osta, essendo preordinato a consentire l'accesso di una singola posizione lavorativa, si inserisce necessariamente nel quadro della politica generale dell'immigrazione disposta attraverso i decreti di programmazione che già tengono presente l'andamento dell'occupazione, i tassi di disoccupazione a livello nazionale e*

---

(come è chiamata la prova all'interno dei documenti giuridici europei) è inserita nel testo del comma due, sempre dell'articolo 22.

<sup>186</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 13.

*regionale e la consistenza quantitativa e qualitativa di stranieri già presenti sul territorio*<sup>187</sup>.

Per concludere l'analisi della prova della necessità economica, occorre osservare che, a dispetto di quanto possa sembrare da una prima lettura dell'articolo 22 co. 2, la “previa verifica dell'indisponibilità” non riguarda solo cittadini italiani ed europei. Attraverso un lavoro da svolgersi ancora una volta sul versante interpretativo, il significato della norma di legge deve essere ampliato. La “previa verifica dell'indisponibilità” deve comprendere pure i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio statale. È possibile arrivare a questa conclusione applicando “*il principio della parità di trattamento di cui agli artt. 3 Cost. e 10 della Convenzione OIL n. 143 del 1975, richiamato dall'articolo 2 co. 3 TUI*”<sup>188</sup>.

#### *2.2.3.4 Le condizioni per l'ottenimento del nulla osta. La sistemazione alloggiativa per il lavoratore subordinato migrante*

S'è detto, in precedenza, che la prova della necessità economica rappresenta una condizione logica perché la procedura autorizzatoria possa andare avanti. Nel caso in cui il Centro dell'impiego abbia fatto giungere allo Sportello unico la certificazione negativa di cui *supra*, oppure quando il datore di lavoro abbia comunque insistito nel voler assumere il lavoratore straniero, è necessario che altre condizioni siano integrate perché il nulla osta sia rilasciato.

Per prima cosa, occorre volgere attenzione agli oneri posti, in capo al datore di lavoro, dalle lettere b), c) e d) dell'art. 22 co. 2<sup>189</sup>.

Alla lettera b) si prevede che sia presentata “idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero”. Tale previsione potrebbe essere interpretata quale norma di garanzia nei confronti dei migranti, nel senso che il legislatore esige che per loro sia pensata una soluzione abitativa. La “idonea documentazione” con

---

<sup>187</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 312.

<sup>188</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 166. L'articolo 2 co. 3 TUI recita: “La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani”.

<sup>189</sup> Alla lettera a) si prescrive soltanto sia presentata la richiesta di nulla osta - *nominativa*. Già s'è visto che, al comma terzo (sempre dell'art. 22 TUI) è contemplata la diversa ipotesi della richiesta *numerica*. Anche per questo caso, ad ogni modo, è richiesto all'istante di fornire apposita documentazione: quella di cui alle lettere b) e c) (art. 22 co. 2 TUI).

ogni probabilità deve servire a conoscere le caratteristiche dell'alloggio: se questo possa dirsi adeguato, ossia rispettoso della dignità dei lavoratori stranieri<sup>190</sup>.

In dottrina<sup>191</sup>, tuttavia, si nutrono delle perplessità sulla disposizione in esame. In primo luogo, essa comporta un certo appesantimento procedurale; ne è evidenziato, poi, un aspetto problematico: la documentazione circa l'alloggio per lo straniero deve essere presentata in avvio della procedura autorizzatoria tipica. Si tratta di un momento che può essere anche di molto anteriore rispetto a quello dell'ingresso in Italia del migrante. Al datore di lavoro è richiesto perciò di fare proprio un orizzonte temporale molto ampio, anche in riferimento agli aspetti non esattamente centrali della procedura (come l'aspetto in esame). Va infine notato che la norma, a livello pratico, non mostra grande utilità giacché, nella più parte dei casi, rimane mera dichiarazione che il migrante utilizzerà un determinato alloggio; senza che, rispetto a tale affermazione, sia svolto poi controllo alcuno<sup>192</sup>.

#### 2.2.3.5 *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*

L'analisi della lettera c) dell'art. 22 co. 2 TUI è particolarmente impegnativa. Vi si prevede che il datore di lavoro fornisca: “la proposta di *contratto di soggiorno (...)*”<sup>193</sup>. Per essere compresa, tale norma richiede la previa analisi dell'art. 5bis TUI, appunto rubricato “*contratto di soggiorno per lavoro subordinato*”. Bisogna così affrontare un istituto intorno al quale si sono concentrati “slogan propagandistici”<sup>194</sup>; un istituto salutato come “*uno degli aspetti maggiormente innovativi della riforma del 2002*”<sup>195</sup> sul

---

<sup>190</sup> Tale affermazione nasce dalla lettura di altro passaggio normativo del TUI: l'art. 5bis co. 1 lett. a). Vi si prescrive che nel *contratto di soggiorno* debba essere fornita: “la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica”.

<sup>191</sup> Fra gli altri: W. Chiaromonte, N. Castelli, A. Guariso, F. Santini, A. Tursi.

<sup>192</sup> Analizzando, peraltro, l'art. 22 co. 2 lett. c) TUI, si avrà modo di spiegare come, nel tentativo di risolvere la problematica scarsa pregnanza dell'onere ex lett. b), il legislatore del 2002 abbia assegnato al datore di lavoro un ruolo ulteriore e ben più gravoso, che non presentare “idonea documentazione” circa la futura sistemazione alloggiativa del migrante. Perché sia regolare, infatti, l'accesso al mercato del lavoro da parte dello straniero e perché, conseguentemente, sia regolare la sua permanenza nel territorio nazionale, il legislatore del 2002 richiede al datore di lavoro di obbligarsi a garantire allo straniero *la disponibilità* della sistemazione alloggiativa, indicata proprio ex art. 22 co. 2 lett. b) TUI.

<sup>193</sup> La norma continua in questo modo: “(...) con specificazione delle relative condizioni comprensiva dell'impegno al pagamento da parte dello stesso datore di lavoro delle spese di ritorno dello straniero nel Paese di provenienza”.

<sup>194</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 316.

<sup>195</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*.

quale, al contempo, sono state sollevate perplessità interpretative e dubbi circa la sua reale carica di cambiamento<sup>196</sup>: appunto, il *contratto di soggiorno per lavoro subordinato*.

Al primo comma dell'art. 5bis TUI si afferma: “il contratto di soggiorno per lavoro subordinato 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, contiene: a) la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica; b) l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel Paese di provenienza”. Occorre notare come siano già fornite due informazioni fondamentali. Sono indicate con chiarezza le parti: *datore di lavoro* e *prestatore di lavoro*. Inoltre, sono specificati i tratti distintivi del contratto in questione: gli obblighi di cui alle lettere a) e b) assunti dal solo datore di lavoro.

Esistono in dottrina due tesi principali riguardanti la natura del contratto di soggiorno per lavoro subordinato. Secondo la prima<sup>197</sup>, si tratterebbe di un vero e proprio contratto di lavoro, a forma scritta vincolata<sup>198</sup>. Tale contratto, infatti, soltanto si caratterizzerebbe, da una parte, perché può essere stipulato esclusivamente con cittadini stranieri (e, si noti, *deve* essere stipulato affinché loro instaurino un rapporto lavorativo) e dall'altra perché il datore di lavoro assume su di sé obblighi ulteriori di natura contrattuale (appunto, obblighi relativi alla disponibilità dell'alloggio e al pagamento delle spese di rimpatrio del lavoratore): “*gli elementi di specialità del contratto (però) non sarebbero tali da incidere sulla causa dello stesso, che non si discosterebbe da quella tipica di qualunque contratto di lavoro subordinato, ex art. 2094 c.c.*”<sup>199,200</sup>.

La seconda tesi circa la natura del contratto di soggiorno, invece, afferma che lo stesso è “*distinto e separato dal contratto di lavoro*” e che ha “*come esclusivo contenuto le due*

---

<sup>196</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*.

<sup>197</sup> Tale tesi è condivisa fra gli altri da W. Chiaromonte, M. L. De Margheriti e N. Castelli.

<sup>198</sup> M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit. 192, in *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005).

<sup>199</sup> Come noto, l'articolo 2094 c.c. recita: “È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”.

<sup>200</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 188.

*obbligazioni*<sup>201</sup> circa la disponibilità dell'alloggio e il pagamento delle spese di rimpatrio.

Prima di esprimere una preferenza, va osservato che la scelta di una delle due opzioni interpretative illustrate non comporta, comunque, alcuna modificazione della disciplina propria del rapporto di lavoro subordinato. Se si avesse una tale modificazione, certo si produrrebbe un contrasto con il già citato principio di parità di trattamento fra lavoratori stranieri e lavoratori italiani, contenuto all'art. 2.3 TUI. Chiarito questo punto, si riconosce la prima posizione critica come preferibile. Esistono vari argomenti a riguardo. S'è detto che parti del contratto sono "datore di lavoro" e "prestatore". Inoltre, va anticipato che lo Sportello unico svolge una peculiare verifica sul contenuto della proposta di contratto di soggiorno, controllando in particolare che "siano rispettate (...) le prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie"<sup>202</sup>. Evidentemente la verifica non sarebbe pensabile, se all'interno del contratto di soggiorno per lavoro subordinato non si trovasse la disciplina di un vero e proprio rapporto di lavoro. Deve perciò ritenersi che le obbligazioni circa la garanzia dell'alloggio e l'eventuale pagamento delle spese di rimpatrio solo si aggiungano a quelle sulle quali normalmente è costruita la relazione fra datore di lavoro e prestatore. Esse non determinano una trasformazione qualitativa del contratto; è innegabile, invece, che rappresentino un aggravio degli oneri a carico del datore di lavoro<sup>203</sup>. In questo senso, la loro previsione va certamente in controtendenza con le diffuse necessità di flessibilizzazione e di semplificazione presenti nei mercati occupazionali<sup>204</sup>. Si tratta di impegni che non solo è

---

<sup>201</sup> M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit. 191, in *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005). Sono state usate le parole di de Margheriti per descrivere la seconda tesi propugnata in dottrina - tesi almeno in passato sostenuta pure da INPS, come risulta dal Messaggio del 15 aprile 2008, n. 8737.

Invero, bisogna aggiungere che esiste una terza e ulteriore posizione critica, seppure riconducibile a un numero contenuto di autori. Ne dà atto Chiaromonte. Secondo questa, il contratto di soggiorno sarebbe un negozio trilaterale con la necessaria partecipazione anche dello Stato. Nonostante tale ricostruzione in un certo senso esprima l'ambiguità di fondo dell'istituto, dove è forte la commistione fra elementi di diritto privato ed elementi di diritto pubblico, essa non sembra poter essere condivisa. Il dato legislativo (entro il quale sono identificati come parti datore di lavoro e prestatore) non permetterebbe di riconoscere allo Stato un ruolo così pregnante. Lo Stato svolgerebbe una "funzione meramente notarile", secondo le parole di Chiaromonte.

<sup>202</sup> Articolo 22 comma 5 TUI.

<sup>203</sup> M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005). L'autrice fa proprie le parole di Donata Gottardi.

<sup>204</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 311. Fra l'altro, ogni studioso che approfondisca i temi connessi all'accesso all'occupazione dei migranti, evidenzia questa forte anomalia. Sono richiesti sempre gravosi adempimenti burocratici, le procedure rimangono farraginose e complesse; eppure, i generali interventi di riforma compiuti dal legislatore, in materia di mercato del

singolare vedere all'interno di un contratto di lavoro, ma rispetto ai quali pure ci si interroga: se possano dirsi in qualche modo inerenti al rapporto sinallagmatico fra le parti<sup>205</sup>. Del resto, lo stesso regolamento di attuazione del testo unico (D.P.R. n. 394 del 1999) afferma, all'articolo 8 bis, che l'obbligo del pagamento delle spese di viaggio, per il rientro del lavoratore nel Paese di provenienza, è assunto dal datore di lavoro non nei confronti del prestatore medesimo, ma dello Stato<sup>206</sup>. Se dovesse ritenersi la garanzia della disponibilità dell'alloggio anch'essa prestata non verso lo straniero ma verso il Pubblico (la norma regolamentare rimane silente a riguardo), certo risulterebbe ancor più eterodossa la presenza di dette obbligazioni all'interno di un contratto di lavoro. Il contratto di soggiorno, ad ogni modo, è uno strano strumento, attraverso cui sul datore di lavoro *“si trasferisce in via privatistica una risposta per la soddisfazione di pubblici interessi”*<sup>207</sup>.

Il cuore dell'articolo 5 bis (dove, si ricorda, è racchiusa la disciplina del contratto di soggiorno per lavoro subordinato) non è rappresentato tanto dal primo comma (cui è stata dedicata l'analisi di queste ultime righe) quanto invece dal secondo. Si ha infatti che: *“Non costituisce titolo valido per il rilascio del permesso di soggiorno il contratto che non contenga le dichiarazioni di cui alle lettere a) e b) del comma 1”*. Tale disposizione è illuminante, perché ci permette di comprendere il rilievo peculiarmente *amministrativistico* del contratto di soggiorno per lavoro subordinato. La sua stipulazione rappresenta fondamentale requisito perché sia concesso il permesso di soggiorno (ferma la previsione, all'interno del contratto, delle obbligazioni ex lettere a) e b)).

Tale funzionalizzazione è però fortemente problematica e ciò per più ragioni.

---

lavoro, sono presentati all'insegna di obiettivi come lo snellimento della burocrazia e la riduzione del costo del lavoro. A tal proposito, fra le altre, si segnalino le posizioni di W. Chiaromonte, A. Tursi, M. L. de Margheriti, F. Santini, L. Calafà, A. Guariso, oltre che il prezioso contributo di M. Tiraboschi, *Extracomunitari e lavoro “atipico”*, cit. 504 e 507.

<sup>205</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 17.

<sup>206</sup> M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit. 195, in *Lavoro e immigrazione*. L'autrice, di conseguenza, osserva che *“nel caso in cui tale prestazione”* (il pagamento delle spese di viaggio) *“non sia fornita, la legittimazione a richiederla è posta in capo alla pubblica amministrazione”*.

<sup>207</sup> M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit. 195, in *Lavoro e immigrazione*.

Primariamente, essa sembra porsi in contrasto con il diritto dell'Unione europea. Entro la Direttiva 2011/98/UE<sup>208</sup>, che concerne il “permesso unico di soggiorno e lavoro”, è infatti definito un modello procedurale unico, rispetto al quale si devono armonizzare le normative nazionali. Attraverso questo modello procedurale, al lavoratore migrante è fatto di ottenere il permesso che ne legittima sia la presenza sia l'attività lavorativa all'interno del singolo Stato dell'Unione. Ebbene, il Decreto Legislativo n. 40 del 2014<sup>209</sup>, emanato in attuazione della Direttiva 2011/98/UE, crea un'incongruenza con le disposizioni europee, poiché non dispone l'abrogazione dell'art. 5 bis co. 2 TUI. Nella direttiva (tesa sostanzialmente allo snellimento dei tempi e delle burocrazie) manca invero qualsiasi riferimento all'istituto del *contratto* di soggiorno. Che la sua stipulazione serva ancora da requisito per la concessione del *permesso* di soggiorno (stante la mancata abrogazione dell'art. 5 bis co. 2 TUI), rappresenta “uno dei punti di maggiore frizione fra la Direttiva 2011/98/UE e la trasposizione italiana”<sup>210</sup>. Si tratta di un contrasto non da poco, visto che il contratto di soggiorno è pur sempre *step* (e ostacolo) procedurale per lo straniero, perché la sua posizione sia regolarizzata.

La funzione descritta all'art. 5 bis co. 2 TUI, peraltro, oltre a risultare problematica sul versante della congruenza al dettato normativo europeo, crea più d'una perplessità a livello dogmatico. Con grandissima autorevolezza, il contratto di soggiorno è stato definito una “antinomia semantica” interna all'ordinamento. Si realizza, con il contratto di soggiorno, “*un utilizzo improprio dell'istituto del contratto in generale (basti pensare al fatto che esso ha ad oggetto non un rapporto patrimoniale ma una libertà fondamentale universale, quella di circolazione, che viene subordinata ad un'assunzione o ad un'attività lavorativa, e della quale, altrimenti, non si potrebbe disporre), e del contratto di lavoro in particolare*”<sup>211</sup>. La posizione dottrinale in esame, fra l'altro, è stata

---

<sup>208</sup> Nell'intitolazione della Direttiva 2011/98/UE, si dice che questa è “relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro”.

<sup>209</sup> Il Decreto Legislativo n. 40, promulgato il 4 marzo 2014, è intitolato: “Attuazione della direttiva 2011/98/UE relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro”.

<sup>210</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 21.

<sup>211</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 191. L'autore cita a sua volta, facendole proprie, le parole dell'accademico Luigi Ferrajoli.

ulteriormente esplicitata, attraverso un'immagine capace di impressionare. S'è infatti parlato del contratto di soggiorno come di un *monstrum* bicefalo, “*avente ad un tempo la natura pubblica di presupposto dell'atto autorizzatorio del soggiorno e la natura privatistica di contratto di lavoro*”<sup>212</sup>. Sembra così essere colta non solo l'ambivalenza dell'istituto in esame, ma pure la sua (contestata) singolarità.

Occorre ora affrontare un'ulteriore questione, di grande importanza teorica e pratica, concernente il contratto di soggiorno. Che cosa accade quando le obbligazioni ex art. 5 bis co. 1 lett. a) e b) non sono inserite nel regolamento contrattuale?

A proposito, è possibile dare conto di due diverse posizioni dottrinali<sup>213</sup>.

Una certa parte di dottrina<sup>214</sup> afferma (valorizzando con ogni evidenza il disposto dell'art. 5 bis comma 2) che il contratto privo di dette obbligazioni sia sì valido ma, al contempo, inidoneo a far ottenere al migrante il permesso di soggiorno. In altre parole, sussiste pienamente il rapporto contrattuale instaurato fra datore di lavoro e prestatore straniero; tuttavia, la mancata stipulazione del contratto di soggiorno *così come caratterizzato dal legislatore* significa mancata integrazione di un requisito necessario affinché il titolo amministrativo, legittimante la presenza dello straniero nel territorio nazionale, possa essere concesso. Secondo la tesi dottrinale illustrata, se fosse assunta posizione diversa, inevitabilmente si creerebbe confusione tra valenza pubblicistica e valenza privatistica dell'istituto. I due significati - pubblicistico e privatistico - del contratto di soggiorno apparirebbero, invece, a piani da tenersi ben distinti. Che il contratto con lo straniero a nulla serva presso la pubblica amministrazione, ciò non può significare che esso manchi di qualcosa quale contratto di lavoro. Esiste infatti un accordo fra le parti; un oggetto possibile, lecito e determinato (le mansioni che lo straniero è chiamato a svolgere); infine,

---

<sup>212</sup> N. Castelli (in *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 320) propone il molto incisivo commento di Alberto Guariso e Livio Neri.

<sup>213</sup> Nel suo scritto - più volte citato, Maria Luisa De Margheriti, affrontando il quesito in esame, propone in via preliminare un'osservazione acuta. Se il legislatore si premura di chiarire (al secondo comma dell'art. 5 bis) che la mancanza della garanzia dell'alloggio e dell'impegno a pagare le spese è tale che viene meno la funzione amministrativistica associata all'istituto, indirettamente “*esclude che il contratto di soggiorno si esaurisca e si identifichi nelle due garanzie predette*”. Ciò vale a conferma della ricostruzione per la quale si è optato *supra*: il contratto di soggiorno è vero e proprio contratto di lavoro, seppure arricchito di contenuti e valenze inediti. M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit. 195, in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>214</sup> N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 318. L'autrice fa propria la posizione di Mancino e De Augustinis.

esiste una causa lecita, consistente nell'usuale sinallagma contrattuale prestazione/retribuzione<sup>215</sup>.

La posizione dottrinale esaminata non è però condivisa da altri autori<sup>216</sup>. Questi propongono una diversa ricostruzione la quale, probabilmente, è da preferirsi. Sostengono che il contratto di soggiorno, privo delle obbligazioni su alloggio e rimpatrio, sia invalido; più precisamente, che debba considerarsi un atto nullo, poiché stipulato in violazione della disciplina in tema di ingresso e soggiorno dello straniero. A causa di tale violazione, ex art. 1418 c.c.<sup>217</sup>, si ha la nullità del contratto<sup>218</sup>.

Appurato che cosa è del contratto di soggiorno quando manchino le obbligazioni ex lett. a) e b) (il contratto deve considerarsi nullo), si commenta brevemente il contenuto di dette obbligazioni, concludendo così l'analisi dedicata all'istituto. Segnatamente, è necessario rivolgere particolare attenzione: al significato attribuito alle obbligazioni ex lett. a) e b) al momento dell'introduzione dell'art. 5 bis nel 2002; al grado di effettività che oggi posseggono nel diritto vivente; alla questione problematica circa la possibile necessità di nuove stipulazioni di contratti di soggiorno per lo straniero che abbia fatto già regolare primo accesso nel mercato del lavoro italiano.

Per quanto concerne la garanzia dell'alloggio, è naturale pensare che la relativa previsione sia stata introdotta in risposta alla scarsa utilità dell'articolo 22 co. 2 lett. b), dove - si ricordi - è definito un mero onere di natura documentativa (in capo al datore di lavoro che avanzi richiesta di nulla osta). Va nuovamente sottolineato che la garanzia ex art. 5 bis co. 1 lett. a) deve riguardare un alloggio che rientri "nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica"<sup>219</sup>. *"Il costo della fornitura dell'alloggio, posto che la norma non impone la gratuità dell'alloggio fornito*

---

<sup>215</sup> Com'è noto i requisiti, con i quali ogni contratto è costruito, sono indicati all'articolo 1325 del codice civile.

<sup>216</sup> W. Chiaromonte (*Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*) e M. L. De Margheriti (*Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*) i quali, fra l'altro, citano entrambi lo scritto di Castelvetti e Scarpelli *Il lavoro degli immigrati* (pubblicato nel 2003 sulla Rivista italiana di diritto del lavoro).

<sup>217</sup> L'art. 1418 co. 1 c.c., rubricato "Cause di nullità del contratto", recita: "Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente".

<sup>218</sup> Sono rinviate a più in avanti le considerazioni di carattere giuridico circa l'assunzione illegittima, da parte del datore di lavoro, dello straniero irregolare. *Infra* verrà dedicato apposito paragrafo a irregolarità, sfruttamento lavorativo del lavoratore migrante e tecnica della sanatoria.

<sup>219</sup> Occorre osservare che nella lettera della legge nulla si dice circa l'eventuale requisito dell'intestazione dell'alloggio in capo al datore di lavoro. L'abitazione usata dal migrante ben potrebbe appartenere a persona diversa.

*all'immigrato, rimane in capo a quest'ultimo, costituendo retribuzione in natura il cui valore potrebbe essere detratto dalla retribuzione contrattuale*<sup>220</sup>. Si deve d'altronde ritenere che i costi dell'alloggio non potessero che ricondursi al lavoratore medesimo. Una norma diversa (cioè l'obbligo di pagare posto in capo al datore di lavoro) risulterebbe contrastante con il principio della parità di trattamento fra lavoratori nazionali e stranieri regolarmente soggiornanti, principio sancito entro il più volte citato art. 2 co. 3 TUI. Sarebbero comparativamente svantaggiati, infatti, i cittadini italiani ed europei. L'innovazione normativa della garanzia dell'alloggio, innovazione apportata dalla Bossi-Fini, non sembra aver riscosso particolare riscontro a livello di prassi. Nonostante essa significhi, in linea teorica, per il datore di lavoro necessaria assunzione di uno specifico impegno giuridico (e appunto, non mera attestazione a fini burocratici), è stata confutata dalla realtà delle cose la possibile pregnanza della disposizione. I datori di lavoro ancora dichiarano soltanto che il migrante alloggerà in una certa abitazione, venendo poi tale affermazione sistematicamente disattesa - o almeno non venendo mai azionato meccanismo alcuno attraverso il quale rendere effettivo il rispetto della garanzia assunta<sup>221</sup>.

Volgendo attenzione all'obbligazione di cui all'art. 5 bis co. 1 lett. b), in primo luogo è facile osservare come l'impegno del pagamento delle spese di rimpatrio sia davvero estraneo rispetto all'usuale contenuto obbligatorio di un rapporto di lavoro subordinato. Ma soprattutto, "dubbi possono sollevarsi sulla convenienza di questa *tassa sull'assunzione*"<sup>222</sup>. Essa, da una parte, funziona da sicuro disincentivo alla nascita di regolare relazione lavorativa con lo straniero<sup>223</sup>. Dall'altra, quando pure lo straniero sia assunto, non è difficile immaginare che la garanzia per spese del viaggio (come anche l'obbligazione riguardante l'alloggio) abbia per lo straniero medesimo una ricaduta in

---

<sup>220</sup> M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit. 198. L'istituto della rivalsa è espressamente previsto dall'articolo 30 bis co. 4 del D.P.R. n. 394 del 1999. Nell'articolo, si prescrive che la somma trattenuta dalla retribuzione sia pari a un importo comunque non superiore a un terzo del totale.

<sup>221</sup> Nuovamente è fatto cenno all'intervento di A. Guariso presso il Convegno di ASGI "*Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: uguaglianza formale e disuguaglianza sostanziale*".

<sup>222</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 189.

<sup>223</sup> Maggiori sono le spese per il possibile rimpatrio, maggiore sarà il disincentivo all'assunzione nei confronti dello straniero. Si deve ritenere, perciò, che la disposizione legislativa in esame abbia un effetto distorsivo del mercato del lavoro, nel senso che sfavorisce e discrimina coloro che provengono da Paesi del mondo molto lontani dall'Italia.

*malam partem*: “*esiste il problema della concreta ripartizione degli oneri economici*”<sup>224</sup> fra migrante e datore di lavoro.

Occorre domandarsi se gli illustrati aspetti svantaggiosi del contratto di soggiorno (disincentivo all’assunzione e concrete ricadute in *malam partem* degli obblighi normativamente attribuiti al datore di lavoro) continuano ad aversi, anche dopo che lo straniero abbia fatto regolare accesso nel mercato del lavoro italiano: in altre parole, l’istituto del contratto di soggiorno deve applicarsi ogni qual volta il migrante cambi impiego?

Prima del 2014 (quando, con il D. Lgs. n. 40, è stata data attuazione alla Direttiva 2011/98/UE) non poteva aversi alcun dubbio a proposito: l’instaurazione di un rapporto lavorativo con cittadino di paese terzo sempre significava - necessaria - assunzione delle obbligazioni ex art. 5 bis co. 1 lett. a) e b) da parte del nuovo datore di lavoro. Ciò si ricavava dalla lettera - tutt’ora vigente - dell’art. 5 co. 4 TUI (“Il rinnovo del permesso di soggiorno (...) è sottoposto alla verifica delle condizioni previste per il rilascio (...)”). Tale norma pareva non poter essere confutata da alcuna altra disposizione<sup>225</sup>. In dottrina, alla luce di questo dato normativo, venivano affrontate almeno due questioni problematiche: una, per così dire, “di sistema”, l’altra invece di ordine pratico.

S’è già avuto modo di osservare che, nell’ordinamento italiano, è ammissibile una disciplina speciale dedicata ai lavoratori migranti. Essa si giustifica nella misura in cui emerge l’esigenza di apprestare cura specifica a interessi di rilevanza pubblicistica (l’efficiente funzionamento del mercato del lavoro, la sicurezza e l’ordine pubblici...). Tali interessi di rilevanza pubblicistica possono essere pregiudicati dall’*arrivo* degli stranieri (di “troppi” stranieri, di stranieri “non desiderabili”; dall’arrivo “disordinato” di stranieri). È consentita perciò una produzione legislativa speciale con riguardo all’*ingresso* dei lavoratori migranti<sup>226</sup>. Quando però lo straniero sia già regolarmente soggiornante in Italia, ogni trattamento speciale – almeno, in campo lavoristico – dovrebbe venire meno. S’è già anticipato, a tal proposito, quanto sia cruciale il principio della parità di trattamento, sancito sì nel TUI<sup>227</sup>, ma soprattutto contenuto nella ratificata

---

<sup>224</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*.

<sup>225</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 190.

<sup>226</sup> Tali considerazioni sono state invero ampiamente sviluppate *supra*.

<sup>227</sup> Il riferimento non può che essere al più volte citato articolo 2 comma 3 TUI.

Convenzione OIL n. 143 del 1975 ed enucleabile dall'art. 35 co.1 della Costituzione. Norme speciali che riguardino lavoratori cittadini di Paesi terzi già presenti nel mercato del lavoro italiano, quindi, non solo possono creare perplessità circa la loro convenienza, ma soprattutto possono far sorgere dubbi circa la loro legittimità costituzionale (ex artt. 10 co. 2 e 35 co. 1 Cost.).

Che il lavoratore straniero già presente in Italia, per instaurare un nuovo rapporto di lavoro, dovesse necessariamente stipulare altro contratto di soggiorno, era dunque criticabile sul versante dell'opportunità<sup>228</sup> e, certo, problematico sul versante del rispetto del dettato costituzionale. Eppure la nuova stipulazione era sicuramente necessaria, se il lavoratore straniero voleva ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno. Non c'era disposizione che lasciasse intendere altrimenti.

Con il D. Lgs. n. 40 del 2014, il panorama normativo è al fine cambiato. Non si può più affermare, come in passato, che il nuovo rapporto di lavoro richieda il contratto di soggiorno. Con l'art. 2 del D. Lgs. 40, infatti, sono stati abrogati gli articoli 13 co. 2 bis<sup>229</sup> e 36-bis<sup>230</sup> del D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394. Entrambi contenevano previsioni in tema di stipulazione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato; tale stipulazione in particolare veniva indicata quale requisito per il *rinnovo* del permesso di soggiorno per motivi lavorativi.

Per l'interprete, la cancellazione degli artt. 13 co. 2 bis e 36 bis risulta molto significativa: nello sforzo di armonizzazione del diritto nazionale con il diritto dell'Unione - all'interno del quale, va ricordato, non esiste un istituto simile al contratto di soggiorno - il legislatore italiano ha abrogato le norme che, apertamente, definiscono il contratto in parola come necessario anche per il *rinnovo* del permesso di soggiorno.

È un dato, questo, che deve essere valorizzato nello sforzo di trovare una soluzione - per via interpretativa - all'antinomia descritta *supra*, una soluzione al contrasto fra: principio

---

<sup>228</sup> Il fatto che un nuovo datore di lavoro dovesse prendere su di sé le obbligazioni ex art. 5 bis co. 1 lett. a) e b) TUI, comportava un appesantimento degli oneri connessi all'assunzione dello straniero. Ciò avveniva in controtendenza con le forti istanze - già evidenziate *supra* - di semplificazione e flessibilità tutt'oggi riscontrabili nel mercato del lavoro italiano (da anni contrassegnato da grande dinamismo).

<sup>229</sup> Art. 13 co. 2 bis D.P.R. n. 394 del 1999: "Il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro è subordinato alla sussistenza di un contratto di soggiorno per lavoro, nonché alla consegna di autocertificazione del datore di lavoro attestante la sussistenza di un alloggio del lavoratore, fornito dei parametri richiamati dall'articolo 5-bis, comma 1, lettera a), del testo unico".

<sup>230</sup> Dell'art. 36 bis D.P.R. n. 394 del 1999 (interamente abrogato), interessa quanto era contenuto nel primo comma: "(Variazioni del rapporto di lavoro). - 1. Per l'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro, fermo restando quanto previsto dall'articolo 37, deve essere sottoscritto un nuovo contratto di soggiorno per lavoro, anche ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, di cui all'articolo 13".

della parità di trattamento, per gli stranieri che già abbiano fatto regolare accesso al mercato del lavoro italiano (principio come detto ricavabile da norme di carattere costituzionale e sovranazionale) e disciplina riguardante il rinnovo del permesso di soggiorno. La posta in gioco non è di piccolo valore: si tratta di rendere il quadro dei requisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno pienamente legittimo<sup>231</sup> all'interno del sistema italiano.

Il fatto che l'intervento normativo del 2014 non abbia in alcun modo inciso sull'art. 5 co. 4 TUI (all'interno del quale si continua a prevedere che "il rinnovo del permesso di soggiorno (...) è sottoposto alla verifica delle condizioni previste per il rilascio (...)") non può fuorviare lo sforzo interpretativo. Si deve ritenere che la stipulazione del contratto di soggiorno (con ciò che esso comporta, in particolare rispetto agli obblighi che il datore di lavoro deve assumere) sia oggi adempimento strettamente collegato alla procedura di rilascio del *primo* nulla osta al lavoro per lo straniero: il nulla osta, s'intende, con il quale lo straniero fa il suo primo ingresso per motivi di lavoro in Italia e con il quale lo straniero ottiene il suo primo permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Qualora si provasse a sostenere il contrario, evidentemente bisognerebbe concludere che le abrogazioni del 2014 non hanno avuto alcun significato<sup>232</sup>.

Con l'esame delle novità normative appena illustrate, può dirsi conclusa la trattazione dei tanti aspetti degni di nota propri dell'istituto del contratto di soggiorno. S'è trattato di un'analisi complessa e, per certi versi, faticosa. Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato, d'altronde, dice tanto della disciplina giuridica italiana in tema di accesso al lavoro dello straniero. Quasi, la stigmatizza. Essa è tutta singolarissima, vista la

---

<sup>231</sup> Fra l'altro, è opportuno osservare come le abrogazioni del 2014, in tema di necessaria stipulazione del contratto di soggiorno per il rinnovo del permesso, abbiano dato soluzione anche a un certo problema pratico. Infatti, se più datori di lavoro arrivano ad obbligarsi per il medesimo soggetto per il pagamento delle spese di rimpatrio, occorre chiedersi, per il caso in cui lo straniero diventi un irregolare sul territorio nazionale, chi paga per farlo ritornare in patria. A proposito si sosteneva, quale ragionevole soluzione, l'esistenza di un'obbligazione solidale in capo ai diversi datori di lavoro; di conseguenza, bisognava che fossero applicate le norme ex artt. 1292 ss. del codice civile. Tale soluzione però, apprezzabile a livello teorico, proprio nella prassi si rivelava inadeguata, visto che numerosi ostacoli potevano porsi al fisiologico funzionamento dei meccanismi che regolano i rapporti fra condebitori. Sarebbe stato necessario allora, per il singolo condebitore che avesse adempiuto per la totalità, sempre intraprendere una causa civile nei confronti di quegli altri che non fossero intenzionati a pagare le proprie quote, e magari allo scopo di ottenere somme di denaro davvero non considerevoli.

<sup>232</sup> M. Paggi, *Rinnovo del permesso per lavoro e abrogazione del contratto di soggiorno: non solo formalità*, cit. 85, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* (Milano, FrancoAngeli Editore, n. 2/2014).

peculiarità delle disposizioni che la compongono<sup>233</sup>; è utilizzata per rispondere a istanze che sono le più varie; ha il proprio perno nel connubio fra lavoro dello straniero e sua accettazione nel territorio nazionale. È una disciplina “barocca” e slegata, con il suo forte appesantimento burocratico, dalle esigenze della prassi, nonché complessa per l’interprete che vi si voglia misurare.

#### 2.2.3.6 *Le condizioni per l’ottenimento del nulla osta. L’impegno a comunicare ogni variazione concernete il rapporto di lavoro*

La proposta di contratto di soggiorno, dunque, va presentata presso lo Sportello unico ex art. 22 co. 2 lett. c). Occorre che sia avanzata insieme alla “richiesta *nominativa* di nulla osta al lavoro”<sup>234</sup> e alla “idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero”. Alla lettera d) è infine prescritta (sempre per chi voglia assumere lo straniero residente all’estero) la presentazione della “dichiarazione di impegno a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro”. Il comportamento descritto è *estremamente indeterminato*<sup>235</sup>. Un’interpretazione rigida di questo obbligo darebbe luogo a problemi pratici non di scarso rilievo.

Che cosa s’intende con “variazione concernente il rapporto di lavoro”? Possibile che ogni qual volta delle condizioni lavorative cambino, magari in modo vantaggioso per il prestatore, il datore di lavoro debba adempiere l’obbligo della comunicazione allo Sportello unico? Tale prospettiva risulta irrealistica, oltre che contraddittoria rispetto alla natura medesima della relazione di lavoro subordinato. Essa, infatti, è in una certa misura intrinsecamente caratterizzata da *flessibilità*, il che si può affermare in ragione del potere direttivo che l’art. 2094 c.c. riconduce in capo al datore di lavoro. È d’altronde proprio questo potere a costituire uno degli aspetti fondamentali della “subordinazione” del prestatore.

Peraltro, anche quando non si trattasse di cambiamenti “minimali” nel rapporto di lavoro, cambiamenti semplicemente inerenti alla *vitalità* quotidiana del rapporto, ma si avesse invece a che fare con cambiamenti “considerevoli” che consistono, ad esempio, nella variazione delle mansioni del lavoratore, oppure nelle variazioni dell’orario di lavoro o

---

<sup>233</sup> *Supra*, s’è addirittura avuto modo di definire il contratto di soggiorno quale “antinomia semantica” interna all’ordinamento.

<sup>234</sup> Con riguardo alla richiesta *numerica*, si ha la citata norma ex art. 22 co. 3 TUI.

<sup>235</sup> N. Castelli, *Politiche dell’immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 310.

del trattamento economico, la pedissequa osservanza dell'art. 22 co. 2 lett. d) risulterebbe comunque, per la parte datoriale, davvero gravosa. Si tratterebbe certo di un ulteriore disincentivo all'assunzione degli stranieri: ennesimo svantaggio competitivo, "sulla linea di partenza", per il migrante che voglia fare accesso al mercato del lavoro italiano. Davvero opportuna, alla luce di quanto detto, deve dunque ritenersi la chiarificazione contenuta nella circolare del Ministero dell'Interno n. 2768/2 del 2005. Vi si trova affermato<sup>236</sup> che: "il datore di lavoro dovrà esclusivamente comunicare, entro cinque giorni dall'evento, la data di *inizio* e la data di *cessazione* del rapporto di lavoro con il cittadino straniero, nonché il *trasferimento di sede* del lavoratore, con la relativa decorrenza".

Il generale obbligo previsto nel TUI, quindi, è rispettato se è effettuata comunicazione allo Sportello unico in tre sole occasioni - quelle invero più rilevanti nella vita stessa del rapporto di lavoro.

#### *2.2.3.7 Le condizioni per l'ottenimento del nulla osta. Il rispetto delle prescrizioni del contratto collettivo applicabile alla fattispecie*

Il procedimento per il rilascio del nulla osta deve concludersi nel termine complessivo di sessanta giorni (art. 22 co. 5 TUI). Prima che il D. Lgs. n. 40 del 2014 desse attuazione alla direttiva 2011/98/UE, il termine in esame era inferiore (pari a quaranta giorni). Evidentemente, nel tentativo di armonizzare il diritto interno con quello europeo, s'è arrivati a una previsione più sfavorevole per i migranti<sup>237</sup>. S'è trattato tuttavia di un cambiamento paradossale. L'obiettivo del legislatore europeo, infatti, consisteva nello snellire le procedure per l'ingresso regolare degli stranieri (non, invece, nell'aggravarle). Un termine più lungo per il rilascio del nulla osta rappresenta uno svantaggio non trascurabile, vista la complessiva farraginosità del meccanismo ex art. 22 TUI.

Perché l'istanza presentata dal datore di lavoro abbia buon esito, è necessario che siano rispettate non solo le condizioni ex comma 2, ma anche "le prescrizioni del contratto

---

<sup>236</sup> Nella circolare è fatto fra l'altro richiamo all'art. 36 bis D.P.R. 394/99. Tuttavia, tale articolo risulta oggi abrogato, come s'è avuto occasione di precisare *supra*.

<sup>237</sup> Al considerando n. 28 della direttiva, fra l'altro, si prevede che essa si applichi senza pregiudizio per quelle disposizioni che siano più favorevoli. Si tratta di una vera e propria clausola di salvaguardia la quale, tuttavia, è invero riferita solo alle norme unionali e alle norme contenute negli strumenti internazionali applicabili.

collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie<sup>238</sup>. Il legislatore, quindi, “*ribadisce l’opzione per il modello c.d. paritario di regolazione del mercato del lavoro degli immigrati, in quanto dominato dal principio della parità di trattamento tra lavoratori italiani ed immigrati*”<sup>239</sup>. Invero, la disposizione normativa in esame è stata oggetto di intervento modificativo nel 2002 (prima di tale intervento, si prescriveva che il datore di lavoro offrisse *condizioni di lavoro non inferiori* a quelle previste nel contratto collettivo nazionale applicabile).

L’innovazione normativa, apportata dalla Bossi-Fini, è stata valorizzata da una certa parte di dottrina. Addirittura, si è arrivati a ipotizzare l’introduzione, da parte del legislatore, di un inedito meccanismo legale di estensione dell’efficacia dei contratti collettivi. S’è sostenuto, infatti, che la disposizione di legge, nella nuova formulazione, avesse imposto l’applicazione dei contratti collettivi, “*quale onere aggiuntivo, anche al datore di lavoro non associato*” (o comunque non desideroso di applicare il contratto collettivo)<sup>240</sup>.

È stato osservato, tuttavia, che è più convincente una lettura interpretativa proprio opposta a quella appena illustrata. Il riferirsi, a livello normativo, al contratto collettivo applicabile alla fattispecie, e non al contratto collettivo *tout-court*, significherebbe che, utilizzando gli usuali criteri di individuazione del contratto collettivo, si potrebbe giungere alla conclusione che nessun contratto collettivo è per l’appunto applicabile alla fattispecie<sup>241</sup>.

Tale seconda proposta interpretativa è preferibile. Quando si optasse per la prima, infatti, potrebbe sorgere un dubbio circa la compatibilità della disposizione normativa ex art. 22 co. 5 TUI con il dettato costituzionale. Si avrebbe un’estensione *ex lege* dell’efficacia dei contratti collettivi per quei datori di lavoro (che assumono cittadini di Paesi terzi) non

---

<sup>238</sup> Come s’è avuto modo di anticipare *supra*, tale verifica non può che svolgersi sulla base del contenuto del contratto di soggiorno per lavoro subordinato.

<sup>239</sup> M. L. de Margheriti, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit. 200. Una certa parte di dottrina (a proposito, può richiamarsi la posizione di Germano Dondi) ritiene che le prescrizioni come quella in esame si rivelino all’atto pratico inadeguate. Esse, troppo rigide e slegate dai concreti bisogni dei lavoratori stranieri, sarebbero controproducenti. Soprattutto, negherebbero quel “diritto all’autosfruttamento” che “*da più parti viene invocato in funzione di una maggiore occupabilità*” degli immigrati (V. Papa *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 392). La questione non solo è complessa, ma alquanto delicata. Esiste un’innegabile “*tensione tra le opposte esigenze della tutela dell’uguaglianza (e della dignità) di soggetti appartenenti a minoranze e il diritto di questi ultimi di accettare trattamenti deteriori in funzione di una maggiore concorrenzialità*”.

<sup>240</sup> N. Castelli, *Politiche dell’immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit. 308. L’autrice propone, sul tema, la posizione dottrinale inizialmente espressa da L. Neri e A. Guariso.

<sup>241</sup> F. Santini, *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, cit. 221.

iscritti ad alcuna associazione di rappresentanza. Ciò, invero, risulterebbe contrastante con il meccanismo definito all'art. 39 co. 4 Cost.<sup>242</sup>. Va riconosciuta dunque come preferibile la seconda proposta interpretativa. In ragione di questa, l'art. 22 co. 5 TUI riesce certo costituzionalmente legittimo.

#### 2.2.4 *Il diniego del nulla osta*

Prima di procedere all'analisi della disciplina giuridica che regola l'ingresso vero e proprio del migrante nel Paese, occorre enumerare le ipotesi, espressamente individuate dal legislatore, integrate le quali la richiesta di nulla osta avanzata dal datore di lavoro ha esito negativo. Bisogna considerare, fra l'altro, che quando il nulla osta sia stato illegittimamente concesso, sussistendo una delle ipotesi in parola, l'amministrazione in via di autotutela potrà disporre la revoca.

Innanzitutto, si esamini l'art. 22 co. 5 bis TUI. Le prescrizioni ivi contenute riguardano tutte la persona del datore di lavoro. Gli deve essere negata la concessione del nulla osta, per lo straniero, nel caso in cui sia stato condannato, nei cinque anni precedenti la richiesta, per uno fra diversi reati. La previsione di legge, fra l'altro, specifica che la condanna in questione può essere contenuta anche in sentenza non definitiva; inoltre, si

---

<sup>242</sup> Com'è noto, soprattutto ai giuslavoristi, l'art. 39 co. 4 Cost. recita: "I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce".

Si coglie, fra l'altro, l'occasione per precisare una cosa. Quando il datore di lavoro eccede la propria assoluta estraneità al contratto collettivo, ciò non significa che per lui non si ponga la questione del rispetto di certi limiti - minimi, chiaramente - in tema di trattamento retributivo per i dipendenti. È noto che, fin dagli anni Cinquanta, i giudici della Corte di Cassazione hanno considerato quale *norma precettiva* l'art. 36 co. 1 Cost. ("Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa"). Così facendo, essi hanno inteso affermare, per il singolo giudice di merito, la possibilità di sindacare la clausola retributiva contenuta nel singolo contratto di lavoro. Il giudice stabilisce se essa possa, appunto, dirsi *proporzionata* (...alla quantità e alla qualità del lavoro - il richiamo alla *sufficienza* della retribuzione deve, invece, ritenersi più problematico). Solitamente, per lo svolgimento della valutazione in esame, il singolo giudice finisce per assumere, quale parametro di riferimento, i minimi salariali fissati nel contratto collettivo. La Corte di Cassazione afferma che un discostamento da tale termine di paragone deve essere motivato. Qualora, ex art. 36 co. 1 Cost., il giudice ritenga inadeguata la clausola retributiva inserita nel contratto individuale, la dichiarerà nulla per contrarietà a norma imperativa di legge (art. 1418 c.c.).

L'*excursus* proposto in queste righe trova la seguente ragione. Si è voluto sottolineare che, seppure il datore di lavoro dello straniero possa ben non applicare alcun contratto collettivo di lavoro, visto che - come s'è visto - non può sostenersi che per lui valga un peculiare meccanismo di estensione legale dell'efficacia dei contratti collettivi (quelli che altrimenti andrebbero applicati), ebbene, ciò non può portare a ritenere che in un sistema come il nostro, privo di un Salario Minimo Legale, il lavoratore (straniero) possa essere destinatario di una retribuzione "inadeguata" (nel senso che si è detto).

In ogni caso, si consiglia la lettura di M. Magnani, *Diritto sindacale*, cit. 116-7 (Torino, Giappichelli, 2013)

afferma che è considerata alla stregua di una sentenza di condanna, ai fini dell'applicazione del comma 5 bis, pure la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (ex art. 444 c.p.p.).

I reati enumerati al comma 5 bis sono: “il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati”; i “reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite”; la “intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ai sensi dell'articolo 603-bis<sup>243</sup> del codice penale”. Il comma 5 bis, peraltro, si conclude con un rimando ad altro comma del medesimo art. 22 TUI: il comma 12. Qui, si tratteggia un reato penale (più precisamente, un “delitto”, visto che è comminata la pena della reclusione) il quale concerne l'impiego, da parte del datore di lavoro, di manodopera irregolare (manodopera, cioè, non legittimata a permanere regolarmente in Italia)<sup>244</sup>.

Anche il comma 5 ter contiene delle previsioni riguardanti il rifiuto o, in caso di erronea concessione, la revoca del nulla osta al lavoro. In primo luogo, è contemplata l'ipotesi in cui i documenti presentati allo Sportello unico siano stati ottenuti con la frode; si dispone, poi, il diniego o la revoca del nulla osta se emerge che i documenti medesimi sono stati falsificati o contraffatti; infine, è fatto il caso in cui il migrante non abbia sottoscritto il contratto di soggiorno entro il termine di cui al comma 6 dell'art. 22 TUI (otto giorni dall'ingresso).

### 2.2.5 *L'ingresso in Italia del lavoratore subordinato migrante*

Conclusa l'analisi delle previsioni specifiche dedicate dal legislatore al tema del diniego del nulla osta, si continui a seguire il percorso normativo-burocratico attraverso il quale il lavoratore straniero fa il suo ingresso in Italia.

Lo Sportello unico, dopo aver verificato: il rispetto delle prescrizioni ex comma 2, delle prescrizioni contenute nel contratto collettivo applicabile alla fattispecie, la mancata

---

<sup>243</sup> Il comma 5 bis fa dunque riferimento a una fattispecie penale di recente creazione. L'art. 603 bis è stato introdotto dalla legge c.d. “anti-caporalato”, n. 199 del 2016. Una novità considerevole collegata all'art. 603 bis consiste nella punibilità del datore di lavoro. In passato, infatti, si poteva avere incriminazione soltanto per il caporale-intermediario.

<sup>244</sup> Per il momento, si sceglie di rimandare l'analisi dei commi 12 e seguenti: apposito focus sarà loro dedicato entro il paragrafo 1.8 del presente lavoro (il paragrafo è rubricato: “Irregolarità, sfruttamento lavorativo del lavoratore migrante e tecnica della sanatoria”).

integrazione delle ipotesi ex commi 5 bis e 5 ter, nel termine massimo di 60 giorni rilascia il nulla osta al lavoro. È necessario, peraltro, che a proposito sia stato sentito il Questore<sup>245</sup> e che poi sia stata controllata la congruenza della richiesta con i limiti numerici degli ingressi – limiti stabiliti ex artt. 3 co. 4 e 21 TUI.

Lo Sportello unico, inoltre, “a richiesta del datore di lavoro, trasmette la documentazione, ivi compreso il codice fiscale, agli uffici consolari, ove possibile in via telematica”. Rivolgendosi agli uffici consolari italiani, lo straniero può così ottenere un visto d’ingresso<sup>246</sup> per motivi di lavoro<sup>247</sup>, grazie al quale entrare regolarmente in Italia.

A tal proposito, occorre precisare che lo straniero deve fare il proprio ingresso entro massimo sei mesi dalla concessione del nulla osta poiché, trascorso tale lasso temporale, l’autorizzazione non è più valida (art. 22 co. 5 TUI).

Con riferimento allo svolgersi della procedura in esame quando il lavoratore straniero sia già presente (evidentemente, non in modo regolare o per motivi di lavoro) all’interno del

---

<sup>245</sup> Come ben chiarisce Chiaromonte, presso la Questura è svolta un’indagine circa l’inesistenza “*di motivi ostativi all’ingresso ed al soggiorno dello straniero nel territorio italiano*”. È ragionevole ritenere che i “motivi ostativi” in questione siano quelli indicati all’art. 4 co. 3 TUI - sebbene tutto l’art. 4 sia dedicato non tanto al rilascio del nulla osta, quanto al (contiguo) tema della concessione dei visti d’ingresso. Bisogna in primo luogo verificare che lo straniero non “sia considerato una minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l’Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone”. Esiste poi un’elencazione di reati cui prestare attenzione. Se lo straniero ha subito una condanna per una fra certe incriminazioni, non gli è infatti consentito il (nuovo) ingresso in Italia. Lo studioso può distinguere i reati “ostativi” ex art. 4 co. 3 in due gruppi: quelli individuati attraverso il rinvio all’art. 380 co. 1-2 c.p.p. (dove sono evidenziati i casi dell’arresto obbligatorio in flagranza) e quelli, invece, che appartengono a categorie indicate dallo stesso legislatore del TUI (soprattutto, i reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, l’immigrazione clandestina).

A parte l’equiparazione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti alla sentenza di condanna (che non può non rappresentare spunto per la curiosità degli amanti della procedura penale), è altro il dato normativo a risultare alquanto problematico. Il legislatore infatti afferma chiaramente che la condanna in questione può non essere definitiva. Fabrizia Santini (*L’ingresso dello straniero nel territorio dello Stato*, cit. 162, in *Lavoro e immigrazione*), osserva che una certa parte di dottrina ha riconosciuto in tale norma profili di illegittimità costituzionale: sarebbe violato il principio di presunzione di non colpevolezza.

Tuttavia (come la medesima autrice riporta) altra parte di dottrina ribatte che l’art. 27 Cost. non è violato quando alla sentenza non definitiva sono collegati immediati effetti extra-penali. La studiosa, dal canto suo, sembra davvero cogliere nel segno quando scrive: “*Fondati dubbi di legittimità, sotto il profilo della ragionevolezza, solleva invece la norma nel momento in cui dispone, non distinguendo fra le diverse tipologie d’ingresso, né in relazione alla gravità e/o al numero di reati commessi, né in relazione ad eventuali legami familiari dello straniero con cittadini italiani o comunitari residenti in Italia, un’esclusione automatica dello straniero, operante anche nel caso in cui il rilascio del visto sia connesso all’esercizio di un diritto fondamentale, come il diritto all’unità della famiglia, il diritto di difesa o il diritto alla salute*”.

<sup>246</sup> L’art. 4 co 1 TUI recita: “L’ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del *visto d’ingresso (...)*”.

<sup>247</sup> La tipologia del visto d’ingresso è appunto connessa “*ai diversi motivi per i quali l’ingresso è richiesto*” (F. Santini, *L’ingresso dello straniero nel territorio dello Stato*, cit. 163, in *Lavoro e immigrazione*).

nostro Paese, va detto che in linea teorica, se la funzione del visto è per l'appunto quella di *consentire l'ingresso* nello Stato, “*non è possibile il rilascio (né la proroga) di alcun tipo di visto allo straniero che già si trovi nel territorio di quest'ultimo. Il Ministero degli esteri (...) ha revocato tuttavia tale divieto per i lavoratori subordinati, affermando che la presenza di un cittadino non UE privo del permesso di soggiorno sul territorio italiano durante l'iter autorizzativo al lavoro non costituisce elemento autorizzativo al rilascio delle autorizzazioni, nulla osta e relativi visti d'ingresso*”<sup>248</sup>. In tal senso, è stato creato un piccolo regime speciale.

L'art. 5 co. 8 D.P.R. n. 394/1999 prevede che il visto sia concesso nel termine di 90 giorni - quando siano integrati i requisiti richiesti. Tali requisiti hanno carattere soggettivo od oggettivo. La valutazione circa la sussistenza dei primi dipende dall'Autorità di pubblica sicurezza. I requisiti con carattere soggettivo sono, in generale, riconducibili all'esigenza del mantenimento dell'ordine pubblico: se lo straniero possa rappresentare o meno una minaccia per la società italiana. Per quanto concerne, invece, i requisiti di carattere oggettivo, si ha che, nella domanda in forma scritta presentata presso l'ufficio consolare, lo straniero deve attestare<sup>249</sup>: lo scopo del soggiorno<sup>250</sup>, le condizioni del soggiorno<sup>251</sup>, quali siano i mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del suo soggiorno<sup>252</sup>.

La concessione del visto d'ingresso forma oggetto non tanto di diritto soggettivo, quanto di interesse legittimo in capo allo straniero. Quando gli uffici consolari rispondano negativamente all'istanza, il loro provvedimento - scritto e motivato - potrà perciò essere impugnato presso il giudice amministrativo. A questo proposito, va notato che sia il provvedimento di diniego sia una nota contenente la descrizione delle modalità

---

<sup>248</sup> F. Santini *L'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato*, cit. 158, in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>249</sup> Solitamente, per l'ottenimento del visto d'ingresso, il cittadino di Paese terzo deve anche indicare quali siano i mezzi che ne garantiscono il ritorno nel Paese di provenienza. Per il caso del lavoratore migrante, tuttavia, tale indicazione non è richiesta (art. 4 co. 3 TUI) e ciò in coerenza con quanto studiato in tema di rilascio del nulla osta, visto che assicurare le spese per il rimpatrio forma oggetto di specifica obbligazione da parte del datore di lavoro.

<sup>250</sup> Per quanto qui interessa, lo straniero desidera fare ingresso in Italia per svolgere attività di lavoro subordinato.

<sup>251</sup> Anche riguardo le condizioni di soggiorno, si rende necessaria una precisazione per il lavoratore migrante. *Supra* s'è visto che sia per avanzare richiesta di nulla osta (che sia completa), sia per proporre contratto di soggiorno (che poi sia valido), il datore di lavoro deve: indicare la sistemazione alloggiativa per lo straniero e, contestualmente, garantirne la disponibilità. Evidentemente, lo straniero farà riferimento proprio alla sistemazione alloggiativa predisposta dal datore di lavoro.

<sup>252</sup> Evidentemente tale attestazione sarà collegata al contenuto del contratto di soggiorno.

dell'impugnazione debbono essere comunicati allo straniero (possibilmente, in una lingua a lui comprensibile).

### 2.2.6 Lavoro e regolare permanenza in Italia

Il lavoratore migrante che abbia ottenuto il visto d'ingresso, come anticipato, deve entrare in Italia entro sei mesi dal rilascio del nulla osta al lavoro. Entro otto giorni dall'ingresso, poi, egli “*deve recarsi presso lo Sportello unico che ha rilasciato il nulla osta allo scopo di firmare il contratto di soggiorno per lavoro subordinato, che resterà ivi conservato e trasmesso, in copia, all'autorità consolare ed al Centro per l'impiego (art. 22 co. 6), nonché allo stesso datore di lavoro*”<sup>253</sup> (...) *solo a seguito della firma del contratto (...) inizierà a decorrere il rapporto di lavoro*”. Tale affermazione risulta coerente rispetto alla ricostruzione critica sostenuta *supra* - del contratto di soggiorno quale vero e proprio contratto di lavoro. Per quanto concerne gli adempimenti di natura lavoristica, “*il datore di lavoro deve provvedere alla comunicazione di assunzione on line nelle 48 ore dalla firma del contratto*”<sup>254</sup>, utilizzando il c.d. modello “Unificato Lav”.

La stipulazione del contratto di soggiorno rappresenta un momento fortemente significativo. Ciò dipende soprattutto da due ragioni. In primo luogo, come s'è visto, proprio con la stipulazione ha origine il rapporto di lavoro. In secondo luogo, vi si riconosce (ex art. 5 co. 3 bis TUI) un passaggio irrinunciabile. La stipulazione del contratto di soggiorno rappresenta *condicio sine qua non* perché poi sia concesso il “permesso unico di lavoro e soggiorno”<sup>255</sup>.

Bisogna aggiungere, per di più, che il contenuto del *permesso* dipende per una certa misura da quanto è previsto nel *contratto*: è il caso della *durata* (del permesso). Il legislatore precisa che: “la durata del relativo permesso di soggiorno per lavoro è quella prevista dal contratto di soggiorno”. La lettura della norma non può non far domandare: se è instaurato un rapporto di lavoro subordinato *a tempo indeterminato*,

---

<sup>253</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 190.

<sup>254</sup> V. Fusaro, *Impiego di lavoratori extracomunitari e vigilanza*, in *Diritto e Pratica del lavoro* 38/2017 (Wolters Kluwer Italia, consultabile su <http://www.dottrinalavoro.it>). Com'è noto, per la comunicazione va utilizzato il “sistema informatico di invio delle Comunicazioni obbligatorie”.

<sup>255</sup> Ancora una volta si ricordi che, ex art. 5 co. 1 TUI, il permesso di soggiorno costituisce il titolo amministrativo che legittima la presenza dello straniero nel territorio nazionale italiano. Occorre fra l'altro chiarire che, ex art. 4 co. 8 par. 1 TUI: “Nel permesso di soggiorno che autorizza l'esercizio di attività lavorativa secondo le norme del presente testo unico e del regolamento di attuazione è inserita la dicitura: “perm. unico lavoro”.

conseguentemente il permesso per lo straniero non possiederà scadenza alcuna? La prosecuzione dell'articolo 5 co. 3 bis consegna una risposta negativa. Vi si afferma infatti che: "in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato", per il permesso di soggiorno non può essere superata "la durata di due anni".

Insomma: il migrante lavoratore entra in Italia a condizione che abbia un lavoro; il rapporto di lavoro è instaurato con uno strumento peculiare, il contratto di soggiorno, che significa per la parte datoriale assunzione di una serie di obblighi riferibili a interessi pubblicistici; anche quando il lavoro sia a tempo indeterminato, è definito un "tetto" al perdurare della legittima presenza del lavoratore. Il rinnovo del permesso, poi, dipende dall'integrazione delle stesse condizioni che ne consentono il rilascio (art. 5 co. 4 TUI).

Il percorso così sintetizzato è innegabilmente "irto di ostacoli, incertezze e disagi". Alcuni autori ritengono che tale regolamentazione (che stabilisce il nesso contratto/permesso di soggiorno e poi l'*intrinseca temporaneità* del permesso) ben stigmatizzi l'intera disciplina dell'accesso al lavoro per il migrante. Essa è interpretata come un "tirocinio forzato alla precarietà". Invero, con commento dotato di grande *vis polemica* e, forse, non esente da una certa impostazione ideologica di fondo, si sostiene che lo Stato italiano riservi agli stranieri una sorta di "pedagogia della precarietà"<sup>256</sup>, funzionale al ruolo - marginale, subalterno: precario - loro (in)naturalmente destinato all'interno della realtà lavorativa, e quindi socio-economica italiana.

#### 2.2.6.1 *La problematica delle differenti durate massime dei permessi unici di lavoro e soggiorno*

Occorre, fra l'altro, notare che la durata massima del permesso di soggiorno, concesso per motivi di lavoro, varia a seconda della diversa natura del rapporto di lavoro instaurato dallo straniero in Italia (art. 5 co. 3 bis TUI). "In relazione ad uno o più contratti di lavoro stagionale", la durata complessiva non può essere superiore a nove mesi, mentre "in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a *tempo determinato*", il permesso non può valere più di un anno.

Non può non evidenziarsi la brevità dei termini di durata massima indicati dal legislatore. Rispetto alla ragionevolezza di tali previsioni, poi, conviene interrogarsi. Se ad esempio uno straniero instaura un rapporto di lavoro a tempo determinato e la durata di tale

---

<sup>256</sup> M. Ferrero e F. Perocco *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 16, in *Razzismo al lavoro*.

rapporto è di due o anche tre anni<sup>257</sup>, che senso ha costringere l'immigrato a rinnovare il proprio permesso di soggiorno con scadenza annuale? Richiedere il rinnovo del permesso di soggiorno significa non soltanto richiedergli di affrontare una procedura burocratica ma pure, necessariamente, richiedergli di versare un contributo<sup>258</sup>. Quando il lavoratore assunto a tempo determinato per un periodo comunque sovra-annuale, si presenti allo Sportello unico, l'amministrazione può soltanto constatare: o che sono rimaste immutate le condizioni in base alle quali il permesso era stato rilasciato la prima volta; oppure, che lo straniero ha perso il proprio posto di lavoro. Questa è un'evenienza che, ovviamente, può incontrarsi anche nel caso in cui lo straniero abbia instaurato un rapporto di lavoro a tempo indeterminato<sup>259</sup>. Come giustificare allora, sul versante della ragionevolezza, che la distinzione sia operata *tout court* fra lavoratori stranieri assunti a tempo determinato (i quali devono rinnovare il proprio permesso di soggiorno almeno annualmente) e lavoratori stranieri assunti a tempo indeterminato (che invece possono rinnovarlo ogni due anni)? La distinzione è operata senza che possa, in alcun modo, essere presa in considerazione l'estensione temporale del rapporto lavorativo a tempo determinato. In conclusione, si possono avere due stranieri i quali, per un periodo *superiore ai due anni*, rivestono le medesime condizioni di lavoratori subordinati - almeno in prospettiva - ma sono trattati in modo diverso. Tale disparità, occorre evidenziare, significa un sicuro

---

<sup>257</sup> L'art. 19 co. 1 del Decreto Legislativo n. 81/2015 recita: "Al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a trentasei mesi".

<sup>258</sup> Il riferimento non può che essere alla c.d. "tassa di soggiorno" ex art. all'articolo 5, comma 2-ter del decreto legislativo 25 luglio 1998, n.286.

<sup>259</sup> Occorre, anzi, prendere atto di un dato incontestabile. Il diritto del lavoro italiano, com'è noto, ha subito negli ultimi anni delle importanti trasformazioni - soprattutto, in tema di recesso datoriale dal rapporto di lavoro. Alla luce di queste innovazioni, contrariamente a quanto appartiene "al senso comune", il lavoro a tempo determinato si può dire sia venuto a rappresentare un impiego più "sicuro" che non quello a tempo indeterminato. È molto più difficile licenziare chi sia stato assunto a termine. Di conseguenza, quando si abbia, ad esempio, un lavoratore straniero assunto con contratto a tempo determinato triennale, deve ritenersi che, in base alla normativa esistente, sia meno facile che costui perda il posto di lavoro, rispetto ad altro lavoratore straniero assunto a tempo indeterminato. Ovviamente, tali considerazioni hanno valore quando si circoscriva l'ambito temporale di riferimento, facendolo coincidere con la durata del rapporto di lavoro a tempo determinato. Non essendo questa la sede per addentrarsi nell'analisi della disciplina sui licenziamenti (cioè la disciplina del contratto c.d. "a tutele crescenti"), può comunque emblematicamente citarsi la posizione di Giuseppe Ludovico. Egli s'interroga sulla convenienza per il prestatore di lavoro di attivarsi, per ottenere l'irrogazione della misura sanzionatoria prevista in caso di violazione dei limiti imposti all'utilizzo del contratto di lavoro a tempo determinato. La sanzione, chiaramente, consiste nella conversione del rapporto di lavoro, di modo tale che questo non sia più sottoposto a condizione risolutiva. Ebbene, a proposito, l'autore emblematicamente scrive: "*Per quale ragione, infatti, il lavoratore dovrebbe agire per far accertare l'assenza delle ragioni giustificatrici, se l'unico effetto sarebbe quello dell'instaurazione di un rapporto dotato di una stabilità che potrebbe essere anche inferiore a quella garantita da un rapporto a termine?*" (G. Ludovico, *Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti*, cit. 28, WP. ADAPT, n. 14/2017, consultabile su [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it)).

pregiudizio per il lavoratore assunto a tempo determinato - e ciò anche solo a causa del necessario pagamento della c.d. “tassa di soggiorno”.

#### 2.2.6.2 *Il connubio lavoro/regolare permanenza*

La stipula del contratto di soggiorno, con cui - si ricordi un’ulteriore volta - il legislatore prevede sia instaurato il rapporto di lavoro dello straniero in Italia, rappresenta condizione fondamentale perché sia concesso il permesso unico di lavoro e soggiorno. Il permesso rappresenta il “*cardine del sistema di controllo amministrativo della materia*”<sup>260</sup>. L’art. 5 co. 9 TUI prevede che esso sia rilasciato entro 60 giorni dall’avanzamento della relativa richiesta al questore. Tale richiesta va presentata, invece, nel giro di otto giorni dall’ingresso del lavoratore nel territorio dello Stato: lo stesso termine previsto per la firma del contratto di soggiorno. “*Qualora il questore non rilasci o non rinnovi allo straniero il permesso di soggiorno (entro il termine previsto), questi potrà legittimamente soggiornare nel territorio dello Stato e svolgere temporaneamente un’attività lavorativa (...) purché la richiesta di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro sia stata effettuata all’atto della stipula del contratto di soggiorno*”<sup>261</sup> (art. 5 co. 9 bis TUI). Il rilascio del permesso di soggiorno è subordinato al superamento di certe condizioni<sup>262</sup>. Si tratta di condizioni ulteriori, rispetto a quelle già studiate in tema di nulla osta al lavoro e validità del contratto di soggiorno: condizioni per l’approfondimento delle quali il presente lavoro non è la sede opportuna. Circa il connubio permesso di soggiorno/possesso di un’occupazione, invece, conviene ancora dare almeno tre precisazioni. È vero che lo straniero, entrato in Italia per motivi lavorativi, è tollerato in quanto possiede un impiego; tale affermazione, però, non deve essere interpretata in modo rigido. Se anche lo straniero è licenziato o si dimette, egli può regolarmente permanere in Italia, finché non sia scaduto il termine di validità apposto al permesso di soggiorno. Non solo, si deve ritenere che lo straniero privo di un’occupazione abbia il diritto, ex art. 22

---

<sup>260</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 158. L’autore fa proprie le parole di Massimo Pastore.

<sup>261</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 160. Bisogna osservare che, spesso, il momento del rinnovo del permesso di soggiorno è considerato dagli attori del mercato del lavoro come intrinsecamente incerto. Esiste una certa prassi “*seguita da agenzie interinali e da alcuni datori di lavoro, secondo cui viene negata l’assunzione dell’immigrato straniero con il permesso di soggiorno in attesa di rinnovo*” (V. Azzeruoli, *Crisi e discriminazioni: uno studio di caso*, cit. 109, in *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010).

<sup>262</sup> Si fa riferimento all’adesione dello straniero allo “Accordo di integrazione” (art. 4 bis co. 2 TUI), nonché al (già accennato) pagamento necessario della c.d. “tassa di soggiorno”.

co. 11, di iscriversi alle liste di collocamento<sup>263</sup>, per essere sostenuto nella ricerca del lavoro. Quando così non fosse, egli subirebbe un trattamento ingiustificatamente più svantaggioso rispetto ai lavoratori italiani.

Bisogna osservare che regolarità della posizione dello straniero, nel territorio dello Stato, non significa necessariamente regolarità della sua posizione lavorativa. Chi entra in Italia nel rispetto delle regole può ben trovarsi a svolgere un'occupazione nell'economia sommersa<sup>264</sup>: accade spesso a quelle donne straniere che, dopo il ricongiungimento con i mariti, svolgono “in nero” ruoli di colf e badanti. Disciplina della *migrazione* regolare e disciplina del *lavoro* regolare si pongono dunque su due piani concettualmente distinti, da non confondere<sup>265</sup>. E tuttavia, è innegabile che spesso “*processi di informalizzazione economica e processi di irregolarizzazione amministrativa*” si combinino, dando luogo come ad una diffusa “*segregazione nella segregazione*”<sup>266</sup>. Si vuole, con tale espressione, delineare uno scenario dove la “*produzione istituzionalizzata di clandestinità*”<sup>267</sup> spinge all'estremo la condizione di dipendenza, vulnerabilità e precarietà solitamente sperimentata dal lavoratore dell'economia sommersa.

Occorre infine evidenziare quanto affermato nella primissima parte dell'art. 6 TUI. Si ha che: “Il permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro subordinato, lavoro autonomo e familiari può essere utilizzato *anche per le altre attività consentite*”. Nel prosieguo dell'articolo, si legge inoltre che: (il permesso) “rilasciato per motivi di studio e formazione può essere *convertito*, comunque prima della sua scadenza, e previa stipula del contratto di soggiorno per lavoro ovvero previo rilascio della certificazione attestante la sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 26<sup>268</sup>, in permesso di soggiorno *per motivi*

---

<sup>263</sup> Tale notazione, del resto, è già stata fatta *supra*.

<sup>264</sup> M. Tiraboschi in *Extracomunitari e lavoro “atipico”*, cit. 506.

<sup>265</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 6.

<sup>266</sup> R. Cillo, *Economia sommersa e lavoro degli immigrati*, cit. 90-1, in *Razzismo al lavoro*. L'autrice, commentando i dati di una ricerca condotta in Italia nell'ambito del progetto UWT (*Undocumented Workers Transitions*), afferma che raramente “*gli immigrati senza permesso di soggiorno riescono a ottenere un lavoro in regola in breve tempo*”. Fra l'altro, questa iniziale esperienza “*nel lavoro sommerso è percepita (ed effettivamente lo è) come un passaggio ineluttabile, un fenomeno ordinario*”. La studiosa, in relazione a quanti soggiornano in modo irregolare, sostiene quindi causticamente: “*il lavoro non in regola è la regola*”.

<sup>267</sup> Si pensi: sia alle molteplici (e analizzate) cause della grave difficoltà a immigrare regolarmente; sia alla molto nota (e contestata) norma ex art. 10 bis TUI, dove è tratteggiato il reato di “Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato”. L'esistenza di tale reato, senza dubbio, acuisce i problemi di chi da *clandestino* “pretenda” un lavoro irregolare ma dignitoso.

<sup>268</sup> L'art. 26 TUI è emblematicamente rubricato: “Ingresso e soggiorno per lavoro autonomo”.

*di lavoro* nell'ambito delle quote stabilite a norma dell'articolo 3, comma 4 (...). Tali norme danno il segno di un sistema *moderatamente flessibile* della regolare permanenza in Italia del migrante. Esse introducono un (prezioso) fattore di elasticità. I permessi rilasciati riescono così a “contenere” le mutevoli situazioni lavorative incontrate dallo straniero. Si parla, non a caso, di *multifunzionalità* del permesso di soggiorno.

#### 2.2.6.3 Considerazioni ulteriori circa il connubio lavoro/permanenza regolare

È innegabile comunque, nonostante la *moderata flessibilità* di cui s'è detto, che i permessi di soggiorno, o meglio, i permessi “unici di lavoro e soggiorno” (art. 4 co. 8 par. 1 TUI), consegnino il lavoratore migrante come a una dimensione “sospesa” e ciò in ragione della loro fondamentale temporaneità<sup>269</sup>. Al lavoratore migrante è richiesto periodicamente, fintanto che non possa conquistare una posizione più stabile<sup>270</sup>, di dimostrare l'integrazione di requisiti stabiliti dal legislatore. Sono i requisiti a fronte dei quali la sua permanenza in Italia è tollerata (verrebbe da dire, è considerata *utile*). La dimensione “sospesa” sperimentata dal migrante accresce di intensità, a seconda della natura del rapporto di lavoro di cui è titolare. S'è visto, come a una tipologia di rapporto *latu sensu* più flessibile (il lavoro a tempo determinato) sia associata una minore durata massima del permesso di soggiorno.

Il generale carattere intrinsecamente temporaneo dei permessi, unito a questo dato normativo (la differenziazione delle durate massime) ha formato oggetto di critiche anche roventi. Si è arrivati ad affermare che: “*la frammentazione delle tipologie di permesso di soggiorno e la pluralizzazione della durata dei permessi di soggiorno hanno completato*

---

<sup>269</sup> Della durata massima dei permessi unici di lavoro e soggiorno s'è avuto occasione di dire *supra*.

<sup>270</sup> Si allude alla possibilità, per il cittadino di Paese terzo, di ottenere il permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti. Tale titolo, teso a legittimare la presenza dello straniero in Italia, si caratterizza per il fatto che è concesso a tempo indeterminato. Il suo ottenimento significa per lo straniero l'acquisizione di una certa stabilità: non forma più oggetto di periodica verifica la meritevolezza della sua permanenza. Il legislatore italiano stabilisce, all'art. 9 co. 1 TUI, le condizioni in base alle quali è rilasciato il permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti. Si trova affermato che: “Lo straniero in possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità, che dimostra la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente secondo i parametri indicati nell'articolo 29, comma 3, lettera b) e di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio, può chiedere al questore il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, per se' e per i familiari di cui all'articolo 29, comma 1”.

*la stratificazione dello status giuridico, portando a una vera e propria gerarchia della precarietà, istituzionalizzata e acuitizzata a seguito della legge 189/2002*<sup>271</sup>.

In questa affermazione, riecheggiano concetti di cui già si è dato conto<sup>272</sup>. Non solo può ben riproporsi l'immagine di "ultra-dipendenza" suggerita da Bridget Anderson<sup>273</sup>, ma può anche essere ripresa l'intuizione di Mark Freedland e Cathryn Costello, secondo i quali il diritto (pubblico) dell'immigrazione ha un impatto divisivo sul diritto del lavoro<sup>274</sup>, poiché categorizza in modo ulteriore i lavoratori. Ad esempio, è sicuramente "più precario" - al di là di quanto "dipende" dal diritto del lavoro - il migrante che, in ragione delle caratteristiche del contratto di lavoro di cui è titolare, possiede un permesso unico di lavoro e soggiorno di durata contenuta.

Di "ultra-dipendenza" dei lavoratori, nei confronti dei datori di lavoro, è possibile d'altro canto parlare, perché per il migrante l'occupazione rappresenta: sia fonte di sostentamento, sia fattore di inclusione nella società italiana, sia requisito periodicamente verificato per la regolare presenza nel territorio nazionale, vista la intrinseca temporaneità dei permessi di soggiorno. Il lavoro, per il migrante che non voglia consegnarsi al buco nero dell'irregolarità, ha quindi importanza a 360 gradi.

---

<sup>271</sup> M. Ferrero e F. Perocco *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 40, in *Razzismo al lavoro*. Gli autori, proseguendo coerentemente la propria riflessione, giungono a conclusioni anche radicali. Essi affermano che la sistematizzata "frammentazione degli status giuridici dei lavoratori immigrati, che vengono suddivisi in molteplici categorie (...)" comporta lo spezzamento di "qualunque possibile legame solidaristico (...) mortificando qualunque possibilità di costruire un fronte comune di rappresentanza di interessi".

<sup>272</sup> Soprattutto, giova ricordare quanto scritto nelle brevi pagine del "Capitolo 0".

<sup>273</sup> B. Anderson, *Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers*, cit. 311, 2010 (consultabile su <http://www.sagepub.co.uk/journalsPermissions.nav>).

<sup>274</sup> C. Costello, M. Freedland, *Migrants at work and the Division of Labour Law*, cit. 9, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.





## CAPITOLO 3 – LE DISCIPLINE “SPECIALI” DELL’INGRESSO

### 3.1 I LAVORATORI MIGRANTI ALTAMENTE QUALIFICATI

L’attenzione finora dedicata, al tema dell’ingresso in Italia del migrante per motivi di lavoro, ha obbedito a una direttrice fondamentale. S’è tentato di fornire uno schema generale della disciplina esistente, prendendo a riferimento colui che, secondo la più tradizionale delle visioni del mercato del lavoro, dovrebbe rappresentarne il protagonista *par excellence*: il lavoratore subordinato (a tempo indeterminato<sup>275</sup>); un lavoratore, fra l’altro, “normale”, nel senso che finora non lo si è caratterizzato ulteriormente, in ragione del suo mestiere o del carattere stagionale del suo impegno lavorativo. Invero, la realtà normativa italiana dell’ingresso per motivi di lavoro è maggiormente complessa. Più che di “disciplina dell’ingresso”, infatti, bisognerebbe parlare di diverse “discipline” speciali. Tuttavia fare riferimento a delle “discipline speciali” non significa alludere a “rapporti di lavoro speciali”. *“La specialità della disciplina in esame attiene, infatti, non al particolare contenuto dell’attività lavorativa o al particolare contenuto dei rapporti fra le parti, bensì alle peculiarità di dette attività con riferimento alle politiche dell’immigrazione”*<sup>276</sup>. Insomma, non si stanno per analizzare forme contrattuali “speciali”.

I dati dicono che ad oggi sono davvero ridotti gli ingressi regolari di stranieri per motivi di lavoro subordinato a tempo indeterminato<sup>277</sup>; maggiore attenzione meriterebbero quindi altri canali della presenza regolare di manodopera straniera: i canali resi relevantissimi dalle scelte operate dal legislatore. Si avrà occasione, allora, di soffermarsi sulla *importanza sociale* e la *centralità economica* del lavoro *stagionale* degli immigrati<sup>278</sup>, come pure di analizzare le proporzioni quasi epocali dei grandi interventi di

---

<sup>275</sup> Nel caso in cui nel contratto di soggiorno sia inserita una clausola di termine finale, s’è visto che cosa cambia per il lavoratore straniero assunto a tempo determinato. In particolare, s’è detto della norma del TUI riguardante la durata massima del permesso di soggiorno da rilasciarsi a questo lavoratore.

<sup>276</sup> M. Ferraresi, *Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri professionali*, cit. 254, in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>277</sup> D’altronde, più di un accenno alle scelte fondamentali contenute negli ultimi decreti-flussi è stato fatto *supra*. Poco, pochissimo spazio è riservato a quei lavoratori che (avendo potenzialmente in mano un contratto di lavoro a tempo indeterminato) intendano venire in Italia per stabilirvisi in modo duraturo.

<sup>278</sup> In proposito verranno richiamate, fra le altre, le constatazioni di V. Papa, M. Ferraresi e W. Chiaromonte.

sanatoria, operati dal legislatore italiano, nei confronti degli irregolari presenti nel Paese<sup>279</sup>.

Esiste, peraltro, una disciplina speciale riguardante determinati lavoratori stranieri la quale, sebbene negli anni abbia, almeno in Italia, trovato scarso utilizzo<sup>280</sup>, è stata realizzata con obiettivi ambiziosi e secondo modalità esse stesse ambiziose. Si tratta della disciplina riservata ai lavoratori altamente qualificati. Per loro è disegnata una procedura speciale, facilitata e velocizzata, per l'ingresso nel mercato del lavoro nazionale<sup>281</sup>. Chi siano tali lavoratori è spiegato, nel caso italiano, all'articolo 27 quater comma 1 TUI. Alla lett. a), primo comma, si ha che: sono lavoratori altamente qualificati i titolari "del titolo di istruzione superiore rilasciato da autorità competente nel Paese dove è stato conseguito che attesti il completamento di un percorso di istruzione superiore di durata almeno triennale e di una qualifica professionale superiore, come rientrante nei livelli 1, 2 e 3 della classificazione ISTAT delle professioni CP 2011 e successive modificazioni, attestata dal paese di provenienza e riconosciuta in Italia"<sup>282</sup>. L'art. 27 quater TUI è dedicato a quanti, caratterizzati nel modo descritto, intendono fare ingresso in Italia per svolgere "prestazioni lavorative retribuite *per conto o sotto la direzione o il coordinamento* di un'altra persona fisica o giuridica".

### 3.1.1 La Direttiva 2009/50/CE

Per comprendere fino in fondo la materia in questione, occorre dire che la costruzione di una disciplina, riguardante lo spostamento transnazionale di lavoratori altamente qualificati, ha ricevuto un *input* di matrice europea. Nel 2009, è emanata la Direttiva CE n. 50 (c.d. *Blue Card Directive*).

La Direttiva concerne *in primis* le regole in tema di accesso ai mercati del lavoro europei da parte degli stranieri altamente qualificati; *in secundis*, le regole circa il trattamento da

---

<sup>279</sup> Prezioso si rivelerà, soprattutto, il rimando allo scritto di A. Bollani e S. Spataro, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie* in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>280</sup> Dati statistici, circa lo scarso utilizzo della disciplina riservata al lavoratore straniero altamente qualificato, sono stati forniti da Maurizio Ambrosini e Alberto Guariso, nel convegno milanese (promosso da ASGI) citato *supra*.

<sup>281</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 26.

<sup>282</sup> Perché il lavoratore straniero altamente qualificato possa svolgere in Italia prestazioni regolamentate, è necessario che sia in possesso "dei requisiti previsti dal decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 206" (art. 27 quater co. 1 lett. b)).

riservare a questi lavoratori. Degna di nota è sicuramente la parte di disciplina, nella Direttiva, dedicata al tema della libertà di spostamento nell'Unione, poiché desiderio del legislatore europeo potrebbe dirsi essere stato quello di creare uno spazio unico per la mobilità del lavoro straniero *highly-skilled*. Tuttavia, l'esito di tale sforzo normativo è alquanto discutibile, a causa della possibilità lasciata agli Stati membri di subordinare il legittimo accesso al mercato del lavoro nazionale, da parte dello straniero altamente qualificato, al parere positivo di una propria autorità<sup>283</sup>.

Sebbene la Direttiva in esame abbia avuto un evidente valore settoriale (rivolgendosi soltanto a una certa tipologia di lavoratori migranti), José Barroso, presidente della Commissione europea al momento dell'emanazione, affermò che tale iniziativa doveva leggersi come una prima risposta a questioni problematiche di centrale interesse per l'Unione. Egli faceva riferimento: alle carenze (anche prospettate) di manodopera formata all'interno dei Paesi UE<sup>284</sup>; al paradosso consistente nell'esistenza di 27 diversi meccanismi di ammissione dello straniero, uno per ogni Stato europeo; infine, al *gap* in tema di diritti, riscontrabile ponendosi a confronto lavoratori cittadini UE e lavoratori cittadini di Paesi terzi<sup>285</sup>. Non a caso, la Direttiva (che pure ha rappresentato una soluzione solo molto parziale a questioni problematiche ben più ampie) è stata definita quale *momento di implementazione della strategia di Lisbona per l'Unione europea*<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> E. Guild, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, cit. 108, *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*. Secondo l'autrice, il desiderio del legislatore europeo non potrebbe dirsi essere stato perseguito fino in fondo, in ragione della previsione contenuta all'art. 18 co. 2 ultimo periodo della Direttiva. "(...) Il secondo Stato membro può decidere, in conformità al diritto nazionale, di non consentire al richiedente di lavorare finché una decisione positiva sulla domanda non sia presa dalla propria autorità competente".

<sup>284</sup> Che la Direttiva 2009/50/CE sia considerata strumento giuridico prezioso per i mercati del lavoro europei (come pure, in generale, per i sistemi economico-produttivi degli Stati membri), trova conferma nelle affermazioni contenute entro il Terzo Rapporto Annuale sull'Immigrazione e l'Asilo, realizzato dalla Commissione UE nel 2011. Nel rapporto, si cerca di mostrare come interventi normativi quali la Blue Card Directive svolgano "un ruolo centrale nell'assicurare la competitività dell'Unione sul lungo periodo e, infine, il futuro del suo modello sociale". Inoltre, entro il testo stesso della Direttiva, al considerando n. 15 si trova affermato che "la mobilità occupazionale e geografica dei lavoratori altamente qualificati provenienti da paesi terzi dovrebbe essere riconosciuta come meccanismo primario per migliorare l'efficienza del mercato del lavoro, prevenire le carenze di competenze e compensare gli squilibri regionali".

<sup>285</sup> Un'efficace sintesi delle parole pronunciate dall'allora Presidente della Commissione Barroso si trova nell'Introduzione di T. Strik e C. Grütters alla preziosa opera, da loro curata, *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States* (consultabile su <http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/115936>).

<sup>286</sup> B. Friðriksdóttir, *Negotiations on the Blue Card Directive in the Working Party on Migration and Expulsion*, cit. 6, in *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States* Al considerando n. 3 della Direttiva, d'altronde, si ricorda che: "il Consiglio

### 3.1.2 *La Direttiva 2009/50/CE come “mancata conquista”*

Il focus della Commissione, sugli stranieri altamente qualificati, ha fatto seguito al fallimento di un tentativo di ben più largo respiro. Prima dell’emanazione della Direttiva 2009/50/CE, si era infatti proposto di introdurre una normazione differente, con la quale rivolgersi a tutte le tipologie di lavoratori migranti. L’iniziativa non ha avuto successo, a causa della ben nota<sup>287</sup> resistenza degli Stati europei a cedere sovranità in materia di politiche migratorie e controllo dei confini nazionali. Quanto accaduto, per di più, è accaduto nonostante il Comitato economico e sociale Europeo, ripetutamente, si fosse espresso a favore di una “nuova disciplina dell’arrivo regolare degli stranieri: una disciplina unitaria e orizzontale, di gran lunga preferibile a regolamentazioni settoriali”<sup>288</sup>. Se il Comitato, nei propri interventi, non escludeva la convenienza di possibili “correttivi” ad una disciplina però *unitaria* dell’arrivo regolare - correttivi “motivati da esigenze settoriali e situazioni particolari”; d’altro canto, esso riteneva che un approccio limitato ai lavoratori altamente qualificati, “non soltanto non avrebbe riguardato la più parte dell’immigrazione, ma sarebbe pure riuscito discriminatorio (...) non rispondendo ai bisogni europei”<sup>289</sup>. La presa di posizione del Comitato economico e sociale esprime, ancora oggi, la critica fondamentale che può essere rivolta alla Direttiva 2009/50/CE. La Direttiva è paradigmatica, più che di una conquista, di una *mancata* conquista, poiché esemplifica il procedere europeo faticoso e lento, per “piccoli passi”, sulla materia dell’immigrazione per motivi lavorativi.

---

europeo di Lisbona del marzo 2000 ha fissato l’obiettivo di trasformare la Comunità, entro il 2010, nell’economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo (...).”

<sup>287</sup> Tale atteggiamento di “resistenza” è stato ampiamente descritto nel paragrafo 1.1.2.

<sup>288</sup> La posizione espressa dal Comitato risulta coerente con un’esigenza a più riprese avvertita a livello europeo. Fin dal c.d. Programma di Tampere del 1999, infatti, “la *simmetria* fra la libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione e l’ammissione e l’integrazione dei cittadini di paesi terzi ha formato un obiettivo essenziale”. Tale obiettivo, invero, non potrà dirsi perseguito fintanto che l’Unione non si sia dotata di una regolamentazione uniforme per gli ingressi degli stranieri. Si rivela interessante, in proposito, la lettura dello scritto di T. de Lange, *The EU Blue Card Directive: A Low Level of Trust in EU Labour Migration Regulation* cit. 17, in *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*).

<sup>289</sup> B. Friðriksdóttir *Negotiations on the Blue Card Directive in the Working Party on Migration and Expulsion*, cit. 5, in *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*. Era peraltro differente, a conferma della complessità dei temi in questione, la posizione del Comitato delle Regioni. Questo affermava la positività dell’approccio settoriale alle politiche migratorie. La convinzione del Comitato era che la Direttiva “Blue card” avrebbe dato un contributo importante, all’attrattività della macro-zona UE verso gli stranieri più “desiderabili”.

Se inoltre la 2009/50/CE è stata - lo si voglia o meno ammettere - il primo sorprendente caso in cui l'Unione ha definito un "canale d'ingresso *europeo* al lavoro" negli Stati membri<sup>290</sup>; tale positiva conquista è risultata frustrata dalle modalità di ricezione della Direttiva da parte degli Stati membri. La stessa Commissione europea, nel 2011, ha messo in luce ritardi nella trasposizione delle regole europee, oltre a ricezioni contrastanti o con la lettera delle norme europee o con il loro spirito<sup>291</sup>.

### 3.1.3 La "Carta Blu" dell'Unione

Al cuore della Direttiva (contestata per le ragioni accennate: la settorialità e le modalità di trasposizione) si ha l'istituto della Carta Blu dell'Unione.<sup>292</sup> La Carta è titolo che, in sintesi, legittima il suo titolare a lavorare e soggiornare entro uno Stato membro. Questo istituto fa da perno attorno a cui ruota la disciplina europea. La concessione della Carta è tratto indicativo della regolarità dell'entrata dei migranti *highly-skilled*. Chi ne è titolare è destinatario di peculiari disposizioni in ordine alla sua condizione giuridica.

#### 3.1.3.1 Il rilascio della "Carta Blu" dell'Unione

L'ottenimento della Carta Blu è subordinato ai criteri di ammissione descritti all'art. 5 della Direttiva. In particolare, ha grande rilevanza il requisito fissato al comma 1 lett. a). Vi si richiede che il migrante presenti "un *contratto di lavoro* valido o, secondo quanto eventualmente previsto dalla legge nazionale, un'*offerta vincolante di lavoro* per svolgere un lavoro altamente qualificato avente durata di almeno un anno nello Stato membro interessato". Anche in sede europea, è perciò confermata una condizione, invero, più volte esaminata: il connubio apporto lavorativo/ammissibilità dello straniero.

Tale conferma, tuttavia, potrebbe suscitare dei dubbi sul versante della opportunità proprio in riferimento al migrante altamente qualificato. Lo straniero altamente qualificato è per definizione attrattivo sul mercato del lavoro: se si tratta di rendere i Paesi

---

<sup>290</sup> E. Guild, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, cit. 108, *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>291</sup> In particolare, l'atteggiamento dei singoli Stati membri è messo in luce criticamente da Elspeth Guild (E. Guild, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, cit. 108, *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*) e, in modo ampio, da Tesseltje De Lange (T. de Lange, *The EU Blue Card Directive: A Low Level of Trust in EU Labour Migration Regulation* cit. 17 ss., in *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*).

<sup>292</sup> La denominazione "Carta Blu", scelta dal legislatore europeo, è chiaro riferimento alla "Green Card" statunitense.

europei *friendly* nei confronti dell'immigrazione “buona”, “utile”, perché non permettere l'ingresso del cittadino di Paese terzo - formato e qualificato - ai fini della *ricerca* di un impiego?

Un'altra norma di particolare interesse, contenente un'ulteriore requisito per il rilascio della Carta Blu, si trova (sempre) all'articolo 5, stavolta al comma 3. Si prevede che l'impiego “europeo” dello straniero abbia certe caratteristiche, per quanto riguarda il trattamento economico: “lo stipendio annuale lordo come ricavato dallo stipendio mensile o annuale specificato nel contratto di lavoro o nell'offerta vincolante di lavoro, non è inferiore alla relativa soglia salariale definita e pubblicata a tal fine dagli Stati membri, il cui ammontare corrisponde ad almeno una volta e mezza lo stipendio medio annuale lordo nello Stato membro interessato”. Questa disposizione<sup>293</sup> (la quale subisce, nel prosieguo del testo della Direttiva, varie precisazioni - sono ad esempio “fatti salvi” contratti collettivi e usi propri dei diversi settori occupazionali) ha rappresentato in verità, presso le istituzioni europee, uno dei punti più dibattuti della fase preparatoria. Inizialmente, la “soglia salariale” sarebbe dovuta essere fissata nella misura di tre volte il salario minimo mensile lordo, ma ampie critiche furono sollevate da parte di singoli Paesi membri. Le posizioni a confronto erano le più diverse: chi sosteneva l'opportunità di ritoccare “al rialzo” il requisito in esame, chi invece insisteva per abbassare il livello della soglia salariale. La previsione infine adottata è servita da soluzione “di compromesso”<sup>294</sup>.

### 3.1.3.2 *La condizione giuridica del titolare della “Carta Blu” dell'Unione*

D'altronde, non soltanto i requisiti della regolarità dell'entrata hanno rappresentato punto di attrito fra Paesi europei, ma diversi ulteriori passaggi della normativa sono stati grandemente discussi<sup>295</sup>: anche con riferimento alla condizione giuridica dello straniero.

---

<sup>293</sup> Si noti che, nel Preambolo alla Direttiva, il legislatore europeo si premura di precisare: “L'unico scopo della soglia salariale consiste nel definire, tenuto conto delle osservazioni statistiche pubblicate dalla Commissione (Eurostat) o dagli Stati membri interessati, il campo di applicazione della Carta blu EU creata da ciascuno Stato membro sulla base di norme comuni. Tale soglia *non intende fissare le retribuzioni* e pertanto non può derogare alle regole e alle prassi a livello di Stati membri né tanto meno ai contratti collettivi, e non può essere utilizzata per costituire un'armonizzazione in questo campo. La presente direttiva rispetta pienamente le competenze degli Stati membri, in particolare in materia di occupazione, lavoro e questioni sociali”.

<sup>294</sup> B. Friðriksdóttir *Negotiations on the Blue Card Directive in the Working Party on Migration and Expulsion*, cit. 7, in *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*.

<sup>295</sup> Si permetta nuovamente il riferimento (e per approfondire, il rimando) a B. Friðriksdóttir (*Negotiations on the Blue Card Directive in the Working Party on Migration and Expulsion*, cit. 7 ss., in *The Blue Card*

Più precisamente, difficile mediazione hanno richiesto i temi: dello status e dei diritti del titolare della Carta Blu durante le situazioni temporanee di mancanza di impiego<sup>296</sup>; delle condizioni perché il titolare della Carta Blu possa soggiornare in uno Stato membro diverso da quello del primo ingresso<sup>297</sup>; ancora, le disposizioni in tema di parità di trattamento<sup>298</sup>, e poi in tema di ricongiungimento familiare<sup>299</sup>.

È spia della profonda discussione, avutasi fra gli Stati europei, soprattutto la peculiare problematicità delle disposizioni in tema di equo trattamento. Anche la problematicità in esame ha comportato il mancato pieno raggiungimento dell'obiettivo più ambizioso con cui la proposta di Direttiva era nata: la creazione di uno spazio uniforme, ed europeo, per la mobilità degli *highly-skilled workers*. Bisogna sottolineare che, per come è formulato l'art. 14 co. 1<sup>300</sup> della Direttiva, il diritto al pari trattamento (potrebbe sostenersi) vale

---

*Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*), che con grande accuratezza descrive il confronto politico - talvolta aspro - che ha riguardato certi passaggi normativi della 2009/50/CE.

<sup>296</sup> L'art. 13 co. 1 della Direttiva recita: "La disoccupazione non costituisce di per sé un motivo di revoca di una Carta blu UE, a meno che il periodo di disoccupazione superi i tre mesi consecutivi o si registri più di un periodo di disoccupazione durante il periodo di validità di una Carta blu UE". Bisogna notare come, anche per i lavoratori altamente qualificati (specularmente a quanto deciso in Italia con riferimento al permesso di soggiorno), entro il connubio svolgimento di un lavoro/accettazione del migrante sul territorio il legislatore europeo abbia deciso di introdurre un certo grado di flessibilità.

<sup>297</sup> L'art. 18 co. 1 della Direttiva recita: "Dopo diciotto mesi di soggiorno legale nel primo Stato membro quale titolare di Carta blu UE, la persona interessata e i suoi familiari possono spostarsi in uno Stato membro diverso dal primo Stato membro ai fini di un'attività lavorativa altamente qualificata, alle condizioni previste dal presente articolo". L'articolo 18 è un articolo-chiave, perché permette di comprendere quali siano i requisiti a fronte dei quali il lavoratore straniero altamente formato può circolare liberamente in Europa, allo stesso modo di un cittadino dell'Unione. Si tratta di una possibilità che, durante i lavori preparatori la Direttiva, è stata riconosciuta come importante. Non a caso, a seguito di un certo dibattito, la durata della permanenza richiesta perché poi il lavoratore possa liberamente circolare è stata abbassata (nella proposta iniziale, venivano previsti due anni di regolare soggiorno, e lavoro, nel Paese di ingresso). Tesselte de Lange evidenzia come il dato normativo in questione debba essere interpretato come un segnale di fiducia. Grazie all'art. 18, sono infatti definite regole comuni in base alle quali gli Stati europei giungono a "fare propria" (pur a seguito del *check ex art. 18 co. 2*) la decisione di ammettere il titolare della *Blue Card* compiuta dallo Stato del primo ingresso.

<sup>298</sup> L'art. 14 della Direttiva contiene l'elencazione di un'ampia gamma di materie nelle quali deve essere assicurata la parità di trattamento fra lavoratori titolari della Carta Blu UE e lavoratori cittadini dello Stato membro che la Carta Blu ha rilasciato. È opportuno domandarsi se tale articolo, dal contenuto pure apprezzabile, non rappresenti in un certo modo una superfetazione, visto che ampie previsioni a livello europeo, concernenti proprio la parità di trattamento, si trovano *in primis* entro Trattati e Carta di Nizza, *in secundis* entro le direttive "Razza" e "Altre discriminazioni" dei primi anni Duemila. Tali direttive, non a caso, si dice compongano, assieme ad altri provvedimenti, quel "nuovo diritto antidiscriminatorio europeo" che importanza crescente sta assumendo anche per i giuslavoristi.

<sup>299</sup> Con riferimento ai "familiari", la disciplina della Direttiva 2003/86/CE è assunta invero quale *framework* fondamentale.

<sup>300</sup> L'art. 14 co. 1 recita: "I titolari di Carta blu UE beneficiano di un trattamento uguale a quello riservato ai cittadini dello Stato membro che ha rilasciato la Carta blu (...)".

soltanto nello Stato membro che ha rilasciato la Carta Blu<sup>301</sup>. Se così fosse, si tratterebbe di una limitazione che, fuor di dubbio, rappresenta un ostacolo giuridico non piccolo alla circolazione del lavoratore. Occorrerebbe per questi raggiungere lo status di lungo soggiornante CE (secondo le speciali modalità illustrate all'art. 18 della Direttiva), perché possa dirsi paragonato davvero al cittadino europeo - quanto a libertà di circolazione.

### 3.1.4 *L'Unione europea attrattiva verso i lavoratori migranti altamente qualificati e la questione problematica del "Brain Drain"*

L'ampio confronto fra gli Stati membri sui tanti temi accennati ha, comunque, permesso l'allestimento di uno strumento normativo con, al fondo, un significato ambizioso. Lo si è detto: s'è inteso creare il primo canale di ingresso europeo a(i) mercat(i) del lavoro continentali cercando, per quanto possibile, di dettare regole di trattamento uniformi da rivolgere ai nuovi arrivati. E ciò lo si è fatto per fare apprezzare l'Europa quale meta di destinazione per la "migliore" immigrazione.

La maggiore attrattività dell'Unione, nei confronti dei cittadini di Paesi terzi "più desiderabili", è d'altronde considerata scelta funzionale alla realizzazione di quella "economia sociale di mercato fortemente competitiva"<sup>302</sup> che l'Unione istituzionalmente intende realizzare. Potrebbe commentarsi, a tal proposito, che creare per via europea, tramite una regolamentazione comune cui tendere, un positivo effetto sulla competitività delle economie dei singoli Paesi membri, significa ragionare da macro-area politico-economica.

La Commissione, che ha giocato un ruolo da protagonista premendo per l'approvazione della Direttiva, non ha comunque sottovalutato, sin dall'avanzamento della prima proposta, quello che può dirsi il maggiore possibile risvolto negativo della politica europea di "attrazione dei migliori" – risvolto *negativo* dal punto di vista internazionalistico. L'Unione non può, visto il proprio peso geopolitico e la propria straordinaria importanza economica, non considerare che strategie finalizzate ad

---

<sup>301</sup> E. Guild, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, cit. 99, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>302</sup> L'espressione utilizzata proviene, com'è noto, dall'art. 3 del Trattato sull'Unione europea. Che la Direttiva 2009/50 sia pensata dal legislatore europeo come passo coerente, nella direzione stabilita all'art. 3 TUE, è confermato dal testo del considerando n. 7. Vi si afferma, infatti, che l'arrivo più semplice di lavoratori altamente qualificati serve proprio a "sostenere la competitività e la crescita economica dell'Unione".

agevolare l'ingresso di flussi ingenti di lavoratori, tutti appetibili per la parte "più alta" del mercato del lavoro; ebbene, non può non considerare che ciò significa poter abbassare la capacità dei Paesi meno ricchi di progredire verso gli importanti traguardi di sviluppo indicati dalle Nazioni Unite (il riferimento è chiaramente ai MDGs, cioè agli *United Nations Millennium Development Goals*)<sup>303</sup>. Il depauperamento del capitale umano disponibile presso i Paesi meno ricchi, dovuto alla migrazione delle persone più formate verso le regioni del pianeta economicamente forti, è di solito descritto con le espressioni inglesi "*Brain Drain*" (letteralmente, "drenaggio di cervelli") e "*Skills Flow*" ("flusso di capacità"). Il tema è presente nel tessuto normativo della 2009/50 ed è affrontato in vario modo. L'affermazione più forte è contenuta nel Preambolo non vincolante della Direttiva, al considerando n. 22<sup>304</sup>. Il legislatore europeo invita gli Stati membri a tenere conto delle carenze di personale esistenti nei Paesi in via di sviluppo, in settori delicati come sanità e istruzione. Sono però utilizzate, all'interno del considerando, espressioni che ne mettono in luce il carattere non cogente ("dovrebbero", "è opportuno"...).

Per quanto riguarda la parte vincolante della Direttiva, è da sottolineare l'introduzione del concetto di "*ethical recruitment*", "assunzione etica", la quale dovrebbe rappresentare il migliore antidoto contro il fenomeno (internazionalisticamente non positivo) del *Brain Drain*. La previsione dell'art. 3 co. 3, tuttavia, si limita a fare salvi quegli eventuali accordi, che siano stati siglati dalla Comunità e/o dagli Stati membri, tesi alla protezione delle risorse umane dei paesi firmatari in via di sviluppo. Si tratta di un diritto pattizio tutto da costruire. All'art. 8 co. 4, invece, è lasciato alla discrezionalità dei Paesi membri di scegliere se "rifiutare una domanda di Carta blu UE al fine di garantire assunzioni etiche in settori che soffrono di carenza di lavoratori qualificati nei paesi di origine". Ulteriore modalità, attraverso la quale il legislatore europeo intende alleviare il problema *Brain Drain*, consiste nell'agevolazione della "migrazione circolare". L'esperto di diritto internazionale del lavoro Ryszard Cholewinski osserva come, all'art. 16 della Direttiva, sia facilitato il ritorno dei lavoratori altamente qualificati nei loro Paesi d'origine. È

---

<sup>303</sup> R. Cholewinski, *International Perspective on Highly Skilled Migration in Light of the Blue Card Directive and its Transposition in EU Member States*, cit. 28, in *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*.

<sup>304</sup> Il testo del considerando n. 22 recita: "Nell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero astenersi da politiche attive di assunzione nei paesi in via di sviluppo in settori che soffrono di carenze di risorse di personale. Nei settori chiave è opportuno elaborare politiche e principi in materia di assunzioni etiche, applicabili ai datori di lavoro dei settori pubblico e privato, ad esempio nel settore della sanità (...) e nel settore dell'istruzione".

compiuta, infatti, la scelta di permettere periodi di assenza più lunghi<sup>305</sup>, rispetto a quanto previsto in via generale entro la Direttiva 2003/109/CE (relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo) affinché, comunque, riesca rispettato il requisito della durata del soggiorno continuativo, necessario proprio per l'ottenimento dello status di lungo soggiornante CE. Al comma 5 dell'art. 16, si precisa poi che tali deroghe alla disciplina generale possono essere limitate dagli Stati membri, per i soli casi in cui il cittadino di Paese terzo possa provare che i propri ritorni sono stati motivati da ragioni di lavoro, di volontariato o di studio. Tale possibile restrizione è, d'altronde, pienamente in linea con la valenza riconosciuta in letteratura alla "migrazione circolare", meccanismo che permette ai singoli di contribuire alla crescita e al benessere del Paese da cui provengono. Peraltro, Ryszard Cholewinski sottolinea intelligentemente che il concetto di "migrazione circolare" comprende pure forme più *tradizionali* di migrazione temporanea. È il caso dello spostamento transnazionale di lavoratori *stagionali*. Se da un lato, con i lavoratori altamente qualificati, la migrazione circolare e temporanea è considerata un fenomeno positivo, da incoraggiare (se ne parla come di una soluzione "*Triple Win*", grazie alla quale si producono effetti positivi per entrambi i Paesi coinvolti, oltre che per il lavoratore migrante stesso); dall'altro, la realtà della migrazione temporanea di lavoratori *low-skilled* "è più controversa e solleva una preoccupazione: che la promozione e l'implementazione degli schemi della migrazione circolare di questo gruppo di migranti esacerbi la dimensione di precarietà del lavoro e significhi un'ulteriore restrizione dei diritti"<sup>306</sup>

### 3.1.5 *La trasposizione italiana della Direttiva 2009/50/CE*

Si volga attenzione alla normativa italiana, realizzata con la trasposizione della Direttiva 2009/50/CE. Tale trasposizione è avvenuta tramite il Decreto legislativo n. 108 del 2012.

---

<sup>305</sup> L'articolo 16 co. 3 della Direttiva 2009/50/CE recita: "Ai fini del calcolo del periodo di soggiorno legale e ininterrotto nella Comunità e in deroga all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma della direttiva 2003/109/CE, i periodi di assenza dal territorio della Comunità non interrompono la durata di cui al paragrafo 2, lettera a), del presente articolo se sono più brevi di dodici mesi consecutivi e se non superano complessivamente i diciotto mesi nel periodo di cui al paragrafo 2, lettera a), del presente articolo (...)"

<sup>306</sup> R. Cholewinski, *International Perspective on Highly Skilled Migration in Light of the Blue Card Directive and its Transposition in EU Member States*, cit. 33, in *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*. tratta di un tema che, da una parte, è stato affrontato durante l'analisi delle scelte fondamentali contenute nei decreti-flussi degli ultimi anni. Dall'altro, egli anticipa un'ulteriore riflessione cui sarà dedicato spazio nel paragrafo relativo alla disciplina del lavoro stagionale straniero.

Il Decreto in questione è stato emanato a più di un anno dalla *deadline* originariamente fissata per la ricezione della Direttiva da parte degli Stati membri<sup>307</sup>.

Va innanzitutto osservato che, come altri Paesi, l'Italia ha deciso di non porre un limite massimo agli ingressi di migranti altamente qualificati. Il sistema di quote definito ogni anno con il decreto-flussi non vale per i lavoratori stranieri *highly-skilled*.

Si è già detto dei requisiti *personali* che, ex art. 27 quater co. 1, i migranti devono possedere per ottenere il rilascio della Carta Blu UE. Il rilascio della carta Blu può avvenire: nei confronti dei cittadini stranieri “a) (...) in possesso dei requisiti di cui al comma 1, anche se soggiornanti in altro Stato membro; b) dei lavoratori stranieri altamente qualificati, titolari della Carta blu rilasciata in un altro Stato membro; c) degli stranieri in possesso dei requisiti di cui al comma 1, regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale”<sup>308</sup>. Al co. 3 dell'art. 27 quater si esclude che determinati stranieri presenti sul territorio italiano possano ottenere il rilascio della Carta Blu. Sono ricompresi nel novero del comma 3: coloro che sono destinatari di protezione *temporanea*; coloro che siano già divenuti destinatari di protezione internazionale; coloro che, in Italia, abbiano richiesto di svolgere attività di ricerca (ex art. 27 ter TUD); coloro che siano familiari di cittadini UE, i quali normalmente esercitano il proprio diritto alla libera circolazione. Il novero prosegue: sono esclusi dall'applicazione della disciplina ex art. 27 quater i lavoratori stranieri che per motivi di lavoro stagionale abbiano fatto ingresso in Italia; i beneficiari dello status di lungo soggiornante CE; i lavoratori distaccati; coloro che, in virtù di accordi fra l'Unione e i Paesi di origine, godono della medesima libertà di circolazione dei cittadini unionali; quanti, infine, siano già destinatari di un provvedimento di espulsione, anche se sospeso. Ogni esclusione fra quelle descritte ha a proprio fondamento una *ratio* specifica. Può ipotizzarsi, ad esempio, che l'esclusione dei destinatari di protezione internazionale serva a scoraggiare fenomeni di *aggiramento* della disciplina dell'ingresso regolare in Italia. Con tale affermazione, si vuole intendere che il legislatore avversa la richiesta di protezione internazionale che sia solo strumentale

---

<sup>307</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 26. L'autore ricorda come la ricezione della 2009/50/CE sia stata dovuta, in fondo, all'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (procedura n. 2011/0843). L'autore, fra l'altro, evidenzia come nella maggior parte degli Stati membri la decisione presa sia stata quella di far avviare la procedura al lavoratore migrante stesso (di modo, con ogni probabilità, da non scoraggiarne l'assunzione).

<sup>308</sup> Art. 27 quater TUI co. 2.

alla realizzazione di un progetto di “migrazione economica” - progetto che non può trovare posto fra le ragioni, tassativamente riconosciute, che spingono un rifugiato politico ad abbandonare il proprio Paese (il rifugiato politico è “colui che, per il timore fondato di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza ad un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato”<sup>309</sup>). Può argomentarsi, allora, che la richiesta d’asilo possa essere utilizzata dal migrante economico, entrato in Italia in cerca di un impiego, per “guadagnare tempo”, per non risultare un irregolare irrispettoso delle prescrizioni contenute nel decreto-flussi per l’ingresso nel nostro Paese. Il migrante, magari, è edotto poi circa la convenienza della disciplina dedicata ai lavoratori stranieri altamente qualificati. Decide perciò, avendo trovato un impiego, di far avanzare richiesta al datore di lavoro per ottenere infine la *Blue Card*. La ricostruzione proposta - circa la *ratio* che starebbe alla base dell’esclusione del rifugiato dalla possibilità di essere destinatario della Carta Blu dell’Unione - può svolgersi a partire dalla constatazione che, se il migrante ha presentato domanda d’asilo, egli deve essere sicuro del proprio diritto internazionalisticamente garantito a vedersi protetto dallo Stato italiano. Non ha alcun motivo per far dare avvio alla procedura che alla fine porta al rilascio della Carta Blu UE. Altre ragioni già giustificano la sua entrata e il suo soggiorno in Italia.

Per quanto concerne i ricercatori e i lavoratori distaccati, l’esclusione è giustificata dal fatto che sono loro riservate discipline specifiche, diverse da quella relativa ai lavoratori altamente qualificati. Il titolare di un permesso di lungo soggiorno CE, invece, o il familiare di un cittadino europeo non abbisognano di un titolo come la Carta Blu, perché il loro soggiorno in Italia è già regolare e, anzi, è contrassegnato nel segno della stabilità. In via di sintesi, qualunque commento voglia riservarsi alle esclusioni ex art. 27 quater co. 3, si può affermare che tali esclusioni trovino la propria ragion d’essere nell’esigenza di una gestione *ordinata* degli ingressi in Italia.

### 3.1.5.1 *Il rinvio, per quanto non diversamente disposto, all’art. 22 TUI*

---

<sup>309</sup> Art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati.

Il comma 4 dell'art. 27 quater, che riguarda la concessione del nulla osta al lavoro per il migrante altamente qualificato<sup>310</sup>, fa rinvio a quanto disposto - per la generalità dei lavoratori stranieri subordinati - all'art. 22 TUI. Si ha quindi che il datore di lavoro deve attivarsi per far ottenere il nulla osta, presentando opportuna documentazione e apposita istanza presso lo Sportello unico dell'Immigrazione. Occorre notare che la Direttiva 2009/50/CE ha concesso, ai singoli Paesi membri, la scelta se la procedura per l'accesso dello straniero altamente qualificato al mercato del lavoro potesse essere avviata dal datore di lavoro, dallo straniero medesimo o da entrambi i soggetti coinvolti. Il legislatore italiano, come s'è detto, ha discrezionalmente optato per l'attribuzione della legittimazione solamente al datore di lavoro. Tale scelta, seppure sia certo coerente con quanto previsto in via generale, è suscettibile di critica. Se l'intervento europeo è giustificato da un'istanza di velocizzazione e semplificazione del percorso di accesso al lavoro per i lavoratori *highly-skilled*, non si comprende fino in fondo perché il legislatore italiano abbia scelto, anche in questa sede, una soluzione contrassegnata da una certa rigidità, in virtù della quale l'iter, grazie a cui avere un certo lavoratore migrante presso di sé, per il datore di lavoro già "parte in salita".

Il legislatore italiano ha dunque deciso di estendere la disciplina ex art. 22 TUI compreso quanto disposto in tema di avvio della procedura per il nulla osta. Tuttavia, sono "fatte salve le specifiche prescrizioni previste dall'art. 27 quater".

Occorre domandarsi in che cosa consistano tali "specifiche previsioni".

In primo luogo va ricordato che, nella proposta di contratto di soggiorno, bisogna accertarsi il rispetto della "soglia salariale"<sup>311</sup>. Inoltre, il datore di lavoro deve indicare "il titolo di istruzione e la qualifica professionale superiore come indicati al comma 1 lett. a" posseduti dallo straniero ("qualifica professionale superiore necessaria per lo svolgimento dell'attività lavorativa" - oggetto del contratto di soggiorno).

Lo Sportello unico dà risposta positiva o rigetta l'istanza del datore di lavoro nel termine di 90 giorni (un lasso di tempo più lungo dei 60 giorni previsti ex art. 22 co. 5). Per quegli stranieri che già siano regolarmente soggiornanti in Italia, e che non rientrino nei casi di

---

<sup>310</sup> Il nulla osta al lavoro è comunque richiesto. Esso serve a rendere regolare l'accesso dello straniero nel mercato del lavoro nazionale. La Carta Blu, invece, è un peculiare titolo amministrativo che legittima la presenza del migrante sul territorio italiano (sebbene tale presenza sia, in fin dei conti, giustificata proprio dallo svolgimento dell'attività lavorativa altamente qualificata).

<sup>311</sup> Della c.d. soglia salariale è stato detto *supra*.

esclusione descritti al comma 3 (casi riferiti al rilascio della Carta Blu e quindi, necessariamente, pure alla previa concessione del nulla osta al lavoro), la procedura può avere buon esito “a prescindere dal requisito dell'effettiva residenza all'estero”.

All'art. 27 quater co. 7 si prevede che anche per i lavoratori altamente qualificati si applichi l'*economic need test*. L'Italia ha dunque approfittato della libertà concessa in proposito entro il testo della Direttiva 2009/50. Certo bisogna osservare che, come la verifica della necessità economica è ostacolo facilmente aggirato, nella prassi, per i lavoratori subordinati “ordinari”, a maggior ragione tale verifica non costituirà alcun vero impedimento per gli *highly-skilled workers*.

### 3.1.5.2 *Le ipotesi di diniego o revoca del nulla osta*

Sono introdotte “nuove”<sup>312</sup> ipotesi di diniego o revoca del nulla osta.

Al comma 9, si prevede che si abbia diniego (o revoca) quando i documenti presentati presso lo Sportello unico sono stati ottenuti mediante frode, o falsificati o contraffatti, oppure quando il contratto di soggiorno per lavoro subordinato non sia firmato entro il termine utile. Al comma 10, invece, è contemplata l'evenienza in cui il datore di lavoro sia stato condannato<sup>313</sup> “negli ultimi cinque anni, anche con sentenza non definitiva” per: “a) favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione 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 ai sensi dell'articolo 603-bis codice penale; c) reati previsti dall'articolo 22, comma 12”.

---

<sup>312</sup> Non può non osservarsi, come tali “nuove” ipotesi di diniego o revoca rassomiglino molto a quanto già stabilito all'art. 22 co. 5 bis e 5 ter TUI. Visto il generale rimando (salvo quanto diversamente stabilito) operato proprio all'art. 22 TUI dall'art. 27 quater, non sarebbe stato sufficiente inserire, entro il 27 quater, soltanto le norme derogatorie della procedura dettata in via generale, le norme cioè legate alla specifica disciplina dei lavoratori altamente qualificati?

La sensazione è che, talvolta, il legislatore proceda per “accumulazione”, mancando di evitare inutili appesantimenti nel corpo normativo del Testo unico. Circa il procedere *disordinato* del legislatore, che spesso recepisce le novità normative europee in modo “acritico” (senza cioè ricordarsi che - per certe problematiche - ha già dettato norme del tutto simili ma di carattere generale) si consiglia la lettura di M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148, L. n. 232/2016*, cit. 14-5.

<sup>313</sup> Ai fini dell'applicazione della disposizione ex co. 10, occorre osservare che il legislatore equipara alla sentenza di condanna pure la sentenza di applicazione della pena concordata dalle parti ex art. 444 c.p.p. (c.d. sentenza di “patteggiamento”). Si tratta di un dato di indubbio interesse per gli amanti della procedura penale.

### 3.1.5.3 *La concessione della Carta Blu da parte della Questura*

Quando siano state realizzate le condizioni per la concessione del nulla osta e non sia invece ricorso un caso di diniego, il nulla osta è concesso al lavoratore altamente qualificato. Se questi firma nei termini previsti il contratto di soggiorno, gli è finalmente rilasciata, presso la Questura, la “Carta Blu” dell’Unione europea (in luogo dell’ordinario permesso unico di lavoro e soggiorno).

Il legislatore opera una distinzione con riguardo alla durata della validità della Carta Blu: *due anni* quando il contratto di lavoro stipulato sia a tempo indeterminato; *pari lunghezza temporale* del rapporto di lavoro instaurato, quando appunto questo sia a tempo determinato (bisogna che si tratti, ad ogni modo, di un rapporto lavorativo di durata almeno trimestrale).

Specularmente a quanto si richiede per la concessione del permesso unico di lavoro e soggiorno, il rilascio della Carta Blu è subordinato sia alla sottoscrizione dello “Accordo di integrazione” (art. 4 bis co. 2 TUI), sia al versamento della c.d. *tassa di soggiorno* (art. 5 co. 2 ter TUI).

### 3.1.5.4 *Un trattamento uguale a quello riservato a italiani e cittadini europei*

Il legislatore italiano afferma sì che i titolari della Carta Blu beneficiano di *trattamento uguale* a quello riservato ai cittadini (italiani e, ovviamente, dell’Unione) ma, in tal senso, aggiunge soltanto che ciò avviene “in conformità alla normativa vigente”. Non è stata, quindi, ritenuta necessaria la puntuale riproposizione delle diverse materie elencate dal legislatore europeo, quelle per le quali s’è inteso specificare che i diritti dei lavoratori stranieri sono informati al principio della parità di trattamento. Evidentemente, si è ritenuto che l’Ordinamento italiano fosse già sufficientemente attrezzato.

Fra l’altro, proprio in relazione al generale principio di parità di trattamento con i lavoratori italiani (o cittadini comunitari), esiste un’interessante deroga espressa<sup>314</sup>. Tale deroga riguarda l’accesso all’impiego e comprende i primi due anni del regolare soggiorno del titolare della Carta Blu. Si prescrive, all’art. 27 quater co. 13, che il migrante svolga soltanto attività lavorative conformi alle condizioni fissate nel primo comma del medesimo articolo; inoltre, tali attività lavorative non debbono essere differenti da quelle per le quali, nel singolo caso, la Carta Blu è stata rilasciata.

---

<sup>314</sup> Si abbia riguardo al combinato disposto dei commi 13 e 15 (art. 27 quater TUI).

A conferma, poi, dell'attenzione particolare, dedicata dal legislatore, al primo lasso di tempo della permanenza regolare dello straniero altamente qualificato, si prevede anche che - sempre nei primi due anni - ogni cambiamento di datore di lavoro sia previamente autorizzato dalle competenti Direzioni territoriali del Lavoro.

Sempre in tema di limitazioni all'*accesso al lavoro*, esiste al quattordicesimo comma (art. 27 quater) una previsione che non deve essere applicata per un arco di tempo limitato. Si ha che: “è escluso l'accesso al lavoro se le attività dello stesso comportano, anche in via occasionale l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero attengono alla tutela dell'interesse nazionale”. A ciò si aggiunge una puntualizzazione operata sempre al quattordicesimo comma: i titolari della Carta blu sono esclusi da quelle attività lavorative (si noti, *non ulteriormente specificate*) per le quali è richiesta a livello legislativo la cittadinanza italiana, comunitaria o di Paese dello Spazio Economico Europeo (SEE). Si può dubitare circa la compatibilità di tale ultima previsione con il dettato, in tema di parità di trattamento, della Direttiva 2009/50/CE<sup>315</sup>: sembra infatti che il legislatore nazionale, con la formula “aperta” in parola, abbia introdotto un elemento di flessibilità eccessivo. Si tratta di una sorta di “clausola in bianco” grazie alla quale è possibile, attraverso la normazione primaria, creare sempre nuove ipotesi di deroga alla parità di trattamento, per i lavoratori stranieri altamente qualificati, in tema di accesso al lavoro (nuove ipotesi, si noti, anche ulteriori e diverse da quelle collegate ai criteri dello “esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri” o della “tutela dell'interesse nazionale”).

#### 3.1.5.5 *La revoca della Carta Blu*

Al comma 12 sono descritti i casi in cui la Carta Blu è revocata allo straniero. In primo luogo è fatto cenno ai casi: dell'ottenimento del permesso in via fraudolenta, della sua falsificazione, della sua contraffazione; dopodiché, è contemplata l'evenienza in cui lo straniero non soddisfi, o non abbia soddisfatto fin dall'inizio, le condizioni di ingresso e di soggiorno. Il comma 12 prosegue, facendo pure riferimento al mancato rispetto delle prescrizioni ex comma 13, nonché al caso in cui il lavoratore straniero non riesca a

---

<sup>315</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 32.

mantenere sé ed, eventualmente, i propri familiari<sup>316</sup>, senza ricorrere al regime di assistenza sociale nazionale - con l'eccezione del periodo di disoccupazione. Occorre osservare, al comma 12 (art. 27 quater) che non è indicata l'estensione temporale "tollerata" della disoccupazione, a differenza di quanto avviene all'art. 13 della Direttiva 2009/50. La norma europea indica infatti come dato massimo "tre mesi" di disoccupazione, decorsi i quali si giunge alla revoca della Carta blu. La differenza illustrata, fra dato legislativo italiano e art. 13 della Direttiva europea, va certamente evidenziato.

### 3.1.5.6 *La mobilità del titolare di Carta Blu fra Italia e altro Stato membro*

Al comma 17 si dà previsione per il caso in cui faccia ingresso in Italia lo straniero che, in precedenza, abbia ottenuto la Carta Blu da altro Stato dell'Unione. Il comma fornisce un dato chiaro: le sue previsioni peculiari si applicano quando lo straniero abbia speso *almeno 18 mesi* di regolare soggiorno presso l'altro Paese europeo. Se tale condizione si realizza, lo straniero può entrare in Italia senza necessità di visto, al fine di esercitare un'attività lavorativa. Il tratto "speciale" della disciplina ex 27 quater co. 17 TUI dipende proprio dalla non necessità del visto d'ingresso. Infatti, il datore di lavoro avanza comunque richiesta, a favore del nuovo arrivato, perché sia lui concesso il nulla osta al lavoro - l'avanzamento di tale istanza rappresenta tappa ineliminabile affinché, poi, lo Stato italiano stesso possa rilasciare "la propria" Carta Blu allo straniero.

Il datore di lavoro quindi, secondo quanto normalmente previsto in tema di lavoratori altamente qualificati, presenta domanda di nulla osta presso lo Sportello unico. Lo fa entro un mese dall'ingresso dello straniero nel territorio nazionale, anche se la norma di legge

---

<sup>316</sup> Di particolare interesse è la disposizione dedicata al ricongiungimento familiare, per gli stranieri altamente qualificati. Si prevede al comma 16 che il ricongiungimento sia consentito a prescindere dalla durata della Carta Blu. Le condizioni per concessione del permesso per motivi familiari sono evidenziate all'art. 29 TUI. I parenti per i quali può essere avanzata istanza di ricongiungimento sono: "il coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni; i figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; i figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale; i genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute".

permette che tale istanza sia già presentata quando ancora lo straniero si trova nell'altro Stato Ue. Si prevede che il nulla osta sia rilasciato nel termine di 60 giorni<sup>317</sup>.

Quando poi, presso la Questura, è rilasciata pure la Carta Blu dell'Unione, è informato di questa evenienza lo Stato membro che aveva precedentemente concesso una *Blue Card* allo straniero.

In tema di durata del soggiorno regolare in Italia, non sono evidenziabili differenze di rilievo rispetto all'evenienza dell'ingresso del migrante che *non* abbia prima ottenuto alcuna Carta Blu in altro Stato europeo. Ricorre il dato dei due anni, quando il migrante instaura un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; poi egli deve ottenere il rinnovo della Carta Blu. Si prevede d'altro canto che, se il rapporto lavorativo instaurato è a tempo determinato, il permesso duri quanto il rapporto (si noti, il permesso deve comunque avere durata di almeno tre mesi).

Continuando l'analisi della disciplina specificamente dedicata al titolare di carta Blu che provenga da altro Paese Ue, si ha una differenza significativa quando al lavoratore altamente qualificato sia rifiutato o revocato il nulla osta al lavoro, sia rifiutata o revocata la Carta Blu o quando questa non gli sia rinnovata. In tali circostanze, l'allontanamento dello straniero avviene (ex art. 27 quater co. 17) verso lo Stato europeo della prima concessione della Carta Blu, non verso il Paese di origine del lavoratore. Tale disposizione, si noti, bisogna che sia applicata anche per i casi in cui, nello Stato europeo, la Carta Blu sia nel frattempo scaduta oppure sia stata in precedenza revocata. Nella situazione specularmente opposta, cioè quando a uno straniero, in altro Stato membro, si fa diniego o revoca del nulla osta al lavoro o della Carta Blu o la Carta Blu non è rinnovata, l'allontanamento dello stesso avviene proprio verso l'Italia (ovviamente, quando il lavoratore in esame - lavoratore altamente qualificato - abbia ottenuto proprio in Italia una Carta Blu prima del proprio spostamento intra-europeo). Nell'evenienza descritta, allo straniero ritornato nel nostro Paese andrà rilasciato un permesso di soggiorno, per motivi di lavoro subordinato, "nell'attesa di un impiego"<sup>318</sup>, con il quale cioè potere ricercare un'occupazione, sia pure per un periodo di tempo limitato.

---

<sup>317</sup> Si tratta di un termine più breve dei novanta giorni cui *supra* è stato fatto riferimento per il caso dell'ingresso in Italia del lavoratore straniero altamente qualificato non già titolare di Carta Blu rilasciata da altro Paese UE.

<sup>318</sup> W. Chiaromonte, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, cit. 35.

### 3.1.5.7 *L'acquisizione dello status di lungo soggiornante CE per il titolare della Carta Blu*

Cambiando (di poco) il nostro *focus*, occorre notare come sia di profondo interesse la disciplina dettata in tema di acquisizione dello status di lungo soggiornante CE<sup>319</sup> da parte del titolare della Carta Blu (art. 9 ter co. 3 TUI). Per l'acquisizione di tale status si prevede siano integrate diverse condizioni, fra cui la decorrenza di almeno cinque anni di soggiorno ininterrotto e regolare. Se all'art. 9 TUI (dedicato ai neo-lungo soggiornanti "ordinari", non previ titolari di Carta Blu) si prescrive che il periodo dei cinque anni sia trascorso soggiornando lo straniero regolarmente e ininterrottamente *in Italia*; l'art. 9 ter afferma che, del lavoratore altamente qualificato, deve essere computato pure il periodo della permanenza regolare in altro Stato membro e che in Italia (perché sia l'autorità italiana a concedergli il permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti) deve solo aver trascorso almeno due anni.

Si tratta, evidentemente, di una disposizione di favore nei confronti dei lavoratori altamente qualificati, la cui stabilizzazione<sup>320</sup> è facilitata. In tal modo non ne viene, peraltro, diminuita la propensione allo spostamento all'interno dell'Unione, che così può meglio funzionare da mercato del lavoro unitario (obiettivo comunque "fuori portata"<sup>321</sup>). Concludendo l'ampia trattazione dedicata ai lavoratori altamente qualificati, destinatari della carta Blu dell'Unione, non si può omettere di considerare un dato macroscopico.

### 3.1.6 *Considerazioni finali e prospettive future*

Nonostante una disciplina di matrice europea come quella ex art. 27 quater - una disciplina minuziosa volta a semplificare i progetti di immigrazione altamente qualificata

---

<sup>319</sup> Non è questa la sede per approfondire l'ampio e affascinante tema del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (quali siano le condizioni per l'ottenimento, quali le disposizioni in tema di parità di trattamento - soprattutto con riguardo alle prestazioni di sicurezza sociale per le quali non sono richiesti versamenti contributivi; quali i limiti posti alla libera circolazione dei lungo soggiornanti all'interno dell'Unione...). Si consiglia, comunque, l'esplicativa lettura della *Scheda pratica Asgi sui soggiornanti di lungo periodo* (consultabile presso [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/scheda\\_permesso\\_ce\\_olivetti.18\\_2\\_2012.rev.bonetti.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/scheda_permesso_ce_olivetti.18_2_2012.rev.bonetti.pdf)).

Tale "Scheda pratica" è curata da L. Olivetti e P. Bonetti.

<sup>320</sup> L'acquisizione dello status di lungo soggiornante CE significa, per il migrante, acquisire una posizione più stabile e maggiori diritti (soprattutto di carattere sociale).

<sup>321</sup> Degli ostacoli al funzionamento dell'Unione quale mercato del lavoro unitario - almeno per i lavoratori stranieri altamente qualificati, s'è detto *supra*.

- negli anni non sono comunque stati raggiunti grandi risultati. In Italia<sup>322</sup>, dal 2012 a oggi, le Carte Blu rilasciate sono state appena cinquecento/ forse seicento. Si tratta di dati risibili, per potersi parlare di un nuovo canale (selettivo) della migrazione regolare verso l'Italia.

Eppure bisogna dire che, come quella italiana, numerose discipline nazionali ottenute dalla trasposizione della Direttiva hanno mancato di dare buona prova di sé. Che la 2009/50/CE non funzioni è stato autorevolmente ammesso dalla stessa Commissione europea. Non è un caso se attualmente, presso il Parlamento dell'Unione, è discusso un testo normativo di futura possibile emanazione, un testo proprio contenente una nuova disciplina rivolta ai lavoratori stranieri altamente qualificati.

L'Unione non vuole, insomma, "lasciare nulla di intentato" e rilancia la propria scommessa su quella che, evidentemente, considera la migrazione "migliore", quella che cioè più le conviene, perché le imprese europee dispongano di più ampie risorse umane per innovare e competere.

---

<sup>322</sup> I dati in questione sono stati forniti da Alberto Guariso, nel corso del già citato convegno milanese di ASGI: "Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: uguaglianza formale e disuguaglianza sostanziale". Seppure gli scarsi numeri delle Carte Blu rappresentino un dato non solo italiano, ma comune a tanti altri Paesi europei, è parere di chi scrive che il caso del Nostro Paese meriti una riflessione particolare.

Si permetta, allora, la riproposizione integrale della seguente riflessione. *"I numeri finora risibili delle Blue Card italiane sono dovuti a una disciplina inadeguata? Difficile dirlo senza adeguate evidenze empiriche alla mano. La convinzione tuttavia è che le regole giuridiche possano anche essere imperfette, ma la realtà è più forte. Prova ne sia che, se si guarda all'impianto normativo italiano in tema di ingressi di stranieri per motivi di lavoro, oltre che ai numeri degli accessi consentiti entro i c.d. decreti-flussi annuali, nuovi lavoratori stranieri – subordinati, autonomi – praticamente non ne dovremmo avere. Eppure la nostra realtà socio-culturale sta cambiando, mentre si è ancora convinti che con la mano si possa bloccare l'onda del mare. In questo senso, i pochi rilasci di Blue Card possono spiegarsi con quella che è definita (fra gli altri, da Monica Mc Britton) "funzione specchio": i fenomeni migratori riflettono i problemi delle società di accoglienza. L'Italia in effetti riceve pochi "talenti" stranieri perché, in generale, è poco capace di valorizzare i propri. Esiste ancora scarso raccordo fra scuola, università e mondo del lavoro. E diciamo, senza pretesa di generalizzazione alcuna: scarsa propensione delle imprese a investire sui giovani, a creare ambienti fortemente innovativi, a creare, in definitiva, quell'ecosistema che rappresenti non solo il presupposto per l'attrazione di investimenti diretti esteri, ma, appunto, per l'attrazione e fidelizzazione di capitale umano altamente specializzato. Sono queste le sfide, anche culturali, che devono essere colte per guidare il nostro paese nel cuore della quarta rivoluzione industriale".* A. Rosafalco, *Una blue card per gli immigrati highly skilled. Il punto della situazione*, cit. 3, in Bollettino ADAPT 29 gennaio 2017 (consultabile su <http://www.bollettinoadapt.it/>) industriale.

## 3.2 QUADRO SINTETICO DELLA DISCIPLINA DEDICATA AI LAVORATORI MIGRANTI EX ARTT. 27 SS. DEL TESTO UNICO SULL'IMMIGRAZIONE

### 3.2.1 *Introduzione*

Nel paragrafo precedente, è stata dedicata ampia attenzione all'art. 27 quater e ai lavoratori stranieri altamente qualificati. Tale importante *focus* si giustifica in ragione di quanto detto circa le ambizioni e la novità della Direttiva 2009/50/CE. La *Blue Card Directive* ha certamente rappresentato un "cambio di passo" a livello europeo: un cambio di passo - certo - parziale e malriuscito, ma che pur sempre ha rappresentato un inedito approccio *dell'Unione* alla immigrazione per motivi di lavoro.

Non bisogna mai stancarsi di ripetere che le politiche dell'immigrazione, nella loro essenza, formano sempre politiche del mercato del lavoro. È agevole osservare, ad esempio, che se la regolarità della presenza e dell'occupazione dello straniero *highly-skilled* dipende soprattutto dall'iniziale attivazione del datore di lavoro, il quale ha da affrontare diversi oneri di natura burocratica, allora è probabile che la disciplina in esame abbia delle ricadute sulle scelte datoriali, producendo un effetto (distorsivo) nell'incontro fra domanda e offerta di lavoro. Ciò avviene, appunto, perché al profilo del migrante come lavoratore si aggiunge la sua condizione di cittadino straniero. Nella quotidiana realtà del lavoro, fra (s'immagini) due ingegneri elettrici con simili percorsi universitari e rassomiglianti esperienze lavorative alle spalle, può ben venire a delinearsi una linea distintiva: non essendo uno dei due *cittadino*, italiano o dell'Unione, regole di carattere pubblicistico ne condizioneranno l'attrattività sul mercato. Va poi ricordato come il lavoratore straniero *highly-skilled* debba guadagnare oltre una certa soglia, per poter ricevere una *blue card* e, poiché la regolarità del suo soggiorno in Italia è condizionata al mantenimento della sua occupazione, egli potrà sentirsi particolarmente disincentivato a svolgere attività potenzialmente "sgradite" alla parte datoriale (esperimento di ricorsi interni, sindacalizzazione, propensione a richiedere giorni di malattia...).

Quando si ragiona di politiche dell'immigrazione (e l'esempio dei lavoratori stranieri altamente qualificati è, a tal proposito, particolarmente emblematico) il lavoro deve perciò formare un termine di comparazione costante. L'immigrazione e il diritto dell'immigrazione formano potenti vettori di trasformazione all'interno del quadro di funzione del mercato del lavoro italiano. Lo studio delle interazioni fra diritto del lavoro,

diritto dell'immigrazione e fatto delle migrazioni permette di comprendere come *oggi* funziona il mercato del lavoro e come il legislatore *vuole* che il mercato funzioni.

### 3.2.2 “Al di fuori del sistema delle quote”

Che per l'attuazione della Direttiva *Blue Card*, finora analizzata, si scegliesse di creare un articolo “27 quater”, non è stata scelta *topograficamente* casuale.

L'articolo 27 e gli altri articoli che si sono sommati in questa “zona” del TUI (27 bis, ter, quater, quinquies, sexies) presentano tutti una particolarità: consentono l'ingresso dei lavoratori stranieri (delle tipologie cui rispettivamente si rivolgono) *al di fuori del sistema delle quote*. Si tratta di un *trait d'union* di grandissima rilevanza visto che, come si è potuto constatare *supra*, il governo dell'arrivo regolare dei lavoratori stranieri poggia, per grandissima parte, sul calmieramento a priori degli ingressi.

Quanto affermato, peraltro, è assolutamente corretto, anche se occorre fare una precisazione. I lavoratori cui sono dedicati gli artt. 27 ss. TUI possono entrare in Italia senza rispettare il sistema delle quote *delineato all'art. 3 TUI*, articolo (rubricato “Politiche migratorie”) dove sono contenute le disposizioni in tema di *documento programmatico triennale e decreto-flussi*. Può allora darsi che, pur non dovendo il lavoratore straniero (cui si applica una delle discipline scolpite agli artt. 27 ss. TUI) sottostare alle quote definite ex art. 3, comunque esista un sistema “alternativo” di controllo preventivo-numericò degli ingressi, sistema che bisogna applicare in riferimento a lui. Esempi davvero calzanti, in proposito, sono forniti dalle previsioni in tema di lavoratori volontari<sup>323</sup> e lavoratori sportivi<sup>324</sup>.

### 3.2.3 *Il lavoro in casi particolari*

Svolta tale opportuna precisazione, si guardi all'art. 27 TUI, rubricato “Lavoro in casi particolari”<sup>325</sup>. Al primo comma si trova l'elencazione di diverse categorie di lavoratori

---

<sup>323</sup> L'art. 27 bis (rubricato “Ingresso e soggiorno per volontariato”) prevede che, annualmente, il Governo emetta un apposito decreto, volto a definire il numero di stranieri ammessi allo svolgimento, nel nostro Paese, di attività lavorative nell'ambito di programmi di volontariato.

<sup>324</sup> ... di cui si dirà a breve.

<sup>325</sup> Fra gli addetti ai lavori, sembra che questa rubrica (dalla formulazione emblematicamente “aperta”) sia sistematicamente tradotta in questi termini: lavoro *fuori quota*. M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 2.

migranti<sup>326</sup>, cui non può rivolgersi il sistema ex art. 3 TUI. L'esclusione, per queste categorie di migranti, si spiega in ragione delle caratteristiche dell'attività per lo svolgimento della quale il lavoratore fa ingresso in Italia. Sebbene le categorie elencate siano numerose e le più diverse l'una dalle altre (dai lettori universitari di scambio agli artisti del circo, dai lavoratori marittimi ai giovani "alla pari"), bisogna dire che, se è possibile trovare una somiglianza fra le tante categorie elencate, essa consiste nel carattere intrinsecamente *temporaneo* delle attività lavorative enumerate<sup>327</sup>. Quello della temporaneità è infatti un dato ricorrente, anche se sono evidenziabili ulteriori e specifiche *ratio* giustificative dell'esclusione di certe figure professionali dal sistema delle quote. Talora, per esempio, sono contemplati lavoratori che si collocano all'interno di fasce del mercato del lavoro numericamente ristrette. Per tali lavoratori, non si pone la questione del previo calmieramento degli ingressi perché, semplicemente, sono già di per sé molto pochi<sup>328</sup>; inoltre, il calmieramento potrebbe risultare davvero irragionevole a causa della

---

<sup>326</sup> Per completezza si riporta qui la lettera normativa dell'articolo 27, laddove sono indicate le categorie di lavoratori cui s'è fatto riferimento. Sono annoverati: "a) *dirigenti o personale altamente specializzato* di società aventi sede o filiali in Italia ovvero di uffici di rappresentanza di società estere che abbiano la sede principale di attività nel territorio di uno Stato membro dell'Organizzazione mondiale del commercio, ovvero dirigenti di sedi principali in Italia di società italiane o di società di altro Stato membro dell'Unione europea; b) *lettori universitari di scambio o di madre lingua*; c) *I professori universitari* destinati a svolgere in Italia un incarico accademico; d) *traduttori e interpreti*; e) *collaboratori familiari* aventi regolarmente in corso all'estero, da almeno un anno, rapporti di lavoro domestico a tempo pieno con cittadini italiani o di uno degli Stati membri dell'Unione europea residenti all'estero, che si trasferiscono in Italia, per la prosecuzione del rapporto di lavoro domestico; f) persone che, autorizzate a soggiornare per motivi di formazione professionale, *svolgano periodi temporanei di addestramento* presso datori di lavoro italiani, (...); h) *lavoratori marittimi* occupati nella misura e con le modalità stabilite nel regolamento di attuazione; i) lavoratori dipendenti regolarmente retribuiti da datori di lavoro, persone fisiche o giuridiche, residenti o aventi sede all'estero e da questi direttamente retribuiti, i quali siano *temporaneamente trasferiti* dall'estero presso persone fisiche o giuridiche, italiane o straniere, residenti in Italia, al fine di effettuare nel territorio italiano determinate prestazioni oggetto di contratto di appalto stipulato tra le predette persone fisiche o giuridiche residenti o aventi sede in Italia e quelle residenti o aventi sede all'estero, nel rispetto delle disposizioni dell'articolo 1655 del codice civile, della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, e delle norme internazionali e comunitarie; l) lavoratori occupati *presso circhi o spettacoli viaggianti* all'estero; m) *personale artistico e tecnico* per spettacoli lirici, teatrali, concertistici o di balletto; n) *ballerini, artisti e musicisti* da impiegare presso locali di intrattenimento; o) *artisti* da impiegare da enti musicali teatrali o cinematografici o da imprese radiofoniche o televisive, pubbliche o private, o da enti pubblici, nell'ambito di manifestazioni culturali o folcloristiche; p) stranieri che siano destinati a svolgere *qualsiasi tipo di attività sportiva professionistica* presso società sportive italiane ai sensi della legge 23 marzo 1981, n. 91; q) *giornalisti corrispondenti* ufficialmente accreditati in Italia e dipendenti regolarmente retribuiti da organi di stampa quotidiani o periodici, ovvero da emittenti radiofoniche o televisive straniere; r) persone che, secondo le norme di accordi internazionali in vigore per l'Italia, svolgono in Italia *attività di ricerca o un lavoro occasionale nell'ambito di programmi di scambi di giovani o di mobilità di giovani o sono persone collocate "alla pari"*; r-bis) *infermieri professionali* assunti presso strutture sanitarie pubbliche e private".

<sup>327</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 3.

<sup>328</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 2.

natura stessa dell'attività lavorativa da loro svolta - attività che, immancabilmente, richiede lo spostamento di Paese in Paese. Attraverso tali notazioni potrebbe, finora, essere stato costruito "l'identikit", per esempio, dei lettori di madre lingua straniera, dei traduttori, o ancora dei lavoratori dello spettacolo o dello sport<sup>329</sup>.

Altro interessante passaggio dell'art. 27 co. 1 TUI esclude dal sistema delle quote quei lavoratori, dipendenti di imprese straniere, che in Italia si rechino per l'esecuzione di lavori di appalto. In tale ipotesi, non soltanto è nuovamente riscontrabile il dato dell'intrinseca temporaneità dell'impegno lavorativo in Italia ma, allo stesso tempo, si ha che con tale previsione il legislatore viene ad agevolare la circolazione di servizi<sup>330</sup>.

Il novero delle esclusioni in esame, che - si è ripetuto - può leggersi nel segno della provvisorietà dell'occupazione "italiana" dello straniero, ad una attenta lettura non si rivela però perfettamente omogeneo. Il dato della provvisorietà, infatti, non riguarda in alcun modo l'ultima delle ipotesi dell'elencazione; tale ultima ipotesi, non a caso, è stata aggiunta successivamente rispetto alle altre: nel 2002, dalla c.d. Bossi-Fini. L'ipotesi in questione (lett. r bis)) riguarda "gli infermieri professionali assunti presso le strutture pubbliche e private": anche a questi non si applicano le previsioni dell'art. 3 TUI. E tuttavia, la ratio di questa aggiunta consiste probabilmente nel "*tentativo di sopperire alle carenze di organico registrate con riferimento a tale professione*"<sup>331</sup>. Degli infermieri

---

<sup>329</sup> Proprio ai lavoratori sportivi è dedicata uno specifico comma all'art. 27, il comma 5 bis. È possibile leggerci che: "Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, su proposta del Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), sentiti i Ministri dell'interno e del lavoro e delle politiche sociali, è determinato il limite massimo annuale d'ingresso degli sportivi stranieri che svolgono attività sportiva a titolo professionistico o comunque retribuita, da ripartire tra le federazioni sportive nazionali. Tale ripartizione è effettuata dal CONI con delibera da sottoporre all'approvazione del Ministro vigilante. Con la stessa delibera sono stabiliti i criteri generali di assegnazione e di tesseramento per ogni stagione agonistica anche al fine di assicurare la tutela dei vivai giovanili". La lettura del comma 5 bis permette di comprendere come, sebbene si sia soliti parlare degli sportivi come di lavoratori "fuori quota", in verità sia loro dedicato un sistema di programmazione *ad hoc* (col fine di tutelare, a quanto si afferma, i vivai giovanili presenti in Italia). Occorre, fra l'altro, osservare che l'ambito di applicazione del comma 5 bis non coincide perfettamente con quello della disposizione ex comma 1 lettera p) (disposizione in virtù della quale i lavoratori sportivi sono esclusi dal sistema ex art. 3 TUI). Se infatti la lettera p) si riferisce soltanto agli sportivi "professionisti", il comma 5 bis riguarda in generale chi compie attività sportive "*comunque retribuite, dunque anche dilettantistiche*". Gli sportivi dilettanti, allora, fanno ingresso in Italia loro pure nel rispetto delle programmazioni realizzate ex comma 5 bis.

È comunque importante sottolineare che "(...) *per brevi competizioni, il lavoratore straniero sportivo può usufruire, al di fuori di qualunque sistema di quote, del visto per gara sportiva o del visto turistico*". M. Ferraresi, *Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri professionali*, cit. 277, in *Lavoro e immigrazione*.

<sup>330</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 3.

<sup>331</sup> M. Ferraresi, *Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri professionali*, cit. 278.

professionali stranieri si caldeggia, anzi, la permanenza in Italia. A tal proposito, particolarmente emblematica è la previsione ex art. 40 co. 2 del regolamento attuativo, dove si prevede che, quando l'infermiere professionale instauri un rapporto lavorativo a tempo indeterminato, al nulla osta al lavoro lui concesso non sia apposto alcun termine di durata<sup>332</sup>. Il *favor* mostrato dal legislatore nei confronti di questa particolare tipologia di lavoratori è, insomma, tanto forte da portare al superamento di quella dimensione - criticamente definita *supra* come (*ultra*)*precaria* - cui il migrante è di solito consegnato dallo stretto connubio mantenimento dell'occupazione / regolarità della propria permanenza in Italia.

#### 3.2.4 *Ingresso e soggiorno per ricerca scientifica*

Riflettuto sulle esclusioni operate all'art. 27 (e soltanto accennato all'art. 27 bis), si dedichi qualche riga ai lavoratori stranieri che giungono in Italia per motivi di ricerca. La disciplina loro rivolta si trova all'art. 27 ter, rubricato "ingresso e soggiorno per ricerca scientifica". L'introduzione di tale articolo nel TUI si è dovuta alla trasposizione di una direttiva europea, la 2005/71/CE.

Innanzitutto, occorre osservare che ai lavoratori in questione non si applica il sistema delle quote. L'assenza, d'altronde, di un previo calmieramento degli ingressi ex art. 3 TUI - come più volte si è ripetuto - rappresenta vero e proprio *fil rouge* nel presente capitolo. In seconda battuta, è interessante sottolineare che, perché il lavoratore straniero sia destinatario della specifica disciplina ex art. 27 ter (per lui più vantaggiosa che non quella scandita all'art. 22 TUI), egli deve essere "in possesso di un titolo di studio superiore, che nel Paese dove è stato conseguito dia accesso a programmi di dottorato"<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> Invero, una previsione di tal fatta si ha pure relativamente ai professori universitari stranieri (con il che, con ogni evidenza, il legislatore intende facilitare l'internazionalizzazione e l'afflusso di competenze verso le università italiane). La disposizione riguardante i professori universitari, ad ogni modo, nel contesto normativo dell'art. 27 comma 1 è meno eterodossa che non quella ex lett. r bis). In primo luogo va sottolineato che i professori universitari, numericamente, non rappresentano una figura professionale per cui si ponga forte la questione del calmieramento; inoltre, al cuore stesso delle università e dei centri di ricerca si colloca una "cittadinanza della scienza e della cultura" che, spesso, poco ha a che fare con le appartenenze nazionali. È assolutamente naturale che, per periodi di tempo più o meno lunghi, i docenti universitari si spostino di Paese in Paese. Sebbene ne sia favorita la stabile permanenza, si tratta certo di professione facilmente contrassegnata da mobilità e dinamismo.

<sup>333</sup> Non è un caso che, all'art. 27 ter co. 1, si specifichi che la denominazione "ricercatore" è utilizzata ai soli fini dell'applicazione delle procedure dell'articolo medesimo. Si ha così che anche il *Ph.D Candidate* (che pure, concettualmente, deve considerarsi a tutti gli effetti uno studente) può, da straniero, fare ingresso in Italia come "ricercatore", senza sottostare quindi ai limiti quantitativi imposti nel (documento programmatico triennale e nel) decreto-flussi.

Circa i tratti più interessanti della procedura d'ingresso si ha che, per il regolare accesso al mercato del lavoro italiano, lo straniero deve sottoscrivere una convenzione con un istituto di ricerca inserito in apposita lista presso il MIUR (Ministero dell'Università e della Ricerca)<sup>334</sup>. L'istituto provvede per la richiesta di nulla osta presso lo Sportello unico dell'immigrazione. La convenzione stipulata - detta "di accoglienza" - da una parte descrive il progetto di ricerca dello straniero, dall'altra obbliga l'istituto/datore di lavoro ad accoglierlo. Sono, inoltre, stabiliti nella convenzione: il rapporto giuridico instaurato, le condizioni di lavoro, le risorse mensili messe a disposizione (pari ad almeno il doppio dell'assegno sociale), le spese per il viaggio di ritorno, la stipula di una polizza assicurativa per malattia per il ricercatore ed i suoi familiari ovvero l'obbligo per l'istituto di provvedere alla loro iscrizione al Servizio sanitario nazionale.

Un aspetto piuttosto rilevante, della disciplina normativa dedicata ai ricercatori stranieri, riguarda il diritto al ricongiungimento familiare. L'ingresso regolare e il soggiorno dei familiari individuati ex art. 29 TUI, infatti, va garantito *a prescindere* dalla durata temporale dei permessi di soggiorno<sup>335</sup> concessi ai ricercatori (durata, fra l'altro, che deve essere pari a quella necessaria allo svolgimento dei singoli progetti di ricerca).

---

<sup>334</sup> L'iscrizione alla lista tenuta presso il MIUR richiede che siano affrontati oneri, procedurali e - in senso lato - burocratici, specificati al comma 2 dell'art. 27-ter. Il comma 2 recita: "L'iscrizione nell'elenco di cui al comma 1, valida per cinque anni, è disciplinata con decreto del Ministro dell'Università e della ricerca e, fra l'altro, prevede: a) l'iscrizione nell'elenco da parte di istituti, pubblici o privati, che svolgono attività di ricerca intesa come lavoro creativo svolto su base sistematica per aumentare il bagaglio delle conoscenze, compresa la conoscenza dell'uomo, della cultura e della società, e l'utilizzazione di tale bagaglio di conoscenze per concepire nuove applicazioni; b) la determinazione delle risorse finanziarie minime a disposizione dell'istituto privato per chiedere l'ingresso di ricercatori e il numero consentito; c) l'obbligo dell'istituto di farsi carico delle spese connesse all'eventuale condizione d'irregolarità del ricercatore, compresi i costi relativi all'espulsione, per un periodo di tempo pari a sei mesi dalla cessazione della convenzione di accoglienza di cui al comma 3". Per quanto qui interessa, l'unico passaggio normativo "notevole", in tema di condizioni per l'iscrizione alla specifica lista tenuta presso il MIUR, si trova alla lett. c). È possibile, infatti, tracciare un parallelo fra la detta disposizione (appunto, "l'obbligo dell'istituto di farsi carico delle spese connesse all'eventuale condizione d'irregolarità del ricercatore (...)") e quanto previsto per il datore di lavoro "ordinario" (il quale, se vuole assumere dall'estero uno straniero, deve prendere su di sé, attraverso il contratto di soggiorno per lavoro subordinato, l'obbligo a pagare le eventuali spese per il rimpatrio del lavoratore). Nonostante il parallelo in questione "regga", a chi scrive pare che il legislatore del 27 ter abbia realizzato una norma meno anomala - e meno controversa - di quella contenuta all'art. 5 bis TUI relativa al contratto di soggiorno. Infatti, se da una parte impegni volti a soddisfare interessi eminentemente pubblicistici sono versati all'interno dell'atto giuridico *par excellence* del diritto privato, il contratto; dall'altra, all'art. 27 ter sono invece scandite delle condizioni realizzate le quali l'ente universitario o di ricerca riceve un'autorizzazione pubblicistica a svolgere una certa attività del diritto privato (l'assunzione di "ricercatori" stranieri). Si tratta di uno schema normativo, per così dire, non "anomalo", invero molto frequente.

<sup>335</sup> Si parla, a tal proposito, di permessi di soggiorno "per ricerca scientifica" (art. 27 ter co. 7 TUI).

A conclusione della snella analisi proposta in riferimento art. 27 ter, occorre evidenziare la previsione di cui al comma 11, riguardante la mobilità intra-europea dei ricercatori cittadini di Paesi terzi. Specularmente a quanto studiato in tema di titolari della *Blue Card Ue*, lo straniero che si muova da un altro Stato membro all'Italia per continuare la propria attività di ricerca non abbisogna, per entrare regolarmente, del visto d'ingresso. Si rende comunque necessaria, almeno quando lo straniero debba permanere in Italia per più di tre mesi, la stipulazione della convenzione di accoglienza con l'istituto di ricerca che "ospita" lo straniero, coerentemente con quanto visto *supra*.

### 3.2.5 I lavoratori "ICT"

Avendo già dedicato ampia attenzione all'art. 27 quater (di cui si è sottolineata ampiamente l'importanza, visto il significato della Direttiva 2009/50/CE quale tappa del percorso di integrazione europea nelle materie del mercato del lavoro e dell'ingresso in Europa per motivi di lavoro), si dedichi ora attenzione agli artt. 27 quinquies (rubricato "ingresso e soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari") e 27 sexies TUI ("stranieri in possesso di permesso di soggiorno per trasferimento intra-societario ICT rilasciato da altro Stato membro"). Questi articoli, allo stesso modo che il 27 quater, rappresentano il prodotto della trasposizione di una direttiva europea, la 2014/66/UE. Ne riproducono anzi in modo pedissequo la normativa, concernente le "condizioni di ingresso e soggiorno dei dirigenti, lavoratori specializzati, lavoratori in formazione di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari".

La prima cosa da osservare è che, alle tipologie di lavoratori in questione, era dedicata nel nostro sistema una disciplina specifica *già prima* del D. Lgs. n. 253/2016<sup>336</sup> (con il quale, appunto, la Direttiva 2014/66/UE è stata attuata). In particolare, all'art. 27 co.1 lett. a) già si prevedeva che "dirigenti o personale altamente specializzato", provenienti da Paesi terzi, entrassero in Italia *al di fuori del sistema delle quote* (l'ingresso al di fuori del sistema delle quote è, pure per gli articoli 27 quinquies e 27 sexies TUI, dato normativo *clou*). Analoga prescrizione era già contenuta all'art. 27 co. 1 lettera f)<sup>337</sup> circa le persone

---

<sup>336</sup> P. Ichino, *Relazione sullo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva n. 2014/66/UE sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei dirigenti, lavoratori specializzati, lavoratori in formazione di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari*, cit. 1 (Atto del Governo n. 338/2016).

<sup>337</sup> Occorre ricordare come il 27 co. 1 lett. f) faccia riferimento: alle "persone che, autorizzate a soggiornare per motivi di formazione professionale, svolgono periodi temporanei di addestramento (...)".

“in formazione” (“persone che, autorizzate a soggiornare per motivi di formazione professionale, svolgono periodi temporanei di addestramento (...).”

L’esclusione dal sistema delle quote - esclusione cui, subito, s’è inteso fare riferimento - ha rappresentato per il legislatore italiano una scelta discrezionale. L’art. 6 della Direttiva ICT<sup>338</sup> (“*Intracorporate transfers*”) ha infatti lasciato ai singoli Stati membri un ampio margine di scelta sul tema<sup>339</sup>. Il fatto che il legislatore italiano abbia optato per non applicare ai lavoratori ICT il sistema delle quote permette, quindi, di instaurare un parallelo con quanto visto in tema di trasposizione della *Blue Card Directive* (pure in quel caso, il legislatore *discrezionalmente* decideva di non includere i lavoratori altamente qualificati fra i migranti cui si rivolgono documento programmatico triennale e decreto-flussi). Tale parallelo porta a ritenere che la scelta versata all’interno dei nuovi 27 quinquies e sexies denoti, allo stesso modo che il 27 quater per gli stranieri altamente qualificati, un innegabile favore legislativo verso i lavoratori ICT.

### 3.2.5.1 *Il favore legislativo verso i lavoratori ICT*

Per spiegare le ragioni di tale favore, è utile rifarsi ai considerando della Direttiva n. 66 del 2014. Il legislatore europeo è consapevole che “*la globalizzazione delle imprese, l’aumento degli scambi, la crescita e l’espansione dei gruppi multinazionali*”<sup>340</sup> producono una mobilità transnazionale del lavoro a suo modo inedita. Il migrante non si muove da uno Stato all’altro in ricerca di condizioni lavorative - o di vita - migliori; il migrante, invece, obbedisce o anche trae vantaggio in prima persona dalle esigenze e dalle scelte dell’impresa in tema di: utilizzo delle risorse umane, strategia geo-economica e necessità di formazione dei lavoratori (del migrante *in primis* oppure dei lavoratori presso i quali egli è inviato). L’attuale dinamismo delle imprese - tratto fondamentale della loro “globalizzazione”, così come consentita dalle odierne possibilità di comunicazione e spostamento - è assecondato dal legislatore, che evidentemente non intende comprimerlo

---

<sup>338</sup> D’ora innanzi, quando si voglia fare sintetico riferimento ai diversi lavoratori cui la disciplina ex artt. 27 quinquies e sexies si rivolge, sarà utilizzata l’espressione: “lavoratori ICT”.

<sup>339</sup> M. Mc Britton, *L’accesso e il soggiorno nell’ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 7.

<sup>340</sup> P. Ichino, *Relazione sullo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva n. 2014/66/UE sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei dirigenti, lavoratori specializzati, lavoratori in formazione di Paesi terzi nell’ambito di trasferimenti intra-societari*, cit. 2.

mantenendo una normativa “superata”, paradigmatica di una visione datata della mobilità del lavoro.

### 3.2.5.2 *Il campo di applicazione*

Prima l’Unione, poi l’Italia hanno quindi approntato una disciplina *ad hoc*, rivolta ai lavoratori ICT. Per individuare i lavoratori ICT - stabilendo così l’ambito di applicazione della nuova normativa - è necessario utilizzare due coordinate: una riguardante l’individuo, l’altra invece riguardante l’impresa. Come s’è accennato in precedenza, la normativa ex art 27 quinquies si rivolge, ai sensi del comma 1 ad: “a) dirigenti; b) lavoratori specializzati, ossia in possesso di conoscenze specialistiche indispensabili per il settore di attività, le tecniche o la gestione dell’entità ospitante, valutate, oltre che rispetto alle conoscenze specifiche relative all’entità ospitante, anche alla luce dell’eventuale possesso di una qualifica elevata, inclusa un’adeguata esperienza professionale, per un tipo di lavoro o di attività che richiede conoscenze tecniche specifiche, compresa l’eventuale appartenenza ad un albo professionale; c) lavoratori in formazione, ossia i lavoratori titolari di un diploma universitario, trasferiti a un’entità ospitante ai fini dello sviluppo della carriera o dell’acquisizione di tecniche o metodi d’impresa e retribuiti durante il trasferimento”.

Nella relazione presentata dal Governo circa lo schema di decreto per l’attuazione della direttiva, si precisa che, nonostante all’art. 3 lett. e) (della direttiva medesima) sia descritto molto in dettaglio che cosa debba intendersi per “dirigente”, nel contesto normativo italiano è sufficiente il solo riferimento - non accompagnato da alcuna precisazione - alla categoria dei “dirigenti”<sup>341</sup>. È “sufficiente” perché, in tal modo, risulta definito, con esattezza e comunque *in senso conforme* al dettato europeo, il campo di applicazione della nuova normativa. La nozione giuridica italiana di “dirigente” si trova all’art. 2095 c.c., articolo la cui portata è stata, negli anni, sempre meglio definita grazie all’opera di dottrina e giurisprudenza. Per quanto concerne le lettere b) e c) dell’art. 27 quinquies co. 1, si ha che le definizioni di “lavoratore specializzato” e di “lavoratore in formazione” sono riprese pedissequamente dalla direttiva europea.

---

<sup>341</sup> P. Ichino, *Relazione sullo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva n. 2014/66/UE sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei dirigenti, lavoratori specializzati, lavoratori in formazione di Paesi terzi nell’ambito di trasferimenti intra-societari*, cit. 2.

Si è detto che, per comprendere il campo di applicazione della nuova disciplina, non soltanto bisogna guardare al profilo del lavoratore (dirigente, lavoratore specializzato o lavoratore in formazione titolare di un diploma universitario), ma anche occorre considerare le caratteristiche dell'impresa presso cui lo straniero è dipendente e, inoltre, che cosa essa abbia disposto per lui.

Va perciò notato che l'impresa, necessariamente stabilita presso un Paese terzo, deve aver disposto un distacco *temporaneo*<sup>342</sup> per lo straniero il quale, dal canto suo, all'impresa deve essere legato da un rapporto di lavoro che dura almeno da tre mesi.

Il distacco in questione, tuttavia, non può avvenire verso qualsiasi altra impresa o realtà lavorativa; è invece necessario che il distacco avvenga presso “un'entità ospitante stabilita in Italia, appartenente alla *stessa* impresa” oppure a “*un'impresa facente parte dello stesso gruppo di imprese ai sensi dell'art. 2359 c.c.*”<sup>343,344</sup>. Che cosa si debba intendere per “entità ospitante” lo spiega il comma 3 dell'art. 27 quinquies. Vi si dice che essa consiste nella “sede, filiale o rappresentanza in Italia dell'impresa da cui dipende il lavoratore trasferito o un'impresa appartenente allo stesso gruppo, o una sua sede, filiale o rappresentanza in Italia”.

Proprio le norme, che circoscrivono il campo di applicazione dell'art. 27 quinquies in virtù delle caratteristiche che deve possedere la “entità ospitante”, permettono di comprendere la denominazione della direttiva 2014/66/UE, come pure la dizione riportata sul permesso di soggiorno rilasciato agli stranieri ex art 27 quinquies. La direttiva è infatti denominata “ICT” - “*Intracorporate Transfers*” Directive (letteralmente, direttiva “distacchi *intra*-societari”) e, parallelamente, il permesso di soggiorno a sua volta è detto “ICT”.

Non è un caso se fra le esclusioni dell'art. 27 quinquies comma 4 (dove si puntualizza a quali lavoratori la normativa dell'articolo *non* si applica) vi siano pure i lavoratori stranieri che sono distaccati - per così dire - *extracorporately*. A loro sono stati dedicati a livello europeo specifici interventi normativi: prima la direttiva 96/71/CE, poi la

---

<sup>342</sup> *Infra*, si avrà occasione di dire che, in Italia, la permanenza a scopo lavorativo del migrante ICT deve essere contenuta, temporalmente, fra una soglia di durata minima (al di sotto della quale non si rende necessaria l'applicazione dell'articolata disciplina ex art. 27 quinquies) e una soglia di durata *massima*.

<sup>343</sup> L'art. 2359 c.c. (co. 2) recita: “Sono considerate società controllate quelle in cui un'altra società possiede un numero di azioni tale da assicurarle la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie, o quelle che, in virtù di particolari vincoli contrattuali, sono sotto l'influenza dominante di altra società”.

<sup>344</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 7.

2014/67/UE. Attraverso tali direttive, si è inteso costruire un comune *framework* giuridico europeo in tema di distacco. E questo è avvenuto, con tutta evidenza, per rendere maggiormente effettiva la libera circolazione dei *servizi* (affermata, com'è noto, nei trattati).

Soffermandosi sulle altre tipologie (individuate ex co. 4) di lavoratori stranieri esclusi dall'applicazione dell'art. 27 quinquies, è possibile porre in evidenza come la *ratio* di dette esclusioni sia, invero, alquanto disomogenea<sup>345</sup>. Nei casi del lavoro autonomo e somministrato, comunque, la *ratio* è alquanto evidente: manca il vincolo di subordinazione<sup>346</sup>. O meglio: nel primo caso non c'è *tout court* subordinazione, nel secondo caso invece si ha che il contratto di lavoro subordinato non sussiste fra il lavoratore straniero (interinale) e l'impresa presso la quale egli è trasferito o, ancora, fra lui e l'impresa che appartiene al medesimo gruppo di quella presso la quale è trasferito: il contratto di lavoro subordinato sussiste piuttosto fra il lavoratore straniero in parola e l'agenzia di somministrazione. La *ratio* dell'esclusione cambia, quindi, se ci si riferisce a ricercatori e studenti, ai quali si applicano discipline *ad hoc*; o se si volge attenzione ai lavoratori in formazione che debbono sì svolgere un tirocinio in Europa, ma soltanto per un breve periodo, visto che la normativa ex art. 27 quinquies è dedicata soltanto a coloro per i quali la permanenza in Italia duri almeno tre mesi<sup>347</sup>. Il comma 4 precisa, infine, che sono esclusi dall'applicazione della disciplina "ICT" i lavoratori stranieri cui, in generale, è riconosciuta dal diritto pattizio una libertà di circolazione del tutto simile a quella dei lavoratori cittadini Ue.

### 3.2.5.3 *Il carattere temporaneo del trasferimento*

Il carattere del trasferimento intra-societario disciplinato all'art. 27 quinquies è *intrinsecamente segnato dalla temporaneità*. Si prevede (comma 11) che il trasferimento del dirigente o del lavoratore specializzato abbia una durata massima di tre anni e che

---

<sup>345</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 8.

<sup>346</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 8.

<sup>347</sup> A tal proposito occorre osservare che, sia per i dirigenti e i lavoratori specializzati, sia per i tirocinanti, la Direttiva ICT ha stabilito che i legislatori nazionali fissassero, disponendo di un certo margine di discrezionalità, soglie temporali minime della permanenza dello straniero nello Stato. In particolare, s'è previsto che la soglia minima della permanenza dello straniero, superata la quale deve applicarsi la disciplina ICT, comunque non fosse inferiore ai tre mesi. L'Italia (27 quinquies co. 2) ha, per tutte le tipologie di lavoratori previste nella direttiva, scelto proprio il livello minimo dei tre mesi.

quello del tirocinante duri al più un anno<sup>348</sup>. Le norme in tema di durata massima vanno messe in relazione<sup>349</sup> con un'altra disposizione. Per evitare che decorsi tre anni - o soltanto dodici mesi, nel caso del tirocinante - l'impresa sistematicamente torni a disporre il distacco dello straniero nel *medesimo* Paese membro e presso la *medesima* entità ospitante (eludendo in tal modo le norme legislative, le quali hanno inteso delineare l'*intracorporate transfert* come intrinsecamente temporaneo), è stabilito che debba sussistere un periodo di pausa di almeno tre mesi fra il raggiungimento della durata massima del trasferimento e la presentazione della nuova domanda di *nulla osta* al lavoro.

#### 3.2.5.4 *La procedura di ingresso. Il nulla osta*

Si coglie l'occasione per dire che, anche per i lavoratori ICT, bisogna che sia concesso (dallo Sportello unico) il nulla osta al lavoro. A tal fine, apposita domanda deve essere avanzata dalla "entità ospitante". Essa (ex art. 27 quinquies co. 5) deve, fra le altre cose, presentare documentazione circa: *in primis*, la propria appartenenza e l'appartenenza "dell'impresa stabilita nel Paese terzo alla stessa impresa o allo stesso gruppo di imprese"; *in secundis*, circa il fatto che il lavoratore ICT, per cui si richiede il nulla osta, abbia già lavorato "presso l'impresa interessata per un periodo minimo di tre mesi ininterrotti immediatamente precedenti la data del trasferimento intra-societario"<sup>350</sup>. Tali oneri di

---

<sup>348</sup> Che per il tirocinante sia dedicata norma distinta, la quale prevede un periodo massimo del distacco intra-societario inferiore rispetto a quello previsto per gli altri lavoratori ICT, è dato normativo che deve sicuramente essere apprezzato. Il tirocinio (o *stage*) è "un momento di formazione in "situazione", ossia di apprendimento di tipo pratico ed esperienziale finalizzato alla crescita personale e professionale del soggetto da formare, mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro". Tale significato del tirocinio risulta contraddetto quando non siano posti dei limiti temporali chiari all'esperienza formativa o, ancora, quando tali limiti temporali siano inadeguati, perché eccessivamente ristretti o eccessivamente ampi. In primo luogo, bisogna dire che, perché l'apprendimento dello stagista sia effettivo, è necessario che sia prospettato un orizzonte temporale minimo. In secondo luogo (e tale notazione vale sia per il caso in cui il termine apposto al tirocinio sia eccessivamente ampio, sia per il caso - solo ipotetico - in cui non sia apposto alcun termine) il percorso di "crescita personale e professionale" non può continuare per anni e anni o non avere alcun limite, poiché il tirocinio rappresenterebbe allora un percorso "senza traguardo", divenendo una sorta di surrogato funzionale del contratto di lavoro.

Si consiglia la lettura di L. Angeletti, V. De Lorenzo, F. De Luca, M. Saccaggi, D. Silva, *Tirocini: definizione e inquadramento giuslavoristico*, cit. 14 ss., in A. Corbo, F. D'Addio, L. M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di) *Tirocini extracurricolari: i primi recepimenti regionali delle linee guida del 25 maggio 2017* (Adapt University Press/Adapt e-Book series n. 69, liberamente consultabile all'indirizzo [https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/31020/mod\\_resource/content/0/vol\\_69\\_2017\\_tirocini.pdf](https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/31020/mod_resource/content/0/vol_69_2017_tirocini.pdf)).

<sup>349</sup> P. Ichino, *Relazione sullo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva n. 2014/66/UE sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei dirigenti, lavoratori specializzati, lavoratori in formazione di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari*, cit. 3.

<sup>350</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 8.

documentazione risultano perfettamente in linea con i limiti (descritti *supra*) concernenti l'ambito applicativo dell'art. 27 quinquies TUI.

Contestualmente, l'entità ospitante deve presentare il contratto di lavoro dello straniero (o, se richiesta, la lettera d'incarico). In tal modo, vengono ad essere precisati: la durata del trasferimento<sup>351</sup> (compresa, s'è visto, fra la soglia minima dei tre mesi e una soglia massima che varia a seconda della tipologia di lavoratore ICT); l'ubicazione dell'entità ospitante; ancora, "l'impegno ad adempiere agli obblighi previdenziali e assistenziali previsti dalla normativa italiana (...)"; "*le mansioni e la qualifica di dirigente, o di lavoratore specializzato o di lavoratore in formazione nell'entità ospitante*". Sono precisate, inoltre, "*le condizioni di lavoro e la retribuzione che saranno riconosciute*" e documentate "*le qualifiche professionali*" del prestatore<sup>352</sup>.

È particolarmente interessante notare come, nel caso del tirocinante ICT, un ulteriore importante onere di documentazione consista nell'avanzamento del piano formativo individuale. Questo piano, infatti, rappresenta il vero cuore pulsante di un rapporto di tirocinio. Valorizzare il piano formativo individuale, condizionando alla sua presentazione il rilascio del nulla osta per lo straniero, significa guardare al tirocinio come ad un percorso, finalizzato alla crescita professionale, di cui devono essere chiari "*la durata, gli obiettivi formativi e le condizioni di svolgimento*"<sup>353</sup>. Ciò è importante soprattutto perché il rapporto di tirocinio non venga snaturato, divenendo una sorta di "*apprendistato senza retribuzione*" o di "*patto di prova lungo*"<sup>354</sup>.

Perché l'entità ospitante possa far rilasciare il nulla osta, essa deve, infine, assumere su di sé l'obbligo di comunicare ogni variazione del rapporto di lavoro: ogni variazione che, più precisamente, sia tale da incidere "*sulle condizioni di ammissione*"<sup>355</sup>.

---

<sup>351</sup> C'è un dato da sottolineare, circa la necessaria temporaneità del trasferimento. La norma di legge richiede che dal contratto di lavoro (o dalla lettera di incarico) si evinca che il lavoratore "*farà ritorno* in un'entità appartenente alla stessa impresa o a un'impresa dello stesso gruppo stabilite in un Paese terzo" (co. 5 lett. c) n. 4). La norma europea, invece, sul tema non è così netta: essa prevede soltanto che dal contratto o dalla lettera si evinca che il lavoratore *potrà fare* ritorno. (art. 4 co. 3 lett. d)).

<sup>352</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 8.

<sup>353</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 8.

<sup>354</sup> F. D'Addio, *L'evoluzione della disciplina dei tirocini e i rapporti con i concetti di occupabilità e professionalità*, cit. 8, in *Professionalità Studi*, rivista bimestrale online (Studium Edizioni & Adapt University Press, n. 3 gennaio-febbraio 2018).

<sup>355</sup> In tal senso, il presente onere di comunicazione si distingue da quello normalmente gravante in capo al datore di lavoro "ordinario" dello straniero.

Il nulla osta al lavoro deve essere rilasciato nel termine di quarantacinque<sup>356</sup> giorni, dopo che siano stati “acquisiti i pareri della sede territoriale dell’Ispettorato nazionale del lavoro per la verifica delle condizioni di cui al comma 5<sup>357</sup> e della questura per la verifica dell’insussistenza di gravi motivi all’ingresso dello straniero ai sensi dell’articolo 31 comma 1<sup>358</sup> del regolamento di attuazione”.

### 3.2.5.5 *Il diniego o la revoca del nulla osta*

Per quanto concerne - sempre in tema di nulla osta - i possibili motivi del diniego o della revoca (questi motivi sono elencati al comma 15<sup>359</sup> dell’art. 27 quinquies) desta particolare attenzione la disposizione della lettera d). Il legislatore ha inteso evidenziare un meccanismo di elusione della disciplina ex art. 27 quinquies fondato sulla creazione solo *strumentale* di una entità ospitante. Si vuole evitare che la disciplina (di favore) del trasferimento intra-societario sia illegittimamente sfruttata, producendosi così un aggiramento delle condizioni e dei limiti stabiliti in via generale per l’immigrazione per motivi di lavoro. Va ricordato a tal proposito che, a differenza di coloro per i quali è avanzata domanda di nulla osta ex art. 22 TUI, i lavoratori ICT fanno ingresso in Italia al di fuori del sistema delle quote. Un’impresa - s’immagini - che intenda favorire l’entrata in realtà illegittima di lavoratori stranieri (di modo che questi possano risiedere nel territorio italiano e cercare, *in loco*, un’occupazione lavorativa, per di più senza vivere la pesante condizione della clandestinità) potrebbe ben istituire una “società-figlia” che serva, principalmente, a permettere gli ingressi in Italia. Quando così fosse, tutte le

---

<sup>356</sup> Nella Direttiva 2014/66/UE si stabilisce che i legislatori nazionali possono definire un termine per il rilascio del nulla osta che comunque non può essere superiore a novanta giorni.

<sup>357</sup> Tali condizioni sono state descritte *supra*: se lavoratore ed entità ospitante rientrano nel campo di applicazione dell’art. 27 quinquies e se contratto di lavoro o offerta vincolante obbediscano ai requisiti scanditi dalla legge.

<sup>358</sup> Il richiamo alla norma del regolamento di attuazione non è esplicativo, giacché qui meramente si fa riferimento, senza alcuna specificazione, ai motivi - appunto - ostativi all’ingresso. Evidentemente, per ritrovare la descrizione di tali motivi bisogna tornare all’ampia elencazione operata all’art. 22 del Testo Unico, che (come noto) riguarda la procedura di ingresso in Italia per il lavoratore subordinato straniero “non ulteriormente caratterizzato”.

<sup>359</sup> L’articolo 27 quinquies co. 15 TUI recita: “Il nulla osta al trasferimento intra-societario è rifiutato o, se già rilasciato, è revocato quando: a) non sono rispettate le condizioni previste dal comma 5; b) non è trascorso l’intervallo temporale di cui al comma 11; c) i documenti presentati sono stati ottenuti in maniera fraudolenta o sono stati falsificati o contraffatti; d) l’entità ospitante è stata istituita principalmente allo scopo di agevolare l’ingresso dei lavoratori soggetti a trasferimento intra-societario; e) l’entità ospitante non ha rispettato i propri obblighi in materia tributaria, di previdenza sociale, diritti dei lavoratori, condizioni di lavoro e di occupazione previsti dalla normativa nazionale o dai contratti collettivi applicabili; f) l’entità ospitante è stata oggetto di sanzioni per lavoro non dichiarato o occupazione illegale; g) l’entità ospitante è in corso di liquidazione, è stata liquidata o non svolge alcuna attività economica”.

disposizioni in tema di “*intracorporate transfers*” sarebbero dal di dentro svuotate di senso.

### 3.2.5.6 *Il permesso di soggiorno “ICT”*

Dedicato tale breve *focus* al tema del diniego (e della revoca) del nulla osta, si passi a considerare la fisiologia di quanto avviene dopo il rilascio del nulla osta medesimo.

Norma di grande interesse è quella contenuta all’art. 27 quinquies comma 10. Vi si prevede che lo straniero, entro otto giorni dal proprio ingresso in Italia<sup>360</sup>, si rechi presso lo Sportello unico che ha rilasciato il nulla osta; deve qui dichiarare la propria presenza sul territorio. Ciò è richiesto perché lo straniero, poi, possa ottenere il permesso di soggiorno “ICT”.

È certamente da sottolineare (leggendo il comma 10 in combinato disposto con il comma 17) che non è prevista la stipulazione di alcun contratto di soggiorno<sup>361</sup>. Al comma 17, si definisce soltanto un termine ordinario entro il quale il permesso di soggiorno<sup>362</sup> - appunto - “ICT” deve essere rilasciato: quarantacinque giorni dalla dichiarazione di presenza. Nessun riferimento è fatto al contratto di soggiorno - e d’altronde, poco senso avrebbe avuto una prescrizione al riguardo, giacché il lavoratore ICT non instaura in Italia un nuovo rapporto di lavoro: egli rimane un dipendente dell’impresa distaccante, quella che si trova nel Paese terzo.

Circa la durata del permesso, si prevede che esso valga fintanto che dura il trasferimento intra-societario (co. 20). Va detto tuttavia che, quando il trasferimento sia prorogato, specularmente potrà chiedersi il rinnovo del permesso. Ciò può avvenire a condizione che sia mantenuto il rispetto dei termini massimi di tre anni o un anno fissati dal legislatore per il trasferimento intra-societario.

---

<sup>360</sup> L’ingresso in Italia è nel frattempo avvenuto in virtù di un meccanismo (rilascio del nulla osta più concessione del visto) assolutamente speculare a quello (*supra* studiato) dell’art. 22 TUI.

<sup>361</sup> M. Mc Britton, *L’accesso e il soggiorno nell’ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 11.

<sup>362</sup> L’art. 27 quinquies al comma 18 recita: “Il permesso di soggiorno ICT non è rilasciato o il suo rinnovo è rifiutato o, se già rilasciato, è revocato, oltre che nei casi di cui al comma 15, quando: a) è stato ottenuto in maniera fraudolenta o è stato falsificato o contraffatto; b) risulta che il lavoratore intra-societario non soddisfaceva o non soddisfa più le condizioni per l’ingresso e il soggiorno previste dal presente testo unico o se soggiorna per fini diversi da quelli per cui ha ottenuto il nulla osta ai sensi del presente articolo; c) è stata raggiunta la durata massima del trasferimento intra-societario di cui al comma 11”.

Indipendentemente dalla durata del permesso ICT, potrà concedersi ai famigliari dello straniero un permesso di soggiorno (ex art. 30 TUI) che abbia lunghezza uguale a quella del permesso rilasciato al parente immigrato<sup>363</sup>.

#### 3.2.5.7 *La procedura d'ingresso. Il protocollo d'intesa*

Terminata la descrizione della procedura per l'ingresso regolare in Italia, bisogna aggiungere che la stessa procedura, realizzati determinati presupposti, può essere semplificata. Se il Ministero del Lavoro e l'entità ospitante, infatti, stipulano un protocollo d'intesa dove è assicurato il rispetto delle condizioni ex art. 27 quinquies co. 5, allora (co. 13) non è necessario il rilascio del nulla osta. È invece sufficiente che l'entità ospitante faccia una comunicazione telematica allo Sportello unico il quale, poi, quando la questura non abbia evidenziato nessun motivo ostativo all'ingresso dello straniero, sempre con modalità telematica trasmette una comunicazione all'Ufficio consolare, permettendo così la concessione del visto d'ingresso per il lavoratore interessato.

#### 3.2.6 *Parità di trattamento e mobilità intra-europea per i lavoratori "ICT"*

In ultimo, occorre soffermarsi sul comma 12. Vi si afferma che l'art. 4 del d.lgs. 17/7/2016, n. 136 si applica proprio a quanti sono stati ammessi in Italia ex art. 27 quinquies.

Il decreto legislativo in parola è quello che ha dato attuazione alla Direttiva 2014/67/UE, “*concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*”<sup>364</sup>. Il richiamo all'art. 4 significa che ai lavoratori ICT si applicano “le medesime condizioni di lavoro e di occupazione previste per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui si svolge il distacco”: è in tal modo stabilito un *principio di parità di trattamento*.

Per di più, il legislatore del comma 12 espressamente afferma che per i lavoratori ICT valgono le libertà sindacali garantite ai lavoratori italiani. La stessa parificazione, poi, si dispone si abbia anche per l'accesso ai beni e ai servizi erogati dal soggetto pubblico, ad

---

<sup>363</sup> Una disposizione di questo tipo la si è incontrata anche studiando le discipline dedicate ai lavoratori *highly-skilled* e ai ricercatori stranieri.

<sup>364</sup> M. Mc Britton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, cit. 9.

esclusione tuttavia “dell'accesso ad un alloggio e dei servizi forniti dai centri per l'impiego”.

In chiusura del comma 12, toccando la questione della *mobilità intra-europea* dei lavoratori ICT, si afferma l'applicabilità del regolamento (CE) n. 1231/2010. Il contenuto normativo di detto regolamento è molto semplice: si dispone, essenzialmente, che le prescrizioni del regolamento (CE) n. 883/2004 e del regolamento (CE) n. 987/2009 siano applicate pure ai cittadini di Paesi terzi per i quali questi “regolamenti non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità (...)” (art. 1).

I due regolamenti cui è fatto rimando riguardano l'uno - il n. 883/2004 - “il coordinamento (europeo) dei sistemi di sicurezza sociale”, mentre l'altro - il n. 987/2009 - proprio le modalità di applicazione del 883/2004.

Il tema della mobilità intra-europea dei lavoratori ICT, comunque, non si esaurisce nel solo rinvio operato dal comma 12. Alla mobilità intra-europea è espressamente dedicato l'intero art. 27 sexies, non a caso rubricato: “Stranieri in possesso di permesso di soggiorno per trasferimento intra-societario ICT rilasciato da altro Stato membro”.

Al comma 1, l'art. 27 sexies prescrive che, per un massimo di 90 giorni (calcolati su un arco temporale di 180), lo straniero che in altro Paese Ue abbia ottenuto un permesso di soggiorno “ICT” è autorizzato a svolgere attività lavorativa in Italia; senza, fra l'altro, che sia necessario per lui aversi la concessione di alcun nulla osta. Il legislatore precisa che tale attività lavorativa dello straniero deve svolgersi “presso una sede, filiale o rappresentanza in Italia dell'impresa da cui dipende il medesimo lavoratore titolare di permesso di soggiorno ICT o presso un'impresa appartenente allo stesso gruppo, o una sua sede, filiale o rappresentanza in Italia”.

Per il caso in cui il lavoratore straniero debba permanere nel nostro Paese per un periodo superiore al limite *supra* descritto (90 giorni nell'arco di 180), per lui deve semplicemente essere avanzata domanda di nulla osta al lavoro.

A prescindere che detta autorizzazione si renda necessaria o meno (cioè a prescindere che sia superato il limite dei 90 giorni), è previsto che il lavoratore, che si sia reso destinatario del permesso ICT in un altro Paese europeo, possa entrare in Italia legittimamente *senza il bisogno di un apposito visto d'ingresso*.

La disciplina della direttiva 2014/66/UE (che qui si sta studiando nella ricezione fattane dall'art. 27 sexies TUI) offre uno spunto di riflessione interessante circa la peculiare libertà di circolazione riconosciuta ai lavoratori ICT.

Essi sono senz'altro autorizzati a muoversi all'interno dello spazio europeo, dovendo, per un certo verso, solo rispettare un limite temporale per la permanenza nel secondo Stato membro - limite il cui superamento, fra l'altro, comporta unicamente che si debba avere il rilascio di un nuovo nulla osta al lavoro (da parte del secondo Stato membro). A prescindere comunque dal limite dei 90 giorni - si torna a dire - i lavoratori ICT sono esentati dall'obbligo del visto d'ingresso.

La "libera circolazione" in esame, bisogna notare, non comporta però una vera e propria possibilità di accesso ai differenti mercati del lavoro europei. Utilizzando una metafora e, certo, giocando con i temi toccati e le nozioni giuridiche fatte proprie nel presente studio, si potrebbe dire che il lavoratore gode di un diritto di circolazione ritagliato ("*tailored*") su una sua peculiare "cittadinanza", la quale non è quella del Paese extra-Ue d'origine ma è, invece, una sorta di "*cittadinanza societaria*". L'utilizzo di questa immagine - com'è ovvio, assolutamente metaforica - aiuta a capire come le possibilità di movimento e i diritti riconosciuti ai lavoratori ICT siano strettamente collegati alla loro appartenenza a una società/gruppo societario. Essi sono titolari di uno specifico diritto di circolazione, che vale per i Paesi europei dove le società di cui sono dipendenti hanno una filiale, una rappresentanza, una "società-figlia". È, d'altronde, naturale che una società che distacchi temporaneamente un proprio lavoratore in Europa, presso una propria filiale o una propria controllata, abbia più stabilimenti e sedi nel continente. È altrettanto naturale, che la società richieda in particolare ai dirigenti e ai lavoratori specializzati, una volta che questi siano stati temporaneamente distaccati in Europa, di dare il proprio apporto non solo in un luogo, ma pure in altre realtà della medesima società o del medesimo gruppo societario.

Una disciplina della mobilità intra-europea come quella in esame, certo, "semplifica la vita" a chi - una grande multinazionale, ad esempio - voglia valorizzare fino in fondo le risorse umane specializzate di cui dispone.

### 3.3 I LAVORATORI MIGRANTI STAGIONALI

#### 3.3.1 *Uno snodo fondamentale*

La riflessione sul lavoro stagionale degli stranieri rappresenta uno snodo fondamentale nel presente studio. Se la disciplina dedicata all'occupazione stagionale dello straniero può dirsi, a livello sistematico, derogatoria rispetto al modello generale dell'ingresso in Italia per lavoro subordinato (modello, com'è noto, fornito all'art. 22 TUI), è pure innegabile che, sul piano di realtà, la presenza nel mercato del lavoro degli stagionali stranieri è a tal punto consistente da essere divenuta la vera “regola” dell'immigrazione economica nel nostro Paese<sup>365</sup>.

Comprendendo che è strutturale l'apporto lavorativo degli immigrati nell'ambito del lavoro stagionale, in relazione a loro i Governi, all'interno dei decreti-flussi, hanno negli anni fissato quote d'ingresso numericamente importanti<sup>366</sup>.

Soffermarsi sul lavoro stagionale straniero ha, peraltro, un ulteriore profondo significato, che va al di là delle dimensioni numeriche del fenomeno.

#### 3.3.1.1 *Lavoratori low-skilled in un mercato demand-driven*

In modo straordinariamente efficace, è stato scritto che lo straniero che si reca in Italia per motivi di lavoro stagionale rappresenta una sorta di “collettore idealtipico dei molteplici fattori di vulnerabilità che contraddistinguono i migranti extra-UE nell'ordinamento italiano”<sup>367</sup>. In primo luogo, si ha che la forte dipendenza del migrante nei confronti del proprio datore di lavoro risulta amplificata a causa della natura fortemente *demand-driven* del mercato del lavoro stagionale<sup>368</sup>. Si può dire, infatti, che gli stranieri che intendano lavorare stagionalmente programmino i propri spostamenti, sia transnazionali che *infra-nazionali*, in funzione delle specifiche esigenze dei datori di lavoro, esigenze che sorgono in zone geografiche diverse come in momenti diversi

---

<sup>365</sup> M. Ferraresi, *Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri professionali*, cit. 255.

<sup>366</sup> Si tratta però di quote, si noti, comunque non capaci di coprire le tante domande per l'ingresso regolare di stagionali presentate mano a mano negli anni. Nell'ambito divulgativo-giornalistico, si consiglia la lettura di F. de Ponte e R. Zanotti, *Decreto flussi, ecco i dati del flop. Permesso solo a un richiedente su tre* (pubblicato il 19/07/2017 e consultabile su <http://www.lastampa.it/>).

<sup>367</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 368.

<sup>368</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 370.

dell'anno<sup>369</sup>. Se normalmente si afferma che la “*posizione giuridica del migrante dipende dalle scelte del datore di lavoro*”<sup>370</sup> (è il datore di lavoro a doversi attivare per il regolare ingresso dello straniero in Italia, è la titolarità del contratto di lavoro a costituire condizione fondamentale per la regolare permanenza dello straniero nel Paese), tale dipendenza (invero, economico-giuridica) è ancora più acuta per il migrante che non possa stabilizzarsi in un dato contesto socio-territoriale. Costui, per le esigenze del mercato del lavoro stagionale, è infatti costretto a spostamenti ravvicinati e a cambiare frequentemente datore di lavoro. Ogni volta che, periodicamente, cambi luogo e attività, deve confidare in una nuova assunzione.

Oltre che dalla peculiare forza delle istanze datoriali, la vulnerabilità dei migranti stagionali dipende dalle loro caratteristiche come lavoratori. Essi sono pressoché tutti riconducibili alla macro-categoria dei lavoratori *low-skilled*. Ancor prima di effettuare l'analisi della disciplina che loro si rivolge, può ben ritenersi che tale profilo della scarsa qualificazione non giochi a loro favore: sia sul versante delle scelte di politica del diritto compiute dal legislatore<sup>371</sup>, sia per quanto riguarda la solidità della loro posizione nel mercato del lavoro. Riguardo al primo punto, può proporsi per intanto un semplice ragionamento argomentativo *a contrario*: visto che, finora, le deroghe normative descritte come vantaggiose per i migranti - le deroghe rispetto al modello generale degli ingressi per lavoro subordinato - sono sempre state giustificate dal desiderio di incentivare le migrazioni “buone”, cioè quelle di lavoratori *highly-skilled* (titolari della *Blue Card*,

---

<sup>369</sup> Le cronache giornalistiche spesso raccontano dei tanti migranti che, specialmente nel Meridione d'Italia, si spostano di Regione in Regione, rispondendo così alle forti domande di manodopera provenienti dalle aree specializzate della produzione agro-alimentare. Soltanto a titolo d'esempio (per dare il segno della conoscibilità di tali spostamenti) potrebbero citarsi, per i mesi invernali, la raccolta degli agrumi nella (calabrese) Piana di Gioia Tauro o quelle primaverili di ortaggi nel casertano. Sicuramente, potrebbe farsi riferimento all'impiego massiccio di braccianti stranieri nelle campagne pugliesi, fenomeno circa il quale sono stati condotti reportage anche fuori dall'Italia. In proposito, si consiglia la lettura di D. Perrotta, *Ben oltre lo sfruttamento: lavorare da migranti in agricoltura*, cit. 29, in il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica" 1/2014.

<sup>370</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 370.

Va notato, a tal proposito, che in dottrina si è arrivati a parlare di un modello *padronale* o *datoriale* di integrazione del migrante, visto che negli anni “*il legislatore ha appaltato ai datori di lavoro la gestione di interi istituti*”. M. Ferrero e F. Perocco, *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 39.

<sup>371</sup> Rimandando solo di poco l'analisi della disciplina dedicata ai lavoratori stranieri stagionali, basti dire che la disciplina in parola deriva da una direttiva Ue. Tra gli obiettivi espressamente indicati dal legislatore europeo, c'è quello (considerando n. 7) di “*impedire il superamento dei termini del soggiorno o che il soggiorno temporaneo diventi permanente*”. Il testo di tale considerando la dice lunga circa la scarsa propensione europea (e quindi italiana) a trattenere sul territorio i migranti stagionali, evidentemente considerati come risorsa “di poco valore”.

ricercatori, lavoratori ICT...), pare evidente che il legislatore non intenderà favorire i migranti scarsamente qualificati. O almeno, potrà anche darsi che guardi all'immigrazione stagionale con interesse e "apertura", se la ritiene utile per il sistema economico-produttivo, ma bisognerà aspettarsi un atteggiamento - appunto - solamente utilitaristico: di favore fintanto che il migrante non riesca "sgradito"<sup>372</sup>.

Per quanto riguarda il secondo aspetto cui s'è fatto cenno, vale a dire la posizione che il migrante stagionale, come lavoratore *low-skilled*, viene ad occupare nel mercato del lavoro, bisogna osservare che egli si colloca in settori produttivi (quello agricolo e quello turistico-alberghiero in particolare)<sup>373</sup> definiti come *labour-intensive* (ad alta intensità di lavoro) e spesso caratterizzati da scarsi investimenti sulla formazione dei lavoratori, da scarse possibilità di carriera per gli stessi, da forte precarietà nei rapporti di lavoro oltre che dalle modeste dimensioni delle imprese che vi operano.

### 3.3.2 Perché "segregazione nella segregazione"

Non solo: è importante sottolineare come la competizione fra i lavoratori, all'interno di questi settori, sia fortissima e per la maggior parte avvenga con i prestatori che, per essere assunti, diminuiscono considerevolmente le proprie pretese<sup>374</sup>. Accade, infatti, che proprio in settori economici come quelli agricolo e turistico-alberghiero si abbiano dei massicci fenomeni di *dumping* che investono sia i salari, sia le altre condizioni lavorative (orario, garanzia della sicurezza sul posto di lavoro...) e ciò, invero, bisogna ritenere sia reso possibile dal profondo intreccio fra irregolarità lavorativa (c.d. lavoro sommerso)<sup>375</sup>,

---

<sup>372</sup> Tali considerazioni sono per ora posticipate al momento dell'analisi della normativa.

<sup>373</sup> Quando si voglia trattare dei lavoratori migranti stagionali che si trovino in una condizione di *regolarità*, si ha che questi sicuramente sono collocati nei due settori citati (quello agricolo e quello turistico-alberghiero). Sul tema, infatti, esiste una specifica norma di legge: l'art.1 co. 2 del d.lgs. n. 203/2016 (decreto adottato per dare trasposizione alla direttiva 2014/36/UE, concernente proprio gli stranieri lavoratori stagionali). Su questa norma si tornerà *infra*.

<sup>374</sup> La competizione in parola - va sottolineato - inevitabilmente finisce per investire una determinata parte della popolazione autoctona, quella con mezzi minori per risultare attrattiva sul mercato del lavoro.

A tal proposito, chi scrive ritiene che sia cosa degna coltivare memoria di un "nome". Il 13 luglio del 2015 moriva nelle campagne di Andria, stroncata da un infarto, la tarantina e bracciante agricola Paola Clemente. La sua storia è ancora oggi paradigmatica delle condizioni di sfruttamento spesso subite dai lavoratori - italiani e stranieri - nelle campagne italiane, specie del Sud.

<sup>375</sup> Quando si parla di "*lavoro irregolare*" o "*lavoro sommerso*", ci si riferisce, invero, a un fenomeno alquanto variegato. Le cause dell'irregolarità possono essere differenti e, di conseguenza, pure lo sfruttamento illecito del lavoro può variare d'intensità. Proponendosi in via di sintesi una nota distinzione, occorre dire che, nell'ambito dell'irregolarità lavorativa, talora è corretto usare l'etichetta di "lavoro grigio", talaltra quella di "lavoro nero". Il lavoro grigio si configura "*quando il lavoratore, pur assunto in modo formalmente regolare, si vede riconosciuta solo una parte delle giornate e/o delle ore di lavoro effettivamente svolte, o comunque una parte delle retribuzioni dovute, oppure quando il rapporto viene*

irregolarità amministrativa degli stranieri (clandestinità “giuridica”<sup>376</sup>) e fenomeni - rilevanti a livello penale - di intermediazione illecita di manodopera (c.d. caporalato). Il sommarsi di questi fattori ha conseguenze esponenzialmente negative e non pare eccessivo parlare, nel caso del migrante stagionale, di “*segregazione nella segregazione (...) della costituzione di una fascia di lavoratori ultra-precari e ultra-flessibili*”<sup>377</sup>.

### 3.3.3 Migranti stagionali e mercato del lavoro

Insistere, fra l'altro, sul tema della intermediazione illecita è inevitabile. L'ampia diffusione<sup>378</sup> di gravi fenomeni di caporalato, infatti, dice molto *anche* della difficoltà

---

*formalizzato usando uno schema contrattuale diverso da quello dovuto (con corrispondente minor costo del lavoro) (...) o addirittura abusando di uno schema contrattuale in mancanza dei presupposti legittimanti. Il lavoro nero si configura invece quando in relazione alla prestazione lavorativa concretamente svolta non corrisponde alcuna comunicazione ufficiale alle istituzioni competenti né alcuna registrazione nelle scritture contabili obbligatorie dell'impresa”.*

L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 5 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

<sup>376</sup> Si è inteso sottolineare l'aggettivo “giuridica” per il fatto che, in dottrina, si è pure parlato di produzione di *clandestinità sociale* (tema per l'approfondimento del quale non si ritiene che il presente lavoro formi adeguata sede). Con tale espressione, ad ogni modo, è descritto un presunto obiettivo perseguito dal legislatore italiano, consistente nella marginalizzazione socio-economica del migrante. Tale marginalizzazione costituirebbe “*premessa necessaria per una discriminazione strutturale che sia socialmente accettata*”. M. Ferrero e F. Perocco *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 40.

<sup>377</sup> R. Cillo, *Economia sommersa e lavoro degli immigrati*, cit. 90-1, in *Razzismo al lavoro*. L'efficace espressione “*segregazione nella segregazione*” è stata proposta anche *supra*.

Si osserva che l'autrice Rossana Cillo, nel proprio scritto, sostiene una visione radicalmente critica rispetto al largo impiego di *informal employment* nel settore dell'agricoltura. Innanzitutto, in via generale, ella ritiene che nel Nord del mondo “*lo sviluppo dell'informalizzazione dell'economia non (sia) elemento esogeno ed estraneo all'economia formale (...) (ne costituirebbe invece) un elemento strutturale, contribuendo alla precarizzazione e all'abbattimento dei costi del lavoro*” (cit. 88). Poi, riferendosi solo all'agricoltura e circoscrivendo spazialmente il proprio commento a Paesi europei come l'Italia, la Francia e la Spagna, l'autrice afferma che “*la diffusione su scala senza precedenti dell'informal employment della forza di lavoro immigrata è strettamente legata all'esigenza di abbassare i costi del lavoro vivo, (esigenza) posta dall'industrializzazione del settore e dalla sua crescente integrazione al mercato mondiale*”.

La posizione critica dell'autrice non è isolata in dottrina. Si citi, a titolo d'esempio, un brano dell'opera di D. Perrotta, *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, cit. 219 (Meridiana 79/2014, consultabile su <http://www.jstor.org/stable/23728813>). Il brano in parola - che pure ha il proprio *focus* sulle ragioni della diffusione, in agricoltura, di certe modalità di intermediazione (illecita) della manodopera (riguarda dunque un tema più specifico che non l'impiego *tout court*, per il settore agricolo, di *informal employment*) - fa riferimento in modo chiaro alle condizioni economico-mercantili che, oggi, costringono i datori di lavoro/imprenditori agricoli a ridurre, per quanto possibile, il costo del fattore-lavoro nella produzione. Tali condizioni economico-mercantili consistono: “(nelle) *pressioni sui produttori agricoli affinché tengano bassi i costi di produzione, dovute agli oligopoli nella distribuzione dei prodotti e alla concorrenza dei mercati internazionali; (...) (nella) vulnerabilità e ricattabilità dei lavoratori migranti*”.

<sup>378</sup> Nel *Terzo Rapporto “Agromafie e Caporalato”*, realizzato per il 2016 dall'Osservatorio “Placido Rizzotto” di Flai-CGIL, sono forniti dati oltremodo significativi circa la diffusione nelle campagne italiane di pratiche di intermediazione illecita. Basti dire che si stima siano fra i 400mila e i 430mila i lavoratori irregolari nell'agricoltura italiana: essi sono tutti potenziali vittime di fenomeni di intermediazione illecita. Per quanto riguarda le condizioni di lavoro per coloro che si trovano sotto il giogo dei caporali, il Rapporto

dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro non specializzato nel caso dei migranti lavoratori stagionali. Il dato della *temporaneità* dell'occupazione, come della *temporaneità* della permanenza nel territorio, acuisce per questi particolari lavoratori quello che, in relazione al governo italiano degli ingressi di stranieri per motivi di lavoro subordinato, in dottrina è stato definito come un *fraintendimento* di fondo<sup>379</sup>. Si è già spiegato, d'altronde, come dall'intervento riformatore del 2002, ossia dall'abolizione dell'istituto della "prestazione di garanzia"<sup>380</sup>, il meccanismo dell'accesso regolare al nostro mercato del lavoro sia interamente retto sul principio della previa titolarità di un contratto di lavoro da parte del migrante. È necessario, cioè, che egli abbia ricevuto un'offerta lavorativa quando ancora si trovava nel proprio Paese d'origine<sup>381</sup>: offerta a tal punto "solida" che il datore di lavoro si è reso disponibile ad avviare la faticosa procedura per l'ottenimento del nulla osta al lavoro. Quanto descritto, peraltro, avviene nonostante un dato di chiara evidenza (il quale pure è stato illustrato precedentemente): nel caso dei lavoratori *low-skilled*, è difficile che l'incontro fra domanda e offerta di lavoro si svolga "a distanza"; è necessario, invece, un *matching* diretto<sup>382</sup>, "*in loco*". È questa una ragione fondamentale per cui il canale dell'ingresso regolare è spesso difficilmente praticabile - soprattutto, quando si tratti del primo ingresso in assoluto per il migrante, il quale non ha avuto altra occasione per "ambientarsi" in una certa zona del Paese, stringendo legami e conoscenze.

È, in parole povere, "anomalo" ottenere un permesso di soggiorno per motivi di lavoro *low-skilled*, poiché non si può dire che il datore di lavoro tenda a ricercare all'estero quelle qualifiche lavorative che facilmente gli sono offerte dalla platea dei prestatori già presenti nel mercato italiano. Tale scarsa propensione del datore di lavoro si ha a maggior ragione se si pensa alla farraginosità e alla iper-burocratizzazione delle procedure di ingresso.

---

spiega: questi lavoratori (ovviamente) non si vedono garantiti i diritti previsti da legge e da contrattazione di categoria; di conseguenza, essi percepiscono in media un salario inferiore di circa il 50% rispetto a quanto disposto dai CCNL e CPL. Invero, ciò significa che hanno una paga media giornaliera che oscilla fra i 22 e i 30 euro, pur lavorando - di solito - dalle otto alle dodici ore al giorno. Un dato di particolare gravità è quello concernente, per i lavoratori, la possibilità di accesso all'acqua e ai servizi igienici: a ben il 60% di quanti lavorano sotto i caporali non viene riconosciuta questa possibilità basilare.

<sup>379</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 372.

<sup>380</sup> Dell'istituto della prestazione di garanzia (c.d. istituto dello "sponsor") s'è avuto modo di dire *supra*.

<sup>381</sup> Chiaramente il riferimento è al lavoratore straniero che intende entrare nel mercato del lavoro italiano. *Supra* si è avuto modo di puntualizzare che, per lo straniero che già si trovi nel mercato italiano, vale il generale principio di parità di trattamento anche in relazione all'accesso al lavoro.

<sup>382</sup> S. Briguglio, *Oltre la legge Bossi-Fini, le riforme possibili*, in Lavoce.info, 8 gennaio 2014.

### 3.3.3.1 *Migranti stagionali e mercato del lavoro. Gli intermediari*

Il profondo “frammentamento” finora descritto, riguardante le modalità di realizzazione del *matching* domanda/offerta di lavoro nel caso di occupazioni *low-skilled*, vale per i lavoratori stagionali e anzi, come anticipato in precedenza, risulta per loro acuito, in ragione della temporaneità che caratterizza la loro occupazione e la loro permanenza nel territorio. È, appunto, la discrasia fra previsioni del legislatore e dinamica reale del mercato del lavoro a creare ampio “diaframma” nel quale si collocano gli intermediari, visto che diviene in special modo forte l’esigenza di facilitazione dell’incontro fra datori e prestatori di lavoro. Eppure, tale “diaframma” rappresenta uno spazio spesso attaccato e conquistato da intermediari informali o propriamente criminali<sup>383</sup>.

Questi ultimi, in particolare, sono in grado di offrire servizi a loro modo “unici” e quindi difficilmente rinunciabili. Il fatto, d’altronde, che amplissima forza-lavoro straniera sia nella disponibilità di associazioni criminali dipende per buona parte dalla diffusa pratica di contraffazione dei nulla-osta al lavoro. Tale pratica illecita, grazie alla quale sono radicalmente aggirate le norme prodotte dalle politiche migratorie italiane, pone chiaramente i lavoratori migranti - che sono i beneficiari della pratica illecita in parola - in una posizione di forte ricattabilità<sup>384</sup>.

### 3.3.4 *La Direttiva 2014/36/UE*

Concluse tali considerazioni preliminari riguardanti certe acute disfunzioni del mercato del lavoro stagionale straniero<sup>385</sup>, si passi all’analisi della normativa.

---

<sup>383</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 373. Nella corposa relazione “Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia”, presentata al Parlamento per il primo semestre del 2017, quando si fa il punto circa le organizzazioni riconducibili al modello mafioso presenti in Italia, si citano anche associazioni criminali composte da stranieri (ad esempio nordafricani, nigeriani, cinesi...). Si deve ritenere che i membri di tali associazioni criminali possano entrare più facilmente in contatto con i migranti provenienti dai loro stessi Paesi di origine. Non deve perciò stupire che, spesso, l’intermediazione illecita di manodopera, nelle campagne italiane, sia condotta in una certa misura da cittadini extra-Ue.

<sup>384</sup> È interessante soffermarsi sui lavoratori migranti che occupino posizione di irregolarità sia amministrativa che occupazionale. Tuttavia, è opportuno mettere in evidenza pure il caso di quegli stranieri titolari sì di permessi di soggiorno ma, si noti, per motivi di lavoro subordinato *non* stagionale, i quali accade trascorrono certe stagioni dell’anno a lavorare in agricoltura in condizioni di sfruttamento. In certe zone del Paese, essi lavorano in nero come braccianti agricoli, “*per poi pagarsi un permesso di soggiorno presso datori di lavoro di altri settori e in altre regioni italiane*”. D. Perrotta, *Ben oltre lo sfruttamento: lavorare da migranti in agricoltura*, cit. 31.

<sup>385</sup> Chi scrive è convinto che sarebbe riuscita meno utile, ed esplicativa, un’analisi della disciplina dedicata ai lavoratori stagionali stranieri che non fosse stata introdotta da una breve descrizione delle patologie che,

Innanzitutto, bisogna affermare che la disciplina in parola è stata di recente oggetto di un intervento di modifica. Il decreto legislativo n. 203 del 2016, infatti, ha in parte cambiato i connotati della normativa italiana; l'ha fatto dando attuazione a una direttiva europea, la 2014/36/UE.

Tale direttiva, invero, ha rappresentato un ulteriore importante tassello nel “mosaico regolativo” che, a livello europeo, si sta venendo a comporre in tema di politiche dell'immigrazione per motivi di lavoro. S'è già avuta occasione di soffermarsi sul peculiare modo di procedere del legislatore europeo: è un modo di procedere “settoriale” o (potrebbe dirsi, con accezione più negativa) “parcellizzato”<sup>386</sup>. Diversamente, però, a quanto avvenuto con le direttive *Blue Card* e “ICT” o rispetto ai ricercatori stranieri, la 2014/36/UE è un intervento normativo che riguarda il lavoro immigrato *low-skilled*. Per tale aspetto, dunque, essa indubbiamente si differenzia dalle altre normative citate; per tale aspetto, soprattutto, è interessante valutarne l'ispirazione generale: si può così comprendere che tipo di “compromesso” ha reso possibile la regolazione condivisa della materia.

In prima battuta va detto che, tra le principali ragioni che hanno portato alla realizzazione della 2014/36/UE, si hanno: il forte bisogno proveniente da tanti Paesi europei di lavoratori stagionali, nonché l'istanza di ridurre l'immigrazione irregolare e lo sfruttamento lavorativo<sup>387</sup> degli stranieri attraverso una nuova e organica normazione dei

---

in modo così pervicace, attanagliano la realtà del lavoro dei migranti stagionali. Quando si decida, d'altronde, che l'analisi giuridica basti a sé stessa e non si sia pronti alla contaminazione con i portati di quelle scienze sociali (l'economia, la sociologia...) che non solo sono necessarie al legislatore che delibera la norma, ma che pure servono al cittadino-elettore per valutare consapevolmente la proposta politica, ebbene, quando così si decida non sarà fatto buon servizio a quella causa del conoscere che muove l'onesto lavoro di ricerca.

<sup>386</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 366.

<sup>387</sup> Il legislatore europeo, consapevole della peculiare vulnerabilità dei migranti stagionali, da una parte chiarisce, al considerando n. 7 della direttiva, l'obiettivo di “assicurare condizioni di vita e di lavoro dignitose per i lavoratori stagionali”. Dall'altra, al considerando n. 43, redige una norma ampia del medesimo tenore: “considerata la situazione particolarmente vulnerabile dei lavoratori stagionali di paesi terzi e la natura temporanea della loro occupazione, è necessario tutelare efficacemente i diritti di tali lavoratori, anche in materia di sicurezza sociale, verificarne regolarmente il rispetto e garantire pienamente l'osservanza del principio della parità di trattamento rispetto ai lavoratori cittadini dello Stato membro ospitante, attenendosi al principio della parità di retribuzione per lo stesso lavoro nello stesso luogo di lavoro, mediante l'applicazione di contratti collettivi e di altri accordi in materia di condizioni di lavoro che siano stati conclusi ad ogni livello o che siano previsti dalla legge, in conformità del diritto e della prassi nazionali, alle stesse condizioni applicabili ai cittadini dello Stato membro ospitante”.

flussi regolari<sup>388</sup>. E tuttavia, un ulteriore dato di grandissimo interesse, capace di orientare l'interprete nello studio della disciplina europea, è offerto al considerando n. 7 della direttiva: vi si afferma l'obiettivo di "impedire il superamento dei termini del soggiorno o che il soggiorno temporaneo diventi permanente".

Insomma, da un lato l'immigrazione stagionale è riconosciuta come utile e il legislatore, per di più, pare rimarcare fin dalle premesse la centralità della garanzia della dignità degli stranieri, come persone e come lavoratori; dall'altro lato tuttavia, è mostrato estremo rigore rispetto all'eventualità di stabilizzare chi giunge in Europa dovendo in teoria rimanervi soltanto a titolo temporaneo. In dottrina<sup>389</sup>, si parla a proposito come di una "doppia anima" della normativa dedicata al lavoro stagionale straniero.

### 3.3.5 Il modello germanico del "gastarbeitern"

In realtà, su questo versante, la direttiva europea non ha fatto che confermare un atteggiamento normativo alquanto diffuso all'interno delle legislazioni dei Paesi membri. Non è un caso se, già nel 2002, veniva scritto - non a riguardo di una disciplina europea inesistente, ma circa la disciplina italiana - che era stato abbracciato il modello tedesco c.d. del *gastarbeitern* (letteralmente, "lavoratore ospite")<sup>390</sup>: meglio - nell'ottica del legislatore - gli insediamenti lavorativi provvisori (il lavoro stagionale, dunque), che non quelli caratterizzati nel segno di una certa stabilità (ossia insediamenti potenzialmente definitivi). L'atteggiamento di favore verso l'immigrazione temporanea<sup>391</sup>, d'altronde, è confermato di anno in anno dalle scelte contenute nei decreti-flussi, dove sempre minore spazio è concesso all'ingresso per lavoro subordinato *tout court*, mentre parallelamente maggiore apertura è dimostrata nei confronti degli stagionali<sup>392</sup>. Tale - utilitaristico -

---

<sup>388</sup> E. Guild, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, cit. 109, in *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*.

<sup>389</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 368.

<sup>390</sup> A. Tursi in *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 6. L'espressione "gastarbeiten", storicamente coniata nell'ambito delle strategie per l'immigrazione della Repubblica Federale Tedesca, in particolare è stata utilizzata: prima negli anni '60, per definire il modello tedesco di governo dei flussi di lavoratori provenienti dal Sud Europa (Italia) e dalla Turchia; quindi, tale espressione è stata riproposta negli anni '90, quando un atteggiamento analogo (di "apertura" accompagnata però da ristrette possibilità di definitiva stabilizzazione nel Paese per il migrante) è stato inaugurato verso i lavoratori dell'Est Europa post-sovietico.

<sup>391</sup> *Infra*, in sede di analisi delle singole previsioni contenute all'art. 24 TUI (articolo rubricato "Lavoro stagionale"), sarà dato puntualmente conto dell'atteggiamento in parola.

<sup>392</sup> F. de Ponte e R. Zanotti, *Decreto flussi, ecco i dati del flop. Permesso solo a un richiedente su tre* (pubblicato il 19/07/2017 e consultabile su <http://www.lastampa.it>).

atteggiamento di favore è giustificato da evidenti ragioni di convenienza. L'immigrato stagionale è, radicalmente, un lavoratore *on demand*<sup>393</sup>: la sua permanenza nel territorio è accettata *perché e finché* richiesta, *perché e finché* utile.

Metaforicamente, si potrebbe definire l'immigrato stagionale come un lavoratore "on/off" ("accendi e spegni"). Ne è infatti apprezzato l'apporto lavorativo, necessario per certi settori dell'economia; allo stesso tempo, però, la misura di tale apprezzamento dipende dalla brevità del termine di permanenza dell'immigrato.

Egli presta utile attività lavorativa, ma poi certamente cessa il suo soggiorno nel territorio. Questa provvisorietà presenta dei vantaggi. In primo luogo, solo in misura ridotta s'impone, alle comunità ospitanti, di misurarsi con la difficile sfida dell'integrazione degli stranieri - sfida per realizzare la quale usualmente sono necessari sforzi significativi, economici e socio-culturali. In secondo luogo, bisogna ritenere che la breve permanenza del migrante stagionale significhi concretamente un piccolo dispendio di risorse pubbliche nel campo della sicurezza sociale. A tal proposito, è facile proporre un esempio legato anche alla disciplina del TUI in tema di ricongiungimento familiare. L'art. 28 del Testo Unico (rubricato, appunto, "diritto all'unità familiare") afferma al comma 1 che: "Il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nei confronti dei familiari stranieri è riconosciuto, alle condizioni previste dal presente testo unico, agli stranieri titolari (...) di permesso di soggiorno di durata *non inferiore* a un anno". Questa norma va letta in combinato disposto con quanto previsto all'art. 5 co. 3 bis lett. a) TUI, dove si ha che: "la durata del relativo permesso di soggiorno per lavoro (...) comunque non può superare, in relazione ad uno o più contratti di lavoro stagionale, la durata complessiva di *nove mesi*". Insomma, quando un migrante stagionale entri in Italia, anche quando sia lui rilasciato un permesso di soggiorno della durata di nove mesi - il massimo possibile - comunque egli non potrà esercitare alcun diritto all'unità familiare. Non potrà perciò far ottenere alcun permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 30 TUI) ai propri congiunti. Tale dato è di particolare rilevanza se si considera che ai familiari, fin dalla concessione del primo permesso ex art. 30 TUI, non solo debbono essere garantiti, per quanto concerne l'ambito strettamente lavoristico, "*l'accesso (...) ad un'attività lavorativa dipendente o autonoma, alla formazione, al perfezionamento e all'aggiornamento professionale*"<sup>394</sup>, ma - più in

---

<sup>393</sup> M. Ferrero e F. Perocco *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 41, in *Razzismo al lavoro*.

<sup>394</sup> D. Gottardi, *Il ricongiungimento familiare*, cit. 313, in *Lavoro e immigrazione*.

generale - bisogna che a loro siano riconosciute, all'interno del diritto della sicurezza sociale<sup>395</sup>, “la parità di trattamento e la piena parità di diritti rispetto ai lavoratori italiani” (art. 2 co. 3 TUI)<sup>396</sup>. L'immigrazione stagionale permette, dunque, di non profondere le risorse finanziarie che, normalmente, sarebbero necessarie a rendere effettivi i diritti di sicurezza sociale garantiti dalla legge ai familiari - regolarmente residenti - dello straniero. L'eccessiva brevità del permesso di soggiorno, concesso all'immigrato stagionale, forma d'altronde un ostacolo insormontabile, per permettere a questi di esercitare un diritto all'unità familiare che è sì riconosciuto in via generale, ma è riconosciuto in modo “condizionato”.

Il ragionamento esemplificativo proposto (ragionamento per il quale è stato necessario fare cenno pure alla legislazione in tema di familiari dello straniero immigrato) permette di comprendere, in tutta evidenza, come sia facile rinvenire aspetti di convenienza

---

<sup>395</sup> Circa la distinzione fra i diritti di “sicurezza sociale” e i diritti di “assistenza sociale”, la Corte di Giustizia Ue ha scritto parole chiarificatrici. Per comprendere quale sia, sul tema, il più recente orientamento espresso dalla Corte, si rivela utile la lettura della sentenza 21 giugno 2017 causa C-449/16. La sentenza riguarda il diritto degli stranieri - residenti in Italia e titolari del permesso unico di lavoro e soggiorno - al c.d. ANF, ossia all'assegno a favore dei nuclei familiari con almeno tre figli minori (assegno istituito dalla legge n. 153 del 13 maggio 1988). I giudici europei ritengono che la prestazione assistenziale sia quella attribuita ai beneficiari “*prescindendo da ogni valutazione individuale e concreta delle loro esigenze personali*”. Invece, essi considerano prestazione “di sicurezza sociale” quella attribuita “*sulla base di criteri e obiettivi definiti in generale dalla legge*”. A. Rosafalco, *Corte di giustizia europea: anche i cittadini dei Paesi terzi hanno diritto all'Assegno familiare*, in Bollettino ADAPT 26 giugno 2017 (consultabile su <http://www.bollettinoadapt.it/>).

<sup>396</sup> Va da sé che, poiché il ragionamento esemplificativo in esame serve ad argomentare della convenienza (anche economica) del riconoscere favore alla migrazione stagionale regolare (a dispetto di quella *tout court* per lavoro subordinato) il riferimento in corso non può che essere ai familiari *regolarmente soggiornanti* in Italia. Infatti, “*la tutela di sicurezza sociale nella legislazione del nostro paese sembrerebbe riferita non tanto al requisito della cittadinanza, quanto, piuttosto, allo status che lo straniero deve possedere di regolare o residente*” (T. Vettor, *I diritti sociali dei lavoratori stranieri: le innovazioni della legge n. 189/2002*, cit. 295, in *Lavoro e immigrazione*).

Tuttavia, è comunque necessario puntualizzare che un discorso a parte meritano i diritti sociali che in dottrina sono definiti come “*personalissimi*” (B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non-cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, cit. 32). Rispetto a questi, non rilevano assolutamente le modalità dell'ingresso e del soggiorno dello straniero in Italia: sono da garantirsi in ogni caso, anche se lo straniero occupa una posizione di irregolarità. Con essi “*viene in gioco l'esistenza stessa della persona*” poiché “*il bene oggetto del diritto coincide con la vita o con una sua qualità essenziale*”. I diritti sociali personalissimi sono quelli che concernono “*il nucleo essenziale della salute della persona adulta*”, oltre che “*tutti i diritti dei minori*”. (ancora, B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non-cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, cit. 32).

Con ogni probabilità, si deve ritenere che i diritti sociali personalissimi, più che riconducibili all'art. 2 comma 3 TUI, siano da ricollegarsi alla fondamentale previsione ex art. 2 comma 1, dove si afferma 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”.

economico-finanziaria, per lo Stato-ospite, quando è favorita un'immigrazione dal carattere marcatamente provvisorio, invece di una più stabile.

### 3.3.6 *La disciplina in tema di ingresso e soggiorno del migrante stagionale*

#### 3.3.6.1 *Il favore verso la ricorsività della migrazione*

È giunto il momento, ad ogni modo, di procedere all'analisi delle singole norme dettate in tema di ingresso e soggiorno dei migranti stagionali. Ciò serve per spiegare come, concretamente, si espliciti il favore legislativo in parola.

Si considerino le disposizioni in tema di concessione del permesso di soggiorno e, in particolare, il dettato dell'art. 5 co. 3 ter TUI. Vi si afferma che: “allo straniero che dimostri di essere venuto in Italia almeno una volta nei cinque anni precedenti per prestare lavoro stagionale è rilasciato, qualora si tratti di impieghi ripetitivi, un permesso pluriennale, a tale titolo, fino a tre annualità, con indicazione del periodo di validità per ciascun anno”. La norma introduce una possibilità giuridica inedita all'interno dell'analisi finora condotta circa l'ingresso in Italia di lavoratori stranieri. Il permesso di soggiorno descritto all'art. 5 co. 3 ter, infatti, da una parte ha una validità pluriennale, ma dall'altra comprende dei periodi di sospensione della propria efficacia.

Tale possibilità giuridica, nonostante sia stata modificata nei suoi contorni al momento della ricezione della Direttiva 2014/36/UE (ricezione avvenuta, come noto, con il decreto legislativo n. 203 del 2016), invero era già presente all'interno del nostro sistema. Nella passata formulazione, la norma prevedeva che il permesso di soggiorno pluriennale potesse essere rilasciato nel caso in cui lo straniero dimostrasse di essere venuto per *due anni di seguito* in Italia a svolgere prestazioni di lavoro stagionale. L'innovazione apportata nel 2016 (“in Italia *almeno una volta nei cinque anni precedenti*”) sicuramente ha reso più semplice il rilascio del permesso di soggiorno pluriennale e ciò è risultato

coerente con la volontà, affermata espressamente dal legislatore della direttiva<sup>397</sup>, di favorire i processi di migrazione c.d. circolare<sup>398</sup>.

A dire il vero, non propriamente di “migrazione circolare” si dovrebbe parlare. Bisogna riflettere sul fatto che i permessi pluriennali in esame non spiegano la propria efficacia in modo omogeneo, ma sono efficaci soltanto per periodi stabiliti dell’anno (periodi, comunque, non superiori a nove mesi nell’arco di dodici). Tale peculiarità sembra suggerire che uno strumento il quale, fuor di dubbio, aiuta lo straniero garantendogli la possibilità di fare regolarmente ritorno in Italia, comunque non cambi il carattere fondamentale provvisorio dell’esperienza migratoria del lavoratore stagionale.

Per descrivere la situazione ossimorica di chi, pur essendo titolare di un permesso di durata pluriennale, deve necessariamente lasciare il Paese decorsi determinati intervalli, in dottrina<sup>399</sup> s’è coniata l’espressione di “migrazione temporanea (potenzialmente) ripetibile”.

Chiudendo l’analisi della disposizione ex art. 5 co. 3 ter, occorre osservare che essa può porsi in relazione con altra norma riguardante l’ingresso dei lavoratori stagionali. Tale altra norma (contenuta all’art. 24 co. 9 TUI) prescrive che: “il lavoratore stagionale, già ammesso a lavorare in Italia almeno una volta nei cinque anni precedenti, ove abbia rispettato le condizioni indicate nel permesso di soggiorno e sia rientrato nello Stato di provenienza alla scadenza del medesimo, *ha diritto di precedenza* per il rientro per ragioni di lavoro stagionale presso lo stesso o altro datore di lavoro, rispetto a coloro che non hanno mai fatto regolare ingresso in Italia per motivi di lavoro”.

L’art. 24 co. 9, presso il quale ricorre il dato dell’ingresso regolare effettuato “almeno una volta nei cinque anni precedenti”, serve anch’esso ad agevolare la ricorsività dell’immigrazione stagionale. La “precedenza” cui è fatto riferimento riguarda, ovviamente, la quota di ingressi per motivi di lavoro stagionale definita all’interno del

---

<sup>397</sup> Il considerando n. 34 della Direttiva 2014/36/UE recita: “tenuti presenti determinati aspetti della migrazione circolare, nonché le prospettive di impiego dei lavoratori stagionali dei paesi terzi per periodi superiori a un’unica stagione, *come pure l’interesse dei datori di lavoro dell’Unione di poter contare su una manodopera più stabile e già formata*, si dovrebbe introdurre la possibilità di procedure di ammissione semplificate nei confronti di cittadini di paesi terzi in buona fede che siano stati ammessi in qualità di lavoratori stagionali in uno Stato membro almeno una volta nei cinque anni precedenti ed abbiano sempre rispettato tutti i criteri e le condizioni di ingresso e di soggiorno nello Stato membro interessato previsti dalla presente direttiva”.

<sup>398</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 375.

<sup>399</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 376.

decreto flussi annuale. La scelta di politica del diritto compiuta dal legislatore è chiara: se un immigrato s'è già recato in Italia e ha dato buona prova di sé (rispettando “le condizioni indicate nel permesso di soggiorno” e rientrando “nello Stato di provenienza alla scadenza” del permesso) egli merita allora una misura *lato sensu* premiale che ne incoraggi, favorendolo, il ritorno.

Il favore per la ricorsività della presenza (però) provvisoria del migrante stagionale ha fatto parlare, in dottrina, della creazione di una situazione anomala, sperimentata dal migrante: una situazione di “permanente temporaneità”<sup>400</sup>.

È pure vero, ad ogni modo, che un'altra previsione, quella ex art. 24 co. 10 TUI, tempera il carattere quasi ossimorico delle possibilità di ingresso e soggiorno nel territorio per il migrante stagionale - ingresso e soggiorno *facilitati* proprio in ragione del *limite* poi posto alla presenza del singolo straniero. Si prevede infatti all'art. 24 co. 10 TUI 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”. Peraltro, se la norma di legge parla di “tre mesi” - quale soglia minima superata la quale può chiedersi la conversione del permesso di soggiorno per lavoro stagionale - tale dato normativo è vero “soltanto per metà”. Nel senso che tre mesi devono sicuramente decorrere per chi svolge regolare attività lavorativa nel settore turistico-alberghiero; se, tuttavia, è preso in considerazione lo straniero occupato in agricoltura, la soglia in esame deve intendersi ridotta a sole trentanove giornate lavorative. Ciò, infatti, è affermato entro una circolare congiunta del ministero dell'Interno e del ministero del Lavoro e delle politiche sociali<sup>401</sup>. A seguito di tale doverosa e significativa precisazione, si osserva che la possibilità di conversione contenuta all'art. 24 comma 10 va guardata con favore, perché essa introduce un certo margine di flessibilità nel sistema. Verrebbe da dire, costruendo un piccolo sistema di immagini, che il migrante stagionale può togliersi dal “purgatorio” della provvisorietà, sempre e comunque, per consegnarsi al “paradiso” di una maggiore stabilizzazione (sempre che, s'intende, invece di tracciare un

---

<sup>400</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 376.

<sup>401</sup> La circolare in esame è la n. 471 del 29 gennaio 2016.

moto “ascendente” non si trovi trascinato verso il basso, “nell’inferno” dell’irregolarità amministrativa e del lavoro sommerso).

È, poi, interessante aggiungere che, in dottrina, si ritiene che la previsione ex art. 24 co. 10 TUI abbia un forte “peso specifico” e sia, anche, emblematica di un certo atteggiamento del legislatore in tema di *migration management*. Si afferma che: “*Non volendo o non potendo riformare in profondità l’apparato normativo in materia di ingresso per lavoro, la facilitazione delle conversioni di permessi di soggiorno stagionali (...) in permessi per lavoro subordinato si sta affermando, nei fatti, come il principale strumento di regolazione dell’offerta di lavoro immigrato*”<sup>402</sup>.

Insomma, da una parte la norma in esame deve porsi su di un piano differenziato perché, concretamente, se si considerano i numeri della migrazione regolare in Italia, essa risulta di straordinaria rilevanza (nel 2016, il contingente di ingressi consentiti è stato “*quasi interamente assorbito da conversioni di permessi brevi già in vigore (14.250 su un totale di 17.850)*”)<sup>403</sup>.

Dall’altra, il fatto che una singola norma come quella ex co. 10, unita alla lettura interpretativa offerta al massimo livello dell’amministrazione, ebbene, che tale singola norma abbia un impatto così forte sulla realtà degli ingressi per motivi di lavoro in Italia risulta assolutamente paradigmatico di un atteggiamento proposto in più casi dal legislatore<sup>404</sup>. Consapevole del cattivo funzionamento delle politiche migratorie italiane, il legislatore interviene apportando sì cambiamenti che si ripercuotono considerevolmente a livello di prassi, ma lo fa “in sordina”, cioè senza capovolgere o cambiare sensibilmente l’assetto fondamentale dell’apparato normativo del Testo unico. Una norma come quella finora descritta manca nel tessuto della Direttiva 2014/36/UE. E d’altronde, essa - quando presente - risulterebbe assolutamente in contraddizione con quell’obiettivo, di cui *supra* s’è dato conto, di “impedire (...) che il soggiorno temporaneo diventi permanente”, obiettivo affermato al considerando n. 7.

### 3.3.6.2 Articoli 24 e 22 TUI

---

<sup>402</sup> F. Pastore, *Zombie policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, cit. 598, in “il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica” 4/2016.

<sup>403</sup> F. Pastore, *Zombie policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, cit. 598, in “il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica” 4/2016.

<sup>404</sup> F. Pastore, *Zombie policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, cit. 598, in “il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica” 4/2016.

Con un andamento a ritroso (già ci si è soffermati sul permesso di soggiorno per lavoro stagionale, vista la grande significanza delle norme ad esso dedicate), si propone ora l'analisi di quanto "viene prima" la concessione del permesso di soggiorno. L'art. 24 co. 1 TUI afferma che, a presentare domanda nominativa di nulla osta per lavoro stagionale, sono i singoli datori di lavoro del settore agricolo o turistico-alberghiero, oppure *le associazioni di categoria per conto dei loro associati*.

Per quanto non diversamente stabilito all'art. 24, si applicano le norme ex art. 22: con ogni probabilità, a tale conclusione si sarebbe comunque potuti pervenire, a prescindere dall'espresso riferimento compiuto dal legislatore. L'art. 24, infatti, contiene una disciplina specifica che s'innesta su un modello generale: quello dell'ingresso e del soggiorno dello straniero per motivi di lavoro subordinato. Dell'art. 22 TUI, tuttavia, è esclusa l'applicabilità del comma 11 (oltre che del comma 11 bis, il quale però - riguardando lo straniero che abbia conseguito in Italia un dottorato o un master di ricerca - poco ha a che fare con l'immigrazione stagionale). L'esclusione dell'applicabilità del comma 11 è alquanto rilevante, poiché riguarda il caso in cui il lavoratore straniero subordinato perda il proprio posto di lavoro: a lui è riconosciuto il diritto di iscriversi alle liste di collocamento, di modo tale da poter ricercare una nuova occupazione nel mercato del lavoro italiano - almeno fintanto che non decorra il termine di validità del permesso di soggiorno. L'esclusione di tale possibilità per il lavoratore straniero stagionale fa comprendere che il suo ingresso nel mercato del lavoro italiano è in realtà assolutamente parziale. È vero che l'art. 24 co. 10 TUI riconosce al migrante la possibilità di convertire il proprio permesso di soggiorno per motivi di lavoro stagionale in un permesso c.d. unico di lavoro e soggiorno, ma non si può dire che il migrante stagionale si veda garantita perfetta parità di trattamento per quanto concerne la ricerca di una nuova occupazione, rispetto a quanto normalmente vale, invece, per i cittadini italiani, europei e gli stranieri regolarmente soggiornanti per diverso titolo.

#### 3.3.6.3 *Il rilascio del nulla osta per lavoro stagionale*

All'art. 24 co. 2 si prevede che lo Sportello unico rilasci il nulla osta per lavoro stagionale "non oltre *venti giorni* dalla data di ricezione della richiesta del datore di lavoro". Tale previsione, con la quale si riduce di due terzi il lasso di tempo consentito per il rilascio del nulla osta se si fa confronto con la corrispondente norma dell'art. 22 TUI, deve essere

accolta con grande favore. Si ha infatti che un simile snellimento dei tempi burocratici è molto opportuno in un ambito, come quello del lavoro stagionale immigrato, segnato da gravissimi problemi di irregolarità e, quindi, di maggiore vulnerabilità dei lavoratori sul fronte dello sfruttamento. È invece importante che il percorso dell'ingresso regolare (anche in ragione del fatto che si tratta di lavoratori che si trattengono per un periodo limitato in Italia) non sia - per quanto possibile - disincentivato.

#### 3.3.6.4 *La questione dell'alloggio*

Sempre visti i gravi problemi di irregolarità, vulnerabilità e sfruttamento esistenti nei settori del lavoro stagionale, bisogna ritenere che le norme ex comma 3 siano state ispirate dall'esigenza di approntare un'adeguata tutela nei confronti dei prestatori di lavoro. Vi si prevede di particolare che, se il datore di lavoro fornisce l'alloggio, al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno deve esibire un documento che ne attesti l'effettiva disponibilità; inoltre, il legislatore aggiunge che l'eventuale canone di locazione non può risultare eccessivo rispetto alla *qualità* dell'alloggio e alla *retribuzione* del lavoratore straniero e, "in ogni caso, non è superiore ad un terzo di tale retribuzione". Ha sempre il significato di un'ulteriore garanzia per il prestatore la norma, contenuta al comma 3 ultimo periodo, che prescrive che il canone di locazione non può essere decurtato automaticamente dalla retribuzione del lavoratore stagionale.

#### 3.3.6.5 *Semplificazioni procedurali. Nulla osta cumulativo e silenzio-assenso*

All'art. 24 co. 5 TUI, si prevede che sia rilasciato un unico nulla osta per lavoro stagionale, per autorizzare l'impegno lavorativo del medesimo prestatore presso più datori di lavoro<sup>405</sup>. La *ratio* di tale norma è evidente. Si è già avuto modo di dire che il lavoratore stagionale, soprattutto quando impiegato nel settore agricolo, è come *guidato* dall'andamento delle domande di manodopera. Il ritmo delle colture - che è ritmo delle stagioni e dei territori - rende necessario aumentare di molto il fattore lavoro in momenti diversi, l'uno susseguente all'altro. Alla luce di ciò, è naturale che il migrante cambi di datore di lavoro in datore di lavoro, poiché il suo apporto è via via richiesto secondo il variare delle esigenze.

---

<sup>405</sup> Copia di questo nulla osta "unico" deve essere consegnato a ciascuno dei datori di lavoro che hanno avanzato richiesta.

L'art. 24 co. 6 TUI è di notevole interesse, perché introduce un peculiare meccanismo di silenzio-assenso. In particolare si prevede che, se nei 20 giorni indicati dal legislatore lo Sportello unico non dà risposta alcuna alla domanda di nulla osta (ad esempio, risposta di diniego), allora la domanda s'intende accolta. O meglio, la domanda s'intende accolta se sono integrate determinate condizioni: "a) la richiesta riguarda uno straniero già autorizzato almeno una volta nei cinque anni precedenti a prestare lavoro stagionale presso lo stesso datore di lavoro richiedente; b) il lavoratore è stato regolarmente assunto dal datore di lavoro e ha rispettato le condizioni indicate nel precedente permesso di soggiorno". Il meccanismo del silenzio-assenso era già previsto nella disciplina ex art. 24 TUI prima della trasposizione della Direttiva 2014/36/UE. E tuttavia, il decreto n. 203 del 2016 è intervenuto modificando la norma in esame e rendendo concretamente più semplice la realizzazione del silenzio-assenso<sup>406</sup>.

#### 3.3.6.6 *Il limite di durata massima del nulla osta per lavoro stagionale*

Al comma 7, è contemplato il limite di durata massima del nulla osta per lavoro stagionale: nove mesi complessivi nell'arco di dodici (similmente a quanto disposto in tema di permesso di soggiorno).

Nondimeno, al comma 8 si precisa che il nulla osta al lavoro è prorogato (e, parimenti, 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 stagionale". Quando si abbia tale nuova opportunità di lavoro stagionale, con conseguente proroga del nulla osta, il lavoratore immigrato può fare a meno di rientrare nel proprio Paese di provenienza (dovendo poi, per il ritorno in Italia, farsi rilasciare un nuovo visto d'ingresso). La prolungata permanenza (ex comma 8) dello straniero non può comunque superare il limite fissato ex comma 7 - quello di nove mesi complessivi nell'arco di dodici<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> Prima del 2016, si prevedeva che la domanda di nulla osta si avesse per accolta, quando lo straniero fosse stato destinatario del nulla osta (per lavoro stagionale) l'anno precedente a quello della nuova domanda.

<sup>407</sup> Ovviamente, bisognerebbe fare un discorso assolutamente diverso per il caso in cui lo straniero stagionale trovasse per sé un nuovo impiego a tempo determinato o indeterminato. In tale frangente, egli potrebbe, realizzate le condizioni previste all'art. 24 co. 10, ottenere la conversione del permesso di soggiorno di cui è titolare (permesso per motivi di lavoro stagionale) in un permesso c.d. unico di soggiorno e lavoro.

### 3.3.6.7 *Diniego e revoca del nulla osta*

Passando a considerare le ipotesi di diniego o revoca del nulla osta ex comma 12<sup>408</sup>, si osserva che, in primo luogo, è fatto il caso del datore di lavoro che sia stato destinatario di sanzioni relative all'impiego di lavoro irregolare<sup>409</sup>. Si contempla, poi, l'ipotesi in cui l'impresa del datore di lavoro sia stata liquidata per insolvenza economica o, ancora, questi non svolga in concreto alcuna attività economica. Si tratta, bisogna dire, di un passaggio normativo rilevante, poiché nell'ambito del lavoro stagionale risulta particolarmente grave il rischio che i datori di lavoro, il cui ruolo consente l'arrivo addirittura *regolare* di stranieri, siano soltanto operatori fittizi, semplici prestanome di chi invece (il riferimento è agli intermediari informali o *stricto sensu* criminali) può davvero vantare il controllo su un certo *stock* di manodopera immigrata<sup>410</sup>.

La previsione contenuta all'art. 24 co. 12 lett. c) dimostra, a sua volta, la particolare attenzione dimostrata dal legislatore verso il tema delle condizioni di lavoro e dello sfruttamento lavorativo dei migranti stagionali. Si afferma, infatti, che ragioni per il diniego o la revoca del nulla osta possono risiedere nel mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, dei "propri obblighi giuridici in materia di previdenza sociale, tassazione, diritti dei lavoratori, condizioni di lavoro o di impiego, previsti dalla normativa nazionale o dai contratti collettivi applicabili".

La lettera d) del comma 12 va nella direzione (ma lo si potrebbe dire anche della lettera c)) di evitare che l'impiego in misura massiccia di lavoratori stagionali stranieri serva a porre in essere un risparmio sul costo del lavoro che vada a tutto svantaggio dei lavoratori autoctoni; un risparmio, cioè, fondato solamente sulle minori pretese salariali (e non soltanto salariali) di solito avanzate dagli immigrati. Alla lettera d), infatti, si prevede opportunamente che deve essere negato o revocato il nulla osta al lavoro quando "nei dodici mesi immediatamente precedenti la data della richiesta di assunzione dello

---

<sup>408</sup> Hanno già formato oggetto di valutazione i commi: 9 (concernente il diritto di preferenza, da riconoscersi al migrante entrato in Italia almeno una volta nei cinque anni precedenti), 10 (riguardante la possibilità di conversione del permesso rilasciato per motivi di lavoro stagionale) e 11 (in tema di nulla osta pluriennale).

<sup>409</sup> Si tratta di previsione oltremodo opportuna, alla luce delle lunghe riflessioni svolte *supra* circa il frequente ricorso al lavoro c.d. sommerso in agricoltura e nel settore turistico-alberghiero.

<sup>410</sup> Tale riflessione, d'altronde, è stata proposta anche *supra*.

Occorre ricordare, a questo proposito, che normalmente si fa pagare a caro prezzo l'organizzazione criminale che offra, a livello trans-nazionale, i propri servizi di intermediazione per mettere in contatto il datore di lavoro fittizio con il migrante. Gravissimo e purtroppo diffuso deve dirsi il fenomeno delle odierne "schiavitù per debiti". In ragione di ciò, è fondamentale che il datore di lavoro sia davvero un attore dell'economia agricola o turistico-alberghiera e non un prestanome.

straniero, il datore di lavoro ha effettuato licenziamenti al fine di creare un posto vacante che lo stesso datore di lavoro cerca di coprire mediante la richiesta di assunzione”. Tale norma è stata accolta con favore in dottrina<sup>411</sup> soprattutto perché, pur trattandosi di un’innovazione introdotta con il D. Lgs. n. 203 del 2016, non ha rappresentato la mera trasposizione in una norma europea, essendo invece frutto di una precisa scelta operata dal legislatore italiano.

### 3.3.6.8 *Revoca del permesso di soggiorno e indennità per il lavoratore*

Quando, ai sensi del comma 12, il nulla osta al lavoro è revocato, altrettanto deve farsi con il permesso di soggiorno per motivi di lavoro stagionale (co. 13).

Il permesso di soggiorno, inoltre, deve essere revocato (o comunque, neppure concesso), quando “è stato ottenuto in maniera fraudolenta o è stato falsificato o contraffatto” e quando “risulta che lo straniero non soddisfaceva o non soddisfa più le condizioni di ingresso e di soggiorno previste dal presente testo unico” o se soggiorna per motivi diversi da quelli del lavoro stagionale.

Nei casi di revoca del nulla osta al lavoro ex comma 12, con conseguente revoca del permesso di soggiorno, trova applicazione l’interessante norma contenuta al comma 14 dell’art. 24 TUI. Il datore di lavoro deve versare al lavoratore un’indennità per la cui determinazione bisogna guardare alle retribuzioni dovute ai sensi del contratto collettivo nazionale e non corrisposte. La ragion d’essere della disposizione è senz’altro condivisibile; il legislatore comprende che il comportamento illegittimo del datore di lavoro ricade sul migrante. Quest’ultimo viene a trovarsi in una situazione di grande difficoltà: da una parte, gli viene tolta la possibilità di lavorare regolarmente in Italia (revoca del nulla osta); dall’altra, può ben essere espulso da Paese. Bisogna sottolineare che tutto ciò può aversi perché il datore di lavoro “non ha adempiuto ai propri obblighi giuridici” nei confronti del migrante. Insomma, può accadere che lo straniero prima sia sfruttato, a causa dell’illegittimo comportamento del datore di lavoro, e poi, quando le irregolarità vengano messe in luce, possa perdere quello per cui non aveva abbandonato quel datore di lavoro: lavoro e permanenza in Italia.

---

<sup>411</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, cit. 385.

Seppure, quindi, sia ampiamente condivisibile la previsione di un'indennità a favore dello straniero, bisogna osservare che essa, frutto della trasposizione di una norma europea contenuta nella Direttiva 2014/36, non può ritenersi davvero soddisfacente. Perché il calcolo dell'indennità<sup>412</sup> spettante allo straniero non comprenda, oltre alle retribuzioni non corrisposte, anche “ogni (altro) obbligo pendente cui il datore di lavoro avrebbe dovuto ottemperare se l'autorizzazione per motivi di lavoro stagionale non fosse stata revocata”<sup>413</sup>, ciò risulta poco comprensibile per l'interprete.

### 3.3.7 Commi 16 e 17 e considerazioni finali

L'art. 24 si conclude<sup>414</sup> con le disposizioni di cui ai commi 16 e 17.

Se il comma 17 reca solo una precisazione (il permesso di soggiorno rilasciato ex art. 24 TUI deve contenere un riferimento espresso al lavoro stagionale - ossia il lavoro che il titolare del permesso è autorizzato a svolgere in Italia), altrettanto poco considerevole è il comma 16. Vi si definisce, *in negativo*, il campo di applicazione dell'art. 24; sono cioè considerate differenti ipotesi per le quali, semplicemente, si puntualizza che non si ha né un nulla osta per motivi di lavoro stagionale né un conseguente permesso di soggiorno per lavoro stagionale.

Le esclusioni in parola<sup>415</sup>, peraltro, non sembrano aggiungere nulla a quanto comunque si sarebbe potuto sostenere in via di interpretazione.

---

<sup>412</sup> È certamente utile evidenziare come l'utilizzo del termine “indennità” abbia un significato giuridico preciso. Non ci si trova nel campo del diritto della responsabilità civile. Invero, il giudice con ogni probabilità non deve, per quantificare l'indennità spettante al prestatore di lavoro, definire la misura del danno per lui rappresentato dalla perdita del nulla osta e del permesso di soggiorno. Per calcolare l'indennità spettante allo straniero, è indicato un parametro preciso: le retribuzioni dovute in base al contratto collettivo nazionale e, si badi, non corrisposte. Diverso sarebbe stato il caso se il legislatore avesse parlato di un “risarcimento” da riconoscersi al migrante.

<sup>413</sup> Articolo 17 comma 2 della direttiva 2014/36/UE.

<sup>414</sup> È decisione di chi scrive affrontare il macro-tema, cui le previsioni ex comma 15 sono riconducibili, *infra*, nel paragrafo 1.8, rubricato: “Irregolarità, sfruttamento lavorativo del lavoratore migrante e tecnica della sanatoria”.

<sup>415</sup> L'art. 24 co. 16 recita: “le disposizioni del presente articolo non si applicano agli stranieri: a) che al momento della domanda risiedono nel territorio di uno Stato membro; b) che svolgono attività per conto di imprese stabilite in un altro Stato membro nell'ambito della prestazione di servizi ai sensi dall'articolo 56 TFUE, ivi compresi i cittadini di Paesi terzi distaccati da un'impresa stabilita in uno Stato membro nell'ambito della prestazione di servizi ai sensi della direttiva 96/71/CE; c) che sono familiari di cittadini dell'Unione che hanno esercitato il loro diritto alla libera circolazione nell'Unione, conformemente alla direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; d) che godono, insieme ai loro familiari e a prescindere dalla cittadinanza, di diritti di libera circolazione equivalenti a quelli dei cittadini dell'Unione a norma di accordi tra l'Unione e gli Stati membri o tra l'Unione e Paesi terzi”.

Esaurita l'analisi delle disposizioni contenute all'art. 24 TUI, non si può non tornare a sottolineare che la migrazione stagionale riceve sì una disciplina derogatoria rispetto al modello generale dell'ingresso e soggiorno per motivi di lavoro subordinato (art. 22 TUI), ma la consistenza numerica dei migranti stagionali è a tal punto considerevole che grande attenzione, in primo luogo, dovrebbe essere dedicata proprio alla realtà del lavoro che essi sperimentano. L'apporto dei migranti stagionali in agricoltura è stato così profondo che oggi sarebbe difficilmente pensabile una filiera agro-alimentare priva, alla sua base, del fattore-lavoro straniero. Più ancora che in altri settori, l'impressione è che le scelte delle imprese siano state influenzate anche dal cambiamento delle risorse umane disponibili.

Pure a livello giornalistico-divulgativo<sup>416</sup>, spesso è portata alla luce l'attuale grave difficoltà degli operatori del primo settore italiano. Tra le ragioni di questa difficoltà, potrebbero citarsi: il fortissimo potere contrattuale dei *players* della distribuzione dei prodotti (in proposito, non a caso, s'è parlato di veri e propri "oligopoli"<sup>417</sup>); le difficoltà via via crescenti legate alla competizione nel mercato globalizzato (con aziende di Paesi come il Canada, gli Usa, l'Australia, che si contraddistinguono per gli alti investimenti nell'automatizzazione della produzione, soprattutto se agricolo-cerealicola); ancora, l'incipiente - ma già preoccupante - manifestarsi di fenomeni collegabili al cambiamento climatico e al surriscaldamento globale (in Italia, in particolare, destano preoccupazione i dati relativi alle precipitazioni, le quali si stanno riducendo negli anni in misura sempre maggiore<sup>418</sup>).

Tale breve elenco di concause, che s'è inteso proporre in via solamente esemplificativa, dà comunque il segno di una congiuntura difficile per i produttori del settore primario. Essi, comprensibilmente, si trovano costretti a ridurre il più possibile i costi di produzione, in special modo quando non vogliono o non possano fare scelte diverse. Ed

---

<sup>416</sup> Per accuratezza e professionalità, potrebbe citarsi il reportage tv "Terra e Cibo", realizzato nel 2011 all'interno del programma Rai "Presadiretta" (il reportage è visionabile sul sito web dell'azienda concessionaria del servizio pubblico tv).

<sup>417</sup> D. Perrotta, *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, cit. 219 (Meridiana 79/2014, consultabile su <http://www.jstor.org/stable/23728813>). L'espressione in parola ha formato oggetto di citazione anche *supra*.

<sup>418</sup> Secondo i dati forniti da Coldiretti, il 2017 è stato l'anno più "secco" in Italia dal 1800, con precipitazioni inferiori del 31% rispetto alla media storica. Il 2018 non è cominciato in modo diverso, visto che si è avuto circa "1/3 di precipitazioni in meno (-29%) rispetto alla media storica con crolli del 50% nel centro Italia e del 45% nel mezzogiorno". Si consiglia l'agile lettura dell'articolo "Un terzo di pioggia in meno, Italia a secco", pubblicato il 9 febbraio del 2018 sul sito istituzionale di Coldiretti.

essendo il settore agricolo (ma tale affermazione vale pure per il settore turistico-alberghiero) un settore c.d. *labour-intensive*, un settore cioè in cui la produzione è collegata soprattutto all'impiego del fattore-lavoro, gli imprenditori hanno spesso cercato di ridurre i costi proprio del lavoro vivo.

Essi hanno utilizzato in misura sempre più consistente manodopera straniera, potendo contare anche su intermediari "informali" presenti, certo, in maniera molto pervasiva nelle regioni "a vocazione agricola" del nostro Paese.

Per le ragioni illustrate ha particolarmente senso parlare della creazione di un mercato del lavoro "parallelo" in relazione ai migranti stagionali.

## CAPITOLO 4 – IRREGOLARITÀ, SFRUTTAMENTO LAVORATIVO DEL LAVORATORE MIGRANTE E TECNICA DELLA SANATORIA

### 4.1 *La rilevanza del tema dell'irregolarità*

Il presente lavoro dovrebbe dirsi incompleto quando non venisse dedicata specifica attenzione al tema della irregolarità.

L'utilità di studiare - da giuslavoristi - le politiche migratorie italiane è stata a più riprese ribadita: la disciplina dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri, nonché la stessa presenza degli stranieri hanno significative conseguenze sul mercato del lavoro; inoltre, è stata ampiamente argomentata l'affermazione secondo cui il *diritto dell'immigrazione* avrebbe un effetto “divisivo” sul *diritto del lavoro*<sup>419</sup>.

Finora, s'è potuto osservare quanto siano angusti e tortuosi i percorsi di accesso regolare al mercato del lavoro italiano da parte degli stranieri. Prestare attenzione alle norme dettate in tema di irregolarità e sfruttamento lavorativo del migrante, pertanto, è passaggio obbligato, perché possa aversi uno sguardo pragmatico, privo di fingimenti, sulla realtà del lavoro degli stranieri.

Se, infatti, il sistema degli ingressi regolari non funziona, se esso risulta ineffettivo e ampiamente disatteso, non è possibile concentrarsi soltanto sulle norme che raccontano la *fisiologia* della presenza del migrante-lavoratore in Italia. Proprio perché tali norme sono inadeguate ma, al contempo, non sembra che ci sia, politicamente, la volontà o la possibilità di cambiarle (si parla di “*zombie policy*”<sup>420</sup>) si sono venuti a creare canali altri e paralleli, diversi da quelli fisiologici, canali creati dalle *spinte convergenti* di esigenze datoriali e sforzi dei migranti. È opportuno utilizzare l'espressione “spinte convergenti” perché l'irregolarità trova origine nel mercato.

### 4.2 *I “perché” della domanda di lavoro sommerso*

Esiste d'altronde, in Italia, una domanda strutturale di lavoro sommerso. Tale domanda ha due componenti. Da una parte, essa proviene da quei soggetti che, intenzionati a ridurre il più possibile il costo del lavoro, hanno in modo irregolare personale alle proprie dipendenze: essi rimangono inadempienti rispetto ai propri numerosi obblighi di carattere

---

<sup>419</sup> A tal proposito, siano riprese in particolare le considerazioni contenute all'interno del Capitolo 0.

<sup>420</sup> F. Pastore, *Zombie policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, cit. 599, in “il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica” 4/2016.

fiscale, previdenziale e di comunicazione. Dall'altra parte, si ha che un'importante domanda di lavoro sommerso proviene da chi svolge attività criminali. A conferma di quanto affermato, possono essere citati i dati Istat resi noti nel durante un convegno del 13 settembre 2016 (organizzato proprio dall'Istituto di statistica), secondo i quali in Italia *“l'economia sommersa sommata alle attività illegali vale 206,4 miliardi di euro”* (in termini di Pil, una percentuale pari al 12,9%)<sup>421</sup>.

#### 4.3 *Una vasta offerta di lavoro sommerso*

Come ha senso parlare di “domanda strutturale” di lavoro sommerso, così può sostenersi a ragione che di lavoro sommerso esista una vasta *offerta* - specie da parte degli stranieri “clandestini”, i quali (ovviamente) non possono permettersi di dichiarare all'autorità la propria presenza nel Paese. La rigidità dei presupposti che permettono l'ingresso regolare in Italia, i numeri ristrettissimi dei decreti-flussi, i diversi oneri che un datore di lavoro deve prendere su di sé, ubbidendo al dettato dell'art. 22 TUI o in ossequio alle disposizioni di altro articolo (il quale appresta specifica disciplina relativamente a una particolare tipologia di migrante) rendono davvero difficile per il migrante cominciare la propria storia di regolarità amministrativa nel Paese. Senza contare, poi, che la condizione di regolarità va mantenuta. Se si pensa che i permessi di soggiorno hanno carattere intrinsecamente temporaneo e che esiste un forte connubio occupazione/ regolare permanenza<sup>422</sup>, si comprende come anche chi abbia fatto regolarmente ingresso in Italia possa, in seguito, cadere in una condizione di irregolarità amministrativa.

#### 4.4 *Il “calcolo delle convenienze relative”*

Secondo una certa dottrina, il legislatore, vista la forte domanda di lavoro sommerso, avrebbe in verità consapevolmente realizzato un quadro giuridico - dell'ingresso e del soggiorno in Italia - molto complesso e difficile da rispettare. Seguendo un “calcolo di convenienze relative”, il legislatore avrebbe così consentito/ dato luogo a una produzione “istituzionale” di clandestinità. Essa alimenta il lavoro sommerso e *“garantisce una*

---

<sup>421</sup> In particolare, i dati Istat si trovano divulgati all'interno di un articolo del quotidiano “Il Sole 24 ore”, articolo pubblicato il 13 settembre del 2016 e intitolato, per l'appunto: *“Istat: economia sommersa e illegale «vale» 206 mld, il 12,9% del Pil”*.

<sup>422</sup> Invero, sono diversi i compiti propri del migrante che intenda permanere regolarmente nel Paese: si pensi, a titolo di esempio, alle richieste a lui rivolte contenute nel c.d. Accordo di Integrazione.

*flessibilità di fatto dei mercati settoriali e locali del lavoro*<sup>423</sup>, contribuendo ad abbassare notevolmente il costo del lavoro - specie con riguardo a servizi, come l'assistenza domiciliare agli anziani, particolarmente richiesti dai cittadini.

Tale ricostruzione della dottrina getta, chiaramente, una luce critica rispetto alla ricorrente affermazione fatta dal legislatore circa il proprio impegno nel contrasto all'immigrazione irregolare e al lavoro sommerso (si pensi all'intervento anche giornalmisticamente più noto, quello del c.d. "pacchetto sicurezza" del 2009<sup>424</sup>).

#### 4.5 La direttiva "sanzioni" del 2009

Ad ogni modo, le norme di legge più calzanti sul tema dello sfruttamento lavorativo sono, probabilmente, quelle di matrice comunitaria: il riferimento è alla direttiva europea 2009/52/CE (direttiva "sanzioni")<sup>425</sup>.

Con tale direttiva, il legislatore dell'Unione ha inteso contrastare le pratiche di assunzione illegale e sfruttamento lavorativo<sup>426</sup>; lo ha fatto, in particolare, introducendo sanzioni e provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il

---

<sup>423</sup> Michele Tiraboschi in *Extracomunitari e lavoro "atipico"*, cit. 507, in DRI n. 4/2001 (Milano, Giuffrè). L'autore, a sua volta, cita le posizioni di Caruso e Ambrosiani.

<sup>424</sup> Tale intervento normativo (giustificato quale fondamentale contromisura per fronteggiare la "invasione" di clandestini che sarebbe in atto) è davvero paradigmatico dell'atteggiamento del legislatore, la cui durezza nel reprimere i fenomeni di irregolarità amministrativa non si accompagna a pari determinazione nel riformare il sistema degli ingressi.

Con il c.d. "Pacchetto sicurezza" (Legge n. 94 del 2009) è stato introdotto il reato di "Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato" (art. 10 bis TUI), introduzione che, negli anni, ha suscitato critiche roventi. In particolare, il 10 bis TUI è stato definito una "norma-manifesto di matrice ideologica", che "nella pratica ha generato tanti problemi senza risolverne nessuno" (F. Pastore, *Zombie policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, cit. 596, in "il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica" 4/2016). Non è questa la sede in cui approfondire le disfunzioni riconducibili all'esistenza dell'art. 10 bis. Si suggerisce, tuttavia, la lettura dell'articolo di G. Savio, "Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà" (pubblicato l'11/1/2016 e consultabile all'indirizzo <https://www.asgi.it/notizie/buone-ragioni-abrogare-reato-clandestinita>).

<sup>425</sup> Prima dell'emanazione di tale direttiva e della sua trasposizione da parte del legislatore italiano, unica disposizione di legge, in tema di assunzione illegale di stranieri irregolari, si trovava all'art. 22 co. 12 TUI. Tale disposizione, tutt'ora vigente, descrive un reato penale, un delitto. Il comma 12 recita: "Il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato".

<sup>426</sup> Efficacemente, è stato scritto che: "i tratti caratteristici della Direttiva comunitaria consistono nella previsione di: a) un divieto generalizzato di assunzione illegale; b) un sistema di sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che violano il divieto; c) un'attività di vigilanza finalizzata al controllo dell'impiego di cittadini irregolari". A. Guadagnino, *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi* (pubblicato il 17/7/2013 e consultabile presso <http://www.altalex.com/documents/news/2013/07/12/stranieri-irregolari-e-comportamenti-ispettivi>).

cui soggiorno è irregolare<sup>427</sup> (si noti che, ovviamente, “l’espressione <irregolare> va intesa alla luce degli ordinamenti statali interessati”<sup>428</sup>).

#### 4.5.1 *L’attribuzione di diritti (materiali e processuali) ai lavoratori stranieri*

Circa l’ispirazione generale dell’intervento, peraltro, va osservato che non soltanto sono state apprestate delle sanzioni a titolo dissuasivo; si è voluto anche che il contrasto all’assunzione di “irregolari” passasse dal rendere tale assunzione *non conveniente* per il datore di lavoro. Sono stati quindi affermati dei “*diritti (materiali e processuali) dei lavoratori stranieri (ancorché) in condizione irregolare: un tale riconoscimento, controbilanciando i vantaggi economici derivanti ai datori di lavoro dall’assunzione di manodopera irregolare, tende a rendere inutile il ricorso alla stessa*”<sup>429</sup>. Contrastare l’immigrazione irregolare, insomma, passa dall’attribuzione di diritti allo straniero: la protezione della sua persona forma uno degli obiettivi *core* dell’intervento europeo.

Quando si protegge la persona del migrante in condizione di irregolarità, allo stesso tempo si coglie anche un ulteriore obiettivo: si combattono pure quei forti effettivi distorsivi della concorrenza che, senz’altro, il fenomeno dello sfruttamento produce<sup>430</sup>. È di intuitiva evidenza che il datore di lavoro che non si comporta secondo le regole, potendosi avvalere di manodopera magari sotto-pagata e sotto-tutelata, si avvantaggia slealmente rispetto ai propri concorrenti, i quali scelgano invece di operare nella legalità.

Compreso allora che, nell’attribuzione di diritti ai lavoratori stranieri irregolari, trovano posto sia la tutela della persona sia la cura del corretto funzionamento della competizione economica, riguardo a tale attribuzione bisogna chiedersi che cosa disponga concretamente la Direttiva 2009/52/CE.

All’art. 6<sup>431</sup> della stessa si afferma che, al datore di lavoro, i lavoratori stranieri possono “*presentare domanda di pagamento di tutte le retribuzioni arretrate*”; che il datore di

---

<sup>427</sup> Nel Preambolo n. 5 della direttiva, s’è inteso specificare che la sua disciplina non trova applicazione quando lo straniero svolge sì attività lavorativa non autorizzata (lavoro sommerso) ma il suo soggiorno è *regolare*.

<sup>428</sup> G. Cellamare, *Diritto dell’Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, cit. 877, in RGL (Roma, Ediesse, 2011).

<sup>429</sup> G. Cellamare, *Diritto dell’Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, cit. 878, in RGL (Roma, Ediesse, 2011).

<sup>430</sup> G. Cellamare, *Diritto dell’Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, cit. 878, in RGL (Roma, Ediesse, 2011).

<sup>431</sup> In via di completezza, si sceglie di riportare le prime disposizioni dell’art. 6 (direttiva “sanzioni”). Art. 6 par. 1: “Gli Stati membri devono garantire che il datore di lavoro, per ogni violazione del divieto di

lavoro deve versare “*tutte le imposte e i contributi previdenziali che avrebbe pagato in caso di assunzione legale*”<sup>432</sup>; si afferma, inoltre, che i diritti in esame devono necessariamente formare oggetto di comunicazione nei confronti degli stranieri.

#### 4.5.1.1 *L’attuazione italiana*

L’art. 6 (come pure le altre disposizioni della direttiva 2009/52/CE) ha ricevuto attuazione in Italia entro il decreto legislativo n. 109 del 2012<sup>433</sup>. In particolare, l’art. 3 del decreto “*prevede espressamente, a carico del datore di lavoro che assume lavoratori irregolari, l’obbligo al pagamento di tutte le somme dovute a titolo retributivo, contributivo e fiscale, che egli avrebbe dovuto pagare in caso di assunzione legale*”<sup>434</sup>.

Fra l’altro, sempre all’art. 3 si aggiunge una presunzione a vantaggio del lavoratore irregolare<sup>435</sup>. Si presume che il rapporto di lavoro fra lui e il datore sia durato almeno tre mesi<sup>436</sup>. Si tratta di una presunzione relativa, che determina soltanto un’inversione dell’onere della prova: il datore di lavoro, convenuto in giudizio per adempiere agli obblighi affermati all’art. 3, può dunque fornire prova contraria (allo stesso modo, può fornire prova contraria anche il lavoratore irregolare medesimo, il quale magari sostiene di avere svolto presso il datore di lavoro un periodo lavorativo superiore a tre mesi).

#### 4.5.1.2 *La situazione ante-2012*

---

assunzione illegale, sia responsabile: a) del pagamento delle retribuzioni nei confronti del lavoratore assunto illegalmente, in misura almeno pari a quella prevista dalla legge o dalla contrattazione collettiva, nel rispetto delle disposizioni nazionali; b) del pagamento di tutte le imposte ed i contributi previdenziali, incluse le penalità di mora e le sanzioni amministrative”.

<sup>432</sup> G. Cellamare, *Diritto dell’Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, cit. 881, in RGL (Roma, Ediesse, 2011).

<sup>433</sup> Pure in questo caso, il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva europea essendo ormai scaduto il termine utile per farlo regolarmente.

<sup>434</sup> William Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 197.

<sup>435</sup> Tale “aggiunta”, invero, dà solo puntuale attuazione alla corrispondente norma europea ex art. 6 par. 3 direttiva 2009/52/CE.

<sup>436</sup> Certamente, la presunzione relativa in esame rappresenta una disposizione che è aiuto importante per il prestatore di lavoro. Tale “aiuto processuale” si ha su un versante - quello della durata del rapporto lavorativo - rispetto al quale è nota la difficoltà probatoria per il prestatore di lavoro. Ciò è viepiù vero in un caso come quello dell’impiego illegale di migranti irregolari, in cui non ci sono scritture contabili, comunicazioni alle autorità competenti, oltre che (di solito, almeno) documenti scritti su cui fare affidamento.

E tuttavia, va subito puntualizzato che la presunzione in esame riguarda sì la durata del rapporto (rapporto durante il quale si ritiene osservato, salvo prova contraria, l’orario normale di lavoro), ma bisogna che gli altri profili di rilievo per la decisione di tutela del giudice (esistenza stessa del rapporto, natura subordinata del medesimo) siano provati in sede giudiziale.

A questo punto, è opportuno rivolgersi un quesito: se il legislatore del decreto n. 109 del 2012 non avesse apprestato espressamente la tutela descritta (obbligo, per il datore di lavoro, di pagare tutte le somme dovute...), allo straniero privo del permesso di soggiorno e assunto in modo illegittimo non sarebbe, allora, stato possibile riconoscersi alcunché per l'attività lavorativa svolta (attività non ulteriormente proseguibile, vista l'illegittimità del contratto<sup>437</sup> stipulato con il datore di lavoro)?

---

<sup>437</sup> Il contratto di lavoro fra datore e prestatore straniero deve ritenersi nullo, per contrarietà a norma imperativa di legge (art. 1418 c.c.). Difatti, se al datore di lavoro fosse permesso di instaurare validamente un rapporto lavorativo con il migrante che non abbia in alcun modo rispettato la normativa in tema di accesso al mercato del lavoro italiano, evidentemente tale normativa sarebbe radicalmente svuotata di senso. Si tratta, per di più, di normativa cui sono sottesi interessi fondamentali, quali la tutela dell'ordine pubblico, il mantenimento della sicurezza collettiva, il buon funzionamento del mercato del lavoro italiano in un'ottica di promozione di condizioni di piena occupazione a favore dei cittadini italiani (ed europei).

Fermo quanto appena detto, bisogna tuttavia introdurre un elemento di complessità, operando una fondamentale distinzione fra il caso in cui, al momento dell'assunzione, lo straniero già non sia titolare di un permesso di soggiorno e, invece, il caso in cui il permesso sia venuto meno *di seguito* all'assunzione.

Nel primo caso, il contratto di lavoro deve ritenersi nullo. Ciò dipende dalle ragioni *supra* esposte le quali, invero, sono riassumibili al modo seguente: “*l'art. 22 sembra individuare nel possesso di un regolare permesso di soggiorno un requisito necessario per la validità del rapporto di lavoro e non una mera condizione sospensiva della sue efficacia*” (M. Ferrero e A. Guariso, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, cit. 200, in *Razzismo al lavoro*) (Va inoltre colta occasione per specificare che il datore di lavoro è certamente tenuto a verificare la condizione di regolarità dello straniero; addirittura, al datore di lavoro, al fine di non risultare colpevole per il reato ex art. 22 co. 12 TUI, non basta neppure, invocando la propria buona fede, dimostrare di aver chiesto assicurazioni al prestatore straniero circa le caratteristiche della sua posizione nel Paese: egli, necessariamente, deve aver chiesto l'esibizione del permesso di soggiorno (Cass. Pen., sez. I, 31 agosto 2011 n. 32934, in RP, 2011, 10, 997)).

Un discorso diverso va fatto quando il rapporto di lavoro con lo straniero è stato sì instaurato validamente (avendo lo straniero un permesso che ne legittima la presenza e il lavoro in Italia) ma, durante lo svolgimento del rapporto medesimo, sono intervenuti l'annullamento, la sospensione o la revoca del permesso, oppure la sua scadenza. Sebbene anche in tal caso sia integrabile la fattispecie penale ex art. 22 co. 12 TUI (a tal proposito, esplicativa è la lettera normativa del comma 12 stesso), bisogna approfondire che cosa succeda al rapporto di lavoro. “*In giurisprudenza si è sostenuto che l'ipotesi in parola sarebbe assimilabile a quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa, e che quindi sarebbe doveroso il rifiuto della prestazione da parte del datore di lavoro*” (William Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 200 - l'autore, in particolare, cita la sentenza Cass. Civ. sez. lav., 11 luglio 2001 n. 9407).

Se si abbraccia tale posizione interpretativa non si può, poi, sostenere che alla venuta meno del permesso di soggiorno - ipotesi assimilata a quella della “impossibilità sopravvenuta” della prestazione - consegua, automatica, la risoluzione di diritto del rapporto lavorativo. Sta, invece, al datore di lavoro di valutare se l'evenienza in esame possa costituire *giustificato motivo oggettivo* per il licenziamento.

Per il caso in cui egli così decida, è peraltro necessario farsi una precisazione. Una certa parte di dottrina afferma che perché il rapporto cessi legittimamente, il datore di lavoro deve attendere che al lavoratore straniero sia comunicata l'impossibilità di permanere ulteriormente sul territorio nazionale. In caso contrario, non potrebbe integrarsi alcun giustificato motivo oggettivo. (William Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 200).

Riassumendo, si può dire che, quando lo straniero è divenuto “irregolare” durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, si produce solamente una sospensione del rapporto medesimo (e dei suoi effetti economici e giuridici).

Ciò è corretto in relazione a ciascuna delle ipotesi citate (revoca, sospensione, annullamento, scadenza), con un necessario distinguo, tuttavia, per quando lo straniero, cui sia scaduto il permesso, abbia avanzato domanda di rinnovo nei termini indicati ex art. 13 co. 2 lett. b) TUI. In tale evenienza, infatti, si deve ritenere che nessuna ripercussione si abbia sul rapporto di lavoro.

Invero, già prima dell'innovazione legislativa del 2012, il nostro sistema si mostrava capace di dare adeguate risposte di tutela nei confronti dei lavoratori stranieri "clandestini". Se così non fosse stato, d'altronde, si sarebbe avuta una grande anomalia: i datori di lavoro non soltanto avrebbero illegittimamente tratto vantaggio dall'impiego di manodopera in condizioni di particolare vulnerabilità, ma pure, essendo stata acclarata la nullità del rapporto lavorativo, avrebbero potuto non pagare alcuna retribuzione per l'attività lavorativa ottenuta. Tali "risposte di tutela" trovavano origine nell'applicazione dell'art. 2126 c.c.<sup>438</sup>. L'articolo, com'è noto, recita: "La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa (comma 1). Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione (comma 2)". Si propongono, dunque, i ragionamenti giuridici con i quali è stata sostenuta l'applicabilità dell'art. 2126 c.c. in favore dei migranti irregolari assunti illegalmente. Tali ragionamenti, nonostante l'innovazione del 2012, risultano ancora di sicuro interesse, poiché permettono di comprendere come dottrina e giurisprudenza abbiano, in verità, anticipato la disciplina del decreto legislativo n. 109 del 2012.

In primo luogo, bisogna superare ogni eventuale dubbio circa la legittimazione attiva dello straniero. In dottrina<sup>439</sup>, si riconosce che l'accesso alla tutela giurisdizionale - per diritti e interessi legittimi - forma garanzia *fondamentale*. Tale garanzia va apprestata nei confronti di *ogni* persona che si trovi nel territorio nazionale e ciò a prescindere sia dallo stato di cittadinanza, sia dalla condizione di (ir)regolarità dell'ingresso o del soggiorno. All'art. 2 co. 5 TUI, d'altronde, si afferma senza ulteriori specificazioni o distinguo che

---

<sup>438</sup> Non si davano infatti, prima del decreto legislativo n. 109 del 2012, norme specificamente dedicate al tema dell'assunzione di stranieri irregolari - eccezion fatta per l'importante (e già citata) disposizione ex art. 22 co. 12 TUI. Si vuole, ad ogni modo, sottolineare che non si davano disposizioni speciali circa il rapporto civilistico fra datore e prestatore di lavoro.

<sup>439</sup> William Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 197.

Nella prassi, può darsi che il datore di lavoro non abbia versato alcuna remunerazione al lavoratore per la prestazione svolta; che il pagamento sia stato solo parziale; ancora, che il pagamento, semplicemente, sia stato inadeguato, se messo a confronto con le previsioni in tema di trattamento economico contenute nel contratto collettivo applicabile.

allo straniero deve essere riconosciuta “parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi”<sup>440</sup>.

Chiarita positivamente la questione circa la sussistenza di legittimazione attiva in capo al migrante, occorre approfondire il dato normativo dell’art. 2126 c.c., facendo dapprima riferimento alla disposizione di cui al comma 1<sup>441</sup> dell’articolo in parola.

Il contratto stipulato fra datore di lavoro e prestatore straniero “clandestino” è certamente nullo, ex art. 1418 c.c.<sup>442</sup> (“contrarietà a norme imperative di legge”). Tale nullità - se si sostiene che l’art. 2126 co. 1 è applicabile - non dovrebbe comunque produrre effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione; dovrebbe, cioè, poter essere accolta l’eventuale pretesa avanzata presso il giudice dal prestatore, circa la doverosità - per la sua controparte - dell’adempimento degli obblighi retributivi e contributivi. Così dovrebbe essere, a norma del comma 1 art. 2126 c.c., a condizione tuttavia di non aversi illiceità di *oggetto o causa*.

---

<sup>440</sup> Rispetto a tale parità di trattamento, affermata in modo tanto chiaro in via di principio, è opportuno svolgere una considerazione, la quale si lega proprio alla condizione degli stranieri irregolarmente soggiornanti sul territorio italiano.

Paradossalmente, nel momento in cui entra in contatto con le istituzioni che possono offrire lui tutela, lo straniero in genere rischia l’espulsione; e ciò nonostante stia “*denunciando la propria condizione o esercitando i propri diritti*”. Per essere più precisi, non è che la partecipazione dello straniero ad un processo, come attore o come convenuto, implichi obbligatoria l’esibizione del permesso di soggiorno. Se così fosse, si produrrebbe un chiaro contrasto con quanto previsto entro l’art. 9 della Convenzione OIL n. 143 del 1975, dove “*si garantisce espressamente agli immigrati irregolarmente soggiornanti il diritto di far valere le proprie pretese anche personalmente innanzi alle autorità competenti*”. Ma a prescindere da quanto è lui richiesto per comparire in giudizio, è probabile che lo straniero comunque preferisca non palesarsi perché, una volta individuato dall’autorità pubblica, salvo alcune eccezioni diverrà comunque destinatario di un provvedimento di espulsione. Giocoforza, le denunce e le azioni legali promosse dagli stranieri “clandestini” - nei confronti di datori di lavoro e intermediari - si hanno davvero in numero ridotto. Mettendo per un attimo a parte il tema della emanabilità di un provvedimento di espulsione nei confronti dello straniero “clandestino”, la ragione più profonda che dissuade i migranti dal far valere i propri diritti in sede giurisdizionale potrebbe essere la medesima: sostanzialmente, per loro mancano “*realistiche alternative*” (tale affermazione verrà approfondita infra, perché esistono dei casi - però limitati - in cui il legislatore sembra prospettare, appunto, delle alternative alla mera espulsione del migrante irregolare sfruttato). L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 7 e 51 (consultabile su [www.sprar.it/publicazioni](http://www.sprar.it/publicazioni)).

Si coglie peraltro occasione per dire che, ai sensi dell’art. 6 co. 2 TUI, lo straniero che si relazioni con qualsiasi ufficio della pubblica amministrazione deve esibire il proprio permesso di soggiorno (bisogna puntualizzare, però, che tale obbligo non sussiste in tema di accesso alle prestazioni sanitarie o scolastiche).

<sup>441</sup> *Pro memoria*: “La nullità o l’annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall’illiceità dell’oggetto o della causa”.

<sup>442</sup> *Supra*, s’è detto della necessaria distinzione fra: da una parte, gli stranieri privi del permesso di soggiorno già al momento dell’assunzione da parte del datore di lavoro (senza dubbio, per loro occorre parlarsi di nullità del contratto di lavoro); e, dall’altra, gli stranieri cui, dopo l’instaurazione del rapporto lavorativo, il permesso sia scaduto senza che avanzassero domanda di rinnovo nei termini di legge o, ancora, gli stranieri a cui il permesso sia stato revocato, sospeso o annullato (sempre, s’intende, dopo l’instaurazione del rapporto lavorativo).

Nel contratto di lavoro di cui si sta trattando (quello fra datore e prestatore straniero “clandestino”), è (bisognerebbe dire “era”, vista l’innovazione del 2012, che ha reso la presente analisi mero approfondimento teorico) centrale risolvere la questione se causa od oggetto siano di per sé illeciti. La risposta sarà infine negativa, ma occorre che tale conclusione sia argomentata; perciò, in primo luogo, specifica riflessione è dedicata al tema dell’illiceità.

Tale riflessione ha carattere preliminare giacché, se si dovesse ritenere che l’illiceità ricorre ogni qual volta si abbia violazione di una norma di legge, allora radicalmente non avrebbe senso insistere nell’analisi: l’art. 2126 c.c. non sarebbe mai invocabile perché l’assunzione in esame avviene appunto in violazione delle disposizioni di legge in tema di ingresso e soggiorno dello straniero per motivi di lavoro subordinato. Le cose, invece, stanno in modo diverso. Secondo consolidata giurisprudenza, per potersi parlare di “illiceità” ai fini del primo comma art. 2126 c.c., non è sufficiente che si abbia violazione di qualsiasi norma di legge, ma è pure necessario che il contratto sia “*contrario ai principi di ordine pubblico strettamente intesi e cioè a quelli etici fondamentali dell’ordinamento giuridico*”<sup>443</sup>.

Soltanto se il contratto si caratterizzasse per un’illiceità di questo genere, sarebbe radicalmente compromessa l’applicazione del meccanismo del primo comma dell’art. 2126.

A questo punto, chiarito con quale concetto di “illiceità” si ha a che fare, bisogna che tale illiceità sia rapportata alla “causa” e allo “oggetto” del contratto, ricordando fra l’altro che entrambi rappresentano elementi “essenziali” del medesimo (ai sensi, com’è noto, dell’art. 1346 c.c.).

Se si scegliesse di interpretare la nozione giuridica di “causa” (lo fa una certa parte di giurisprudenza) come “funzione economico-sociale del contratto”, nel caso in esame (il contratto di lavoro subordinato *fra datore e straniero irregolare* nello scenario normativo ante-2012) non si potrebbe fare altro che affermare costantemente la legittimità della

---

<sup>443</sup> M. Ferrero e A. Guariso, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, cit. 200, in *Razzismo al lavoro*. Gli autori richiamano, a fondamento della propria affermazione, ampia giurisprudenza: “Cass. 8 aprile 1987, n. 3473, *Foro it.*, I, 1987, pag. 2366; *Corte Cost.* 19 giugno 1990, n. 296, *Foro it.*, I, 1991, pag. 3016; *Cons. Stato* 26 luglio 2001, n. 4134, *Dir. & Formazione*, 2001, pag. 700 (...) più recentemente *Cons. Stato ad. Plen.* 21 febbraio 2007, n. 4, *Foro mm.*, 2, 2007, pag. 461”.

causa<sup>444</sup> e, quindi, la mancata integrazione della prima condizione negativa di cui all'art. 2126 co. 1 c.c.. Infatti, il contratto di lavoro subordinato è un negozio giuridico espressamente tipizzato dal legislatore: è il legislatore che individua *ex lege* la funzione economico-sociale dello stesso. Tale funzione economico-sociale è per definizione lecita e non rilevano a proposito le caratteristiche personali delle parti.

Alla medesima conclusione (la costante liceità della causa del contratto di lavoro fra datore e prestatore irregolare), peraltro, si dovrebbe giungere quando si scegliesse un'interpretazione differente del concetto di "causa": quando cioè, per comprendere della illiceità o meno della causa del contratto, fosse preso in considerazione lo *scopo* in ragione del quale le parti hanno instaurato il rapporto di lavoro<sup>445</sup>. Si arriverebbe alla medesima conclusione perché "*il mancato possesso di regolare permesso di soggiorno da parte del lavoratore subordinato non sembra determinare di per sé l'illiceità della causa del contratto*"<sup>446</sup> ("illiceità", invero, così come definita *supra*).

Compreso che entrambe le interpretazioni di "causa" proposte conducono al medesimo risultato ermeneutico (la liceità della stessa nel contratto alla nostra attenzione), occorre, ora, passare all'analisi della seconda condizione negativa contemplata all'art. 2126 co. 1 c.c.. Trattandosi dunque di illiceità dell'oggetto, bisogna innanzitutto osservare che spesso, sul tema, è stata tracciata una distinzione fra illiceità "assoluta" e illiceità "relativa"<sup>447</sup>.

L'illiceità c.d. assoluta coincide proprio con la nozione di illiceità quale "contrasto con principi inderogabili dell'ordinamento" fornita *supra*. Tale illiceità non sussiste quando

---

<sup>444</sup> M. Ferrero e A. Guariso, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, cit. 200, in *Razzismo al lavoro*. I due autori citano delle sentenze nelle quali la "causa" del contratto è interpretata come sua "funzione economico-sociale"; essi, per di più, scelgono di richiamare casi giurisprudenziali nei quali al giudice è richiesto proprio di sindacare della legittimità della causa del contratto di lavoro subordinato stipulato fra datore di lavoro e prestatore straniero irregolare (Cass. 26 marzo 2010, n. 7380, *Guida al Lavoro*, 17, 2010, pag. 72).

<sup>445</sup> M. Ferrero e A. Guariso, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, cit. 200, in *Razzismo al lavoro*. Gli autori - a ragione - sostengono che l'interpretazione in parola (*illicita* la causa del contratto se il medesimo è stipulato per realizzare uno scopo *illicito*) serve ad evitare "*la sostanziale inutilità della previsione normativa in esame*" (vale a dire l'art. 2126 co. 1 c.c. laddove fa riferimento all'illiceità della causa - infatti, se si dovesse abbracciare la diversa ipotesi interpretativa secondo cui la causa coincide con la funzione economico-sociale del contratto di lavoro subordinato, la causa, lo si è detto *supra*, sarebbe lecita per definizione). È citata dagli autori la sentenza Cass. 4 giugno 1999, n. 5516, *Archivio Civile*, 4, 2000, pag. 508.

<sup>446</sup> M. Ferrero e A. Guariso, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, cit. 201, in *Razzismo al lavoro*.

<sup>447</sup> M. Ferrero e A. Guariso, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, cit. 201, in *Razzismo al lavoro*.

l'invalidità del contratto dipende solo dallo status di irregolarità proprio del prestatore straniero; infatti, l'oggetto del contratto di lavoro subordinato, stipulato fra straniero e datore di lavoro, può assolutamente consistere nello svolgimento di mansioni lavorative lecite<sup>448</sup>. Per tale ragione, abbracciata la nozione di "illiceità assoluta" dell'oggetto, l'art. 2126 co. 1 c.c. sarebbe senz'altro applicabile al contratto di lavoro subordinato in esame. L'altra nozione cui s'è fatto cenno - l'illiceità c.d. relativa - non convince. Di "illiceità relativa" si vorrebbe parlare quando il prestatore non possiede i requisiti previsti come necessari per lo svolgimento di una certa attività lavorativa; tale mancanza significherebbe appunto illiceità dell'oggetto contrattuale. Lo studio della giurisprudenza (la quale, soprattutto, ha avuto occasione di esprimersi sul tema in riferimento a casi di giornalisti non iscritti all'albo professionale<sup>449</sup>) porta però a ritenere che il concetto di "illiceità relativa" non sia convincente. La giurisprudenza in parola ha sempre *"escluso l'illiceità dell'oggetto contrattuale, reputando che la mancanza di licenze, abilitazioni o autorizzazioni amministrative riguardi un requisito estrinseco del negozio, incapace di incidere sulla causa o sull'oggetto dello stesso"*<sup>450</sup>.

In conclusione, terminato lo studio circa l'integrabilità delle due ipotesi negative ex art. 2126 co. 1 c.c., si può affermare che, anche prima del decreto legislativo n. 109 del 2012, nel caso del contratto di lavoro subordinato stipulato fra datore e prestatore straniero irregolare, la nullità del contratto non produceva effetto per il periodo in cui lo stesso aveva avuto esecuzione. S'è avuto modo di vedere, infatti, come mancasse (e manchi tutt'ora, seppure il dato non abbia più rilevanza come in passato) l'integrazione di almeno una delle condizioni citate (illiceità della causa, illiceità dell'oggetto). Ne consegue che, anche prima dall'intervenuta innovazione introdotta nel 2012, il datore di lavoro era comunque tenuto a pagare allo straniero le retribuzioni dovute per l'attività lavorativa prestata. Anzi, non solo si poteva già sostenere che egli dovesse pagare le retribuzioni, ma sicuramente bisognava considerare come esigibili pure le contribuzioni previdenziali e assistenziali. L'obbligo di contribuzione, d'altronde, è *"automaticamente collegato alla*

---

<sup>448</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 198.

<sup>449</sup> M. Ferrero e A. Guariso, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, cit. 201, in *Razzismo al lavoro*. Fra le sentenze citate dagli autori, ci sono: "Cass. 13 agosto 2008, n. 215191, Giust. Civ. Mass. 2008, pag. 1264; Cass. 16 febbraio 2006, n. 3399, D&L, 2006, pag. 548, con nota di Laratta (...)".

<sup>450</sup> M. Ferrero e A. Guariso, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, cit. 202, in *Razzismo al lavoro*.

*retribuzione*<sup>451</sup>. Sul tema, oltremodo significativa deve ritenersi essere stata la sentenza della Corte di Cassazione (Sezione Lavoro) n. 7380 del 26 marzo 2010 (sentenza, com'è ovvio, antecedente all'innovazione del 2012). Nella sentenza è affermato “*l'obbligo del datore di lavoro di effettuare il versamento contributivo ancorché riferito a una retribuzione per attività prestata da lavoratore straniero irregolare*”<sup>452</sup>.

Insomma, quand'anche il legislatore italiano non avesse dato attuazione alla norma ex art. 6 della direttiva “sanzioni” con l'art. 3 del decreto legislativo 109 del 2012, sulla base dell'art. 2126 *primo comma* lo straniero irregolare avrebbe, comunque, potuto pretendere quanto lui dovuto per l'attività lavorativa prestata.

Risulta, fra l'altro, di sicuro interesse fornire un'ulteriore posizione dottrinale sul tema, posizione secondo la quale uguale garanzia sarebbe potuta discendere, in favore del prestatore di lavoro, non tanto dal primo comma art. 2126 c.c., quanto dal *secondo comma*<sup>453</sup> (“se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”).

---

<sup>451</sup> G. Cellamare, *Diritto dell'Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, cit. 882, in RGL (Roma, Ediesse, 2011). Non a caso, sul tema, Trucco, Paggi e Nicodemi (ne *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 48 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni))) richiamano l'articolo 2116 c.c., dove è affermato il generale “principio di automaticità delle prestazioni previdenziali”. L'articolo, semplicemente rubricato “Prestazioni”, recita: “Le prestazioni indicate nell'art. 2114 (prestazioni previdenziali ed assistenziali) sono dovute al prestatore di lavoro, anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti alle istituzioni di previdenza e di assistenza, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali. Nei casi in cui, secondo tali disposizioni, le istituzioni di previdenza ed assistenza, per mancata o irregolare contribuzione, non sono tenute a corrispondere in tutto o in parte le prestazioni dovute, l'imprenditore è responsabile del danno che ne deriva al prestatore di lavoro”.

Gli autori affermano che: poiché esiste il principio “di automaticità” in parola, anche quando il datore di lavoro non abbia versato i contributi previdenziali a INPS, l'avvenuto accertamento dei periodi in cui è stata svolta la prestazione lavorativa, nonché l'accertamento della retribuzione spettante al lavoratore danno luogo al “*riconoscimento dei medesimi periodi a fini pensionistici*”. Il che è certo rilevante (se si pensa al caso specifico dei migranti) anche in ragione del possibile computo che si può fare di tali periodi per la totalizzazione, a fini pensionistici, di tutti i periodi lavorativi svolti dal medesimo prestatore in diversi Paesi UE o, comunque, in Paesi con i quali vigono convenzioni di sicurezza sociale, siglate proprio dall'Italia o da tutta l'Unione.

È possibile, inoltre, giungere a conclusioni assolutamente simili anche riguardo ai trattamenti previsti in caso di malattia o maternità - tenuto fermo, ovviamente, il riferimento ai soli periodi lavorativi accertati. Del resto, l'articolo 2114 c.c. (cui il 2116 c.c. fa rimando) non concerne solamente le prestazioni previdenziali a scopo pensionistico, ma anche gli altri trattamenti su base contributiva.

Analogo ragionamento, fondato sul principio che ogni trattamento contributivo è automaticamente collegato alla retribuzione, può svolgersi in tema di infortunio o malattia professionali (è importante notarlo, poiché va sottolineato che anche i lavoratori “clandestini” hanno interesse a denunciare gli episodi, appunto, di infortunio o malattia professionali).

<sup>452</sup> G. Cellamare, *Diritto dell'Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, cit. 882, in RGL (Roma, Ediesse, 2011).

<sup>453</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 46 ss. (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

“Infatti, dalla lettura della norma violata (art. 22, cit. T.U.) si evince che tra le sue finalità vi è anche quella di garantire al lavoratore straniero condizioni di vita e di lavoro adeguate”<sup>454</sup>. In sintesi, poiché la violazione delle norme in tema di ingresso e soggiorno del migrante va intesa come violazione di norme poste a tutela del migrante stesso, una certa dottrina riteneva che il lavoratore, nel quadro giuridico-normativo ante-2012, potesse ricevere tutela non solo attraverso l’applicazione dell’art. 2126 c.c. primo comma, ma pure attraverso il secondo comma del medesimo articolo.

#### 4.5.2 Il sistema delle sanzioni nei confronti del datore di lavoro

Ora davvero conclusa la trattazione, di sicuro interesse, circa l’astratta applicabilità dell’art. 2126 c.c. ai migranti irregolari assunti illegalmente (applicabilità che non viene più in rilievo visto l’art. 3 del decreto legislativo 109 del 2012 - *lex specialis derogat generali*) occorre fare ritorno al “punto di partenza”: la direttiva “sanzioni” del 2009. Finora, s’è in particolare voluto mettere in luce l’allestimento, da parte del legislatore europeo, di diritti in favore dei lavoratori migranti irregolari (s’è però anche visto come, in Italia, dottrina e giurisprudenza avessero, a loro modo, anticipato le novità normative di matrice europea)<sup>455</sup>. E tuttavia, come d’altronde lascia intendere la stessa denominazione *supra* utilizzata per la 2009/52/UE (direttiva “sanzioni”), il contenuto dell’intervento europeo è stato più ampio. In via di sintesi, si può dire che il legislatore europeo abbia disposto un generale divieto di assunzione dello straniero “irregolare”; abbia richiesto, ai singoli Stati, di apprestare un sistema di sanzioni per il datore dal comportamento illegittimo, nonché dei meccanismi efficaci di ispezione e controllo<sup>456</sup> (un aspetto, questo, fondamentale per dare effettività alle norme sanzionatorie).

---

<sup>454</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 46 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)). Gli autori, a sostegno della propria posizione critica, richiamano in particolare le norme di cui ai commi 2 (“idonea documentazione indicante le modalità di sistemazione alloggiativa del migrante”) e 5 (- necessario - “rispetto delle prescrizioni del contratto collettivo applicabile).

<sup>455</sup> Occorre dire, peraltro, che l’intervento normativo del 2012 ha mancato di specificare, sul versante della tutela civilistica per il migrante, l’unico aspetto per il quale probabilmente si rendeva necessaria una norma espressa. Il legislatore, infatti, non ha detto nulla circa il pagamento dei costi connessi al trasferimento delle somme dovute allo straniero *nel Paese del rimpatrio* (bisogna d’altronde immaginare che il migrante, emerso il rapporto di lavoro illegale, ben possa essere stato destinatario di un provvedimento di espulsione).

<sup>456</sup> A. Guadagnino, *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi* (pubblicato il 17/7/2013 e consultabile presso <http://www.altalex.com/documents/news/2013/07/12/stranieri-irregolari-e-comportamenti-ispettivi>).

Nonostante l'apprezzabilità delle ambizioni europee (contrasto allo sfruttamento lavorativo degli irregolari e contrasto alla immigrazione "clandestina"), in dottrina<sup>457</sup> si ritiene che l'attuazione italiana sia stata minimale e insoddisfacente. Tale affermazione verrà via via motivata.

#### 4.5.2.1 *La sanzione penale*

Per quanto concerne le modifiche al Testo Unico sull'Immigrazione, si ha che queste hanno riguardato l'art. 22 TUI. In particolare, l'art. 1 del decreto legislativo n. 109 ha introdotto all'art. 22 i commi 5 bis, 5 ter (analizzati *supra*) e, soprattutto, i commi da 12 bis a 12 quinquies, cui si decide ora di dedicare specifico *focus*. Le nuove disposizioni, topograficamente, seguono il comma 12, che è stato indicato quale unica norma "ante-2012" dedicata al tema dell'impiego di lavoratori irregolari. Il comma 12 sanziona penalmente il datore di lavoro<sup>458</sup> che abbia alle proprie dipendenze stranieri privi del permesso di soggiorno: o perché non l'hanno mai avuto, o perché il permesso è loro scaduto ma non hanno presentato domanda di rinnovo nei termini di legge o, ancora, perché hanno il permesso revocato o annullato. Il reato ex art. 22 co. 12 è definibile come un delitto: infatti, si prevedono le pene della *reclusione* (da sei mesi a tre anni) e della *multa* (5000 euro per ogni lavoratore impiegato illegalmente).

In ragione della presenza, all'interno del nostro sistema, dell'art. 22 co. 12, s'è ritenuto che la normativa italiana fosse già armonica rispetto alle previsioni ex art. 9 della direttiva 2009/52. All'art. 9 della direttiva, infatti, è prevista l'introduzione, da parte degli Stati, di alcune fattispecie penali, che servono a sanzionare il datore di lavoro. Tali fattispecie

---

<sup>457</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 58 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

<sup>458</sup> Per quanto riguarda il soggetto agente che pone in essere la condotta delittuosa, occorre fare una precisazione. All'art. 22 co. 12 TUI è fatto espresso riferimento al *datore di lavoro*. In dottrina, si ritiene che entro tale figura possa riconoscersi: "sia chi procede all'assunzione della manodopera in situazione di illegalità quanto alle condizioni di permanenza nel nostro Paese, sia chi tale manodopera comunque occupi alle sue dipendenze giovandosi dell'assunzione personalmente non effettuata, dovendosi attribuire rilievo all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa assai più che al momento della costituzione". A. Guadagnino, *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi* (pubblicato il 17/7/2013 e consultabile presso <http://www.altalex.com/documents/news/2013/07/12/stranieri-irregolari-e-comportamenti-ispettivi>). Fra l'altro, si ritiene che il datore di lavoro non debba necessariamente caratterizzarsi per il possesso di particolari qualifiche - ad esempio, in quanto "imprenditore". L'art. 22 co. 12 non fornisce alcuna indicazione in tal senso. E tale constatazione, invero, finisce per possedere una certa importanza pratica: essa permette di configurare il reato ex co. 12 anche quando il migrante irregolare, semplicemente, sia occupato presso una famiglia per lo svolgimento di lavoro domestico (il che si può dire sia tutt'altro che raro).

penali, da una parte, hanno l'impiego di migranti irregolari quale elemento obiettivo in comune; dall'altra, si differenziano -sempre a livello obiettivo - riguardando casi sì simili ma non coincidenti. Sono dunque ricomprese situazioni diverse, che vanno dalla violazione reiterata in modo persistente del divieto di assunzione di migranti irregolari, all'impiego simultaneo di un numero significativo di detti lavoratori. Ancora, sono sanzionati penalmente i casi in cui il "clandestino" versi in condizioni lavorative di particolare sfruttamento; i casi in cui il datore di lavoro abbia la contezza che il soggetto, privo di titolo di soggiorno, è vittima di tratta di essere umani ma ciò nonostante lo impieghi/lo tenga alle proprie dipendenze. Infine, è espressamente contemplata la violazione che consista nell'assunzione irregolare di un soggetto minore.

Il fatto che, per attuare l'art. 9 della direttiva, non sia stato necessario introdurre alcuna nuova norma è dipeso dalle caratteristiche dell'art. 22 co. 12 TUI, articolo nel quale è configurato un illecito penale al quale sono certamente riconducibili le varie fattispecie finora considerate<sup>459</sup>.

Proseguendo nell'analisi di questa "sezione" dell'art. 22, si passi allo studio del comma 12 bis, che invece è stato introdotto proprio per dare attuazione alla normativa europea. Tale comma contiene tre ipotesi che funzionano da circostanze aggravanti per il reato-base di occupazione di manodopera straniera irregolare; l'aumento di pena previsto è consistente: da un terzo alla metà. Ciò significa, ad esempio, che se il giudice decidesse di condannare l'imputato applicando la pena edittale massima (tre anni) e, altresì, riconoscesse l'integrazione di una delle circostanze aggravanti ex art. 22 co. 12 bis, la pena della reclusione potrebbe arrivare ai quattro anni e mezzo - al netto di tutte le ulteriori possibili valutazioni circa la sussistenza di circostanze attenuanti generiche etc. .

Per quanto concerne, poi, il contenuto delle ipotesi contemplate all'art. 22 co. 12 bis, si ha che la pena è aumentata: se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; se i lavoratori occupati sono sottoposti alle "condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma

---

<sup>459</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 36 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)). Se è corretto affermare che non si è rivelato necessario modificare la fattispecie descritta all'art. 22 co. 12, bisogna dire tuttavia che il legislatore italiano, con il decreto n. 109, è intervenuto sul versante delle sanzioni collegate a detto reato. Rimaste ferme le sanzioni penalistiche ex co. 12 (reclusione e multa), è stato introdotto nel 2012 il nuovo comma 12 ter, il quale recita: "Con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente".

dell'art. 603 bis c.p.". In dottrina<sup>460</sup> sono mosse, in riferimento alle prime due ipotesi citate, delle critiche di merito, mentre rispetto alla terza circostanza aggravante a formare oggetto di perplessità è la stessa formulazione della norma.

In primo luogo va detto che, con le lettere a) e b) ("più di tre occupati", "minori non in età da lavoro"), il comma 12 bis ha reso *circostanze aggravanti* quelle che, nella direttiva 2009/52/CE, formano invece *condizioni obiettive delle fattispecie di reato* (la reprimenda penale è subordinata all'integrazione di dette condizioni)<sup>461</sup>.

Se sembra non cogliere nel segno la critica in virtù della quale risulterebbe inadeguato fissare la soglia numerica di almeno *tre* lavoratori occupati per riconoscere una maggiorazione nella pena inflitta dal giudice (si sta pur sempre parlando di circostanza aggravante che non limita il campo dell'intervento penale), maggiormente condivisibile è la censura rispetto alla dizione "non in età di lavoro", di cui alla lettera b). Se, infatti, si ritiene che la persona minore, la quale si trovi in un Paese diverso dal proprio di origine, vive una condizione di particolare vulnerabilità e inesperienza, non si comprende perché maggiore gravità nella condotta illecita del datore di lavoro non possa riconoscersi quando lo sfruttamento riguardi un soggetto sedicenne o diciassettenne.

Si contesta, poi, che tali due circostanze aggravanti non trovino applicazione quando la fattispecie penale integrata non è tanto quella ex art. 22 co. 12 TUI, ma quella ex art. 603 bis c.p. ("Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro"). In particolare, il cuore della critica consiste nella sottolineatura che il reato ex comma 12 si integra solamente quando persone offese sono cittadini extra-europei; invece, nessun aggravamento di pena (rispetto a quanto previsto all'art. 603 bis c.p.) è previsto per il caso in cui siano occupati illegalmente - *in numero superiore a tre* o essendo gli occupati dei *minori non in età di lavoro* - dei cittadini UE (ad esempio, provenienti dall'Est Europa)<sup>462</sup>.

Per quanto concerne, quindi, la circostanza aggravante ex art. 22 co. 12 bis lett. c) (i lavoratori occupati sono sottoposti alle condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'art. 603 bis c.p.), s'è detto che la stessa formulazione della

---

<sup>460</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 38 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

<sup>461</sup> Si è già chiarito che, in questo modo, il legislatore italiano ha allestito una tutela penalistica più ampia di altra che, comunque, avrebbe consentito di definire rispettati gli obblighi europei.

<sup>462</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 37 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

norma può formare motivo di perplessità<sup>463</sup>. Il fatto è che il terzo comma in esame non contiene alcuna definizione delle “condizioni di particolare sfruttamento” richiamate. Invero, tale norma afferma che il reato è aggravato quando i lavoratori siano stati esposti a “situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e *delle condizioni di lavoro*”. Insomma, si ha che è dalle condizioni di lavoro che bisogna muovere per comprendere se si sia integrata una *situazione di grave pericolo*: il percorso ricostruttivo non può essere inverso<sup>464</sup>.

In conseguenza di tale (incauto?) rimando all’art. 603 bis co. 3 c.p., a livello interpretativo può ritenersi che la condizione aggravante ex art. 22 co. 12 bis lett. c) TUI sia integrata solamente quando sussista, per il lavoratore, una situazione di grave pericolo così come definita penalisticamente in tema di “intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo”. Per potersi dire conclusa la trattazione circa le innovazioni, invero, “poco” lavoristiche e “molto” penalistiche introdotte con la 2009/52/CE, occorre fare riferimento all’art. 2 dello stesso decreto n. 109 del 2012. Tale articolo (non a caso rubricato “disposizione sanzionatoria”) introduce una sanzione pecuniaria nei confronti degli enti giuridici (la sanzione può arrivare fino a 150mila euro) per il caso in cui sia integrato “il delitto ex art. 22 co. 12 bis” del TUI. Evidentemente, il legislatore richiede che il reato ex art. 22 co. 12 bis sia aggravato da una delle circostanze previste al comma 12 bis (la dizione “il delitto ex co. 12 bis” è imprecisa): solo così può venire irrogata la sanzione pecuniaria in esame. Tale disposizione di cui all’art. 2 (decreto n. 109) serve a dare attuazione all’art. 11 della direttiva 2009/52/CE, laddove si prevede che le sanzioni penali per l’occupazione di stranieri irregolari (sanzioni “*efficaci, proporzionali e dissuasive*”) siano estese anche alle persone giuridiche.

#### 4.5.2.2 *Il rimprovero tributario-amministrativo*

Quando un datore di lavoro tiene alle proprie dipendenze degli stranieri irregolari - integrando con la propria condotta una fattispecie penale - evidentemente i rapporti lavorativi posti in essere non si svolgono “*alla luce del sole*”<sup>465</sup>; si ha, invece, del “lavoro

---

<sup>463</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 37 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

<sup>464</sup> Va osservato, peraltro, che non al comma terzo, bensì al comma secondo dell’art. 603 bis c.p. sono forniti degli indici dello sfruttamento lavorativo del prestatore.

<sup>465</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 42 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

nero”. Il datore può quindi divenire destinatario non solo delle specifiche sanzioni previste all’art. 22 co. 12-12 bis, ma pure di quelle altre sanzioni, penali e amministrative, le quali sono comminate per la violazione degli obblighi previsti in via generale proprio per le inadempienze datoriali<sup>466</sup>. È lo stesso Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, d’altronde, con circolare n. 38/10 a precisare che il delitto di occupazione di manodopera irregolare convive con la c.d. “maxisanzione per lavoro nero”<sup>467</sup>. Bisogna allora distinguere i piani della riflessione: da una parte, si ha la possibile configurazione della

---

<sup>466</sup> Rispetto a tale generale affermazione, tuttavia, urge una precisazione. Una circolare del Ministero del lavoro (circolare n. 2 del 14/1/2002) ha chiarito che alcune delle ipotesi sanzionatorie previste in via generale non trovano applicazione nel caso dell’assunzione illegale di lavoratori stranieri irregolari. In particolare, non si applicano le sanzioni previste: per le mancate comunicazioni in ordine all’instaurazione o alla cessazione del rapporto di lavoro, per la mancata consegna del contratto individuale di lavoro e per la mancata registrazione nel libro unico del lavoro.

Occorre allora chiedersi per quale ragione non si applichino le sanzioni previste per le omissioni descritte. Si ritiene che tale inapplicabilità dipenda dalla inesigibilità di determinati adempimenti formali quando sono assunti illegalmente degli stranieri irregolari. A mancare è, in modo più radicale, la pre-condizione indicata dal legislatore del TUI per potersi avere la regolare assunzione (si allude, ovviamente, alla titolarità del permesso di soggiorno). Di conseguenza, non avrebbe molto senso intervenire a livello sanzionatorio rimproverando la mancata osservanza della procedura quando, a monte, proprio non si sarebbe dovuti porre in essere l’assunzione in esame: il migrante è un irregolare cui non è stato autorizzato l’accesso nel mercato del lavoro italiano.

<sup>467</sup> Per comprendere i criteri con i quali è calcolato l’importo della “maxisanzione” (e per acquisire un’idea della sua consistenza), occorre fare riferimento all’art. 4 co. 1 legge n. 183 del 2010. L’articolo in parola modifica il dettato dell’art. 3 del decreto-legge 22 febbraio 2002, n. 12 (convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002, n. 73). In primo luogo, il legislatore si cura di specificare che la c.d. maxisanzione non interferisce con l’applicabilità delle ulteriori sanzioni già previste dalla normativa (previste, cioè, prima dell’intervento modificativo del 2010). La maxisanzione è comminata per il caso in cui il datore di lavoro privato (ma attenzione, non il datore di lavoro domestico) impieghi lavoratori subordinati senza previa (obbligatoria) comunicazione dell’instaurazione del rapporto di lavoro. L’importo della maxisanzione è calcolato all’interno di un ampio *range*: da 1.500 a 12.000 euro per ciascun lavoratore irregolare; inoltre, tale importo deve essere maggiorato di 150 euro per ogni giornata di lavoro effettivo svolta dal prestatore irregolare.

L’importo della maxisanzione cambia - da 1.000 a 8.000 euro per ciascun lavoratore irregolare - nel caso in cui il lavoratore subordinato in esame risulti regolarmente occupato in periodo lavorativo successivo. Fra l’altro, anche per tale seconda evenienza è prevista una maggiorazione (30 euro) per ogni giornata di lavoro effettivo svolta dal prestatore da irregolare.

Per quanto concerne le sanzioni civili connesse all’evasione dei contributi e dei premi riferiti a ciascun lavoratore irregolare, si ha che il loro importo è maggiorato del 50%.

Non si può avere applicabilità delle sanzioni finora esaminate (maxisanzione) quando, dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti dal datore di lavoro, se ne evidenzia la volontà di non occultare il rapporto; tale prescrizione, peraltro, si applica anche quando il rapporto sia stato presentato con qualificazione differente rispetto a quella di lavoro subordinato.

La competenza a irrogare la maxisanzione appartiene agli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza.

Concludendo il presente breve approfondimento, si dia qualche ulteriore informazione sulle sanzioni civili connesse all’evasione dei contributi (nel caso, chiaramente, del lavoratore irregolare). Una circolare INPS (circolare n. 157 del 2010) ha precisato che dette sanzioni “*continueranno ad essere calcolate nella misura del 30% in ragione dell’anno della contribuzione evasa fino ad un massimo del 60% (...) l’importo così determinato dovrà essere maggiorato del cinquanta per cento*” A. Guadagnino, *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi* (pubblicato il 17/7/2013 e consultabile presso <http://www.altalex.com/documents/news/2013/07/12/stranieri-irregolari-e-comportamenti-ispettivi>).

fattispecie penale ex art. 22 co. 12 (la rimproverabilità per la quale richiede, com'è ovvio, il vaglio con esito positivo in ordine: alla integrazione della condotta obiettiva vietata, alla anti giuridicità della stessa, alla punibilità del soggetto agente); dall'altra parte, si ha la irrogabilità della "maxisanzione" (la quale potrebbe aversi, chiaramente, anche quando i lavoratori occupati in nero non fossero affatto "migranti irregolari")<sup>468</sup>.

#### 4.5.2.3 *Un focus sulla presunzione relativa ex art. 3 decreto n. 109*

La chiarificazione circa il duplice livello di rimprovero rivolto a chi occupa illegalmente migranti irregolari - unita a quanto spiegato in precedenza in tema di tutela civilistica dei diritti alla retribuzione e ai versamenti contributivi - consente di cogliere in modo più pieno il senso della scelta operata dal legislatore del 2012 all'art. 3 del decreto n. 109, articolo dove è collocata la presunzione di carattere *relativo* analizzata *supra*. In virtù di questa, si ricorda che si ha un'inversione dell'onere della prova a favore del migrante che accede alla tutela giurisdizionale per ottenere i versamenti retributivo-contributivi: l'attore-migrante non ha necessità di dimostrare che il suo rapporto di lavoro (illegale) con il datore-convenuto è durato almeno tre mesi. Tale durata forma appunto l'oggetto della presunzione. Non avrebbe senso, peraltro, ritenere che simili inversioni dell'onere della prova valgano anche per altre questioni, quali la sussistenza stessa del rapporto lavorativo e la natura subordinata del medesimo: per tali cruciali profili, valgono le normali regole di ripartizione dell'onere probatorio stabilite all'interno codice civile<sup>469</sup>.

---

<sup>468</sup> Nel caso dell'integrazione della fattispecie penale dell'occupazione di migranti irregolari, risulta tema a dir poco affascinante quello dell'intreccio fra distinti livelli della reazione giuridica (penale e amministrativa, senza contare la tutela giurisdizionale civilistica accedibile dal migrante). Tale intreccio muove a riflettere circa le caratteristiche del corretto svolgimento delle funzioni proprie degli ispettori (i quali possono appartenere all'Ispettorato territoriale del lavoro o agli istituti previdenziali), durante la cui attività emerge la situazione di illegalità. Si ritiene che debba trovare applicazione, quando nel corso dell'ispezione emergano indizi di reità, l'art. 220 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale (A. Guadagnino, *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi* (pubblicato il 17/7/2013 e consultabile presso <http://www.altalex.com/documents/news/2013/07/12/stranieri-irregolari-e-comportamenti-ispettivi>). Tale articolo 220 afferma: "Quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice". Tale norma è "comunemente qualificata di "raccordo" tra l'ordinamento penale e quelli civile, amministrativo e tributario e sancisce il principio di autonomia dei diversi procedimenti" (A. Guadagnino, *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi* (pubblicato il 17/7/2013 e consultabile presso <http://www.altalex.com/documents/news/2013/07/12/stranieri-irregolari-e-comportamenti-ispettivi>).

<sup>469</sup> Com'è noto, l'art. 2697 c.c. (non a caso rubricato: "Onere della prova") recita: "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (co. 1). Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda (co. 2)".

Ebbene, è assolutamente opportuno che il legislatore del 2012 abbia definito una presunzione di carattere *relativo*, trasponendo la direttiva “sanzioni”<sup>470</sup>. Come il legislatore europeo, all’art. 6 par. 3 della direttiva, fa “salva la prova contraria fornita dal datore di lavoro (o dal lavoratore)” rispetto ai presunti tre mesi della relazione lavorativa illegale, così anche il legislatore italiano. La scelta in esame (fare salva la prova contraria) è opportuna soprattutto perché in linea con le affermazioni della nostra giurisprudenza costituzionale in materia di “maxisanzione tributaria per lavoro nero”. Se infatti il datore di lavoro, che ha occupato alle proprie dipendenza migranti irregolari, è “colpito” in tre modi diversi (penalmente ex art. 22 co. 12 TUI, civilmente e amministrativamente (maxisanzione)) è opportuno che i due rimproveri (penale e amministrativo) e la tutela civilistica rappresentino un insieme coerente. Se, dunque, si tiene conto che la Corte Costituzionale ha, con sentenza del 2005<sup>471</sup>, dichiarato costituzionalmente illegittima (ex artt. 3 e 24) la norma che, circa l’intervento sanzionatorio amministrativo, non permetteva prova contraria contro la presunzione di durata del rapporto di lavoro sommerso, evidentemente con tale decisione risulta armonica la scelta contenuta all’art. 3 del decreto n. 109, dedicata al tema non coincidente ma parallelo della tutela civilistica.

#### 4.5.3 Una “contraddizione di fondo”

Rispetto a quanto detto finora (le reazioni dell’ordinamento rispetto all’impiego illegale di migranti irregolari), bisogna dare atto di una contraddizione di fondo: se per lo straniero l’unica prospettiva, per il momento successivo all’emersione del rapporto illegale, consiste nell’espulsione dal Paese, in tutta evidenza egli difficilmente si convincerà a denunciare, da una parte, e a far valere le proprie pretese di fronte al giudice civile,

---

<sup>470</sup> L’articolo 6 par. 3 della direttiva in parola recita: “Ai fini dell’applicazione del paragrafo 1, lettere a) e b), gli Stati membri presuppongono l’esistenza di un rapporto di lavoro di almeno tre mesi salvo prova contraria fornita, tra l’altro, dal datore di lavoro o dal lavoratore”.

<sup>471</sup> “La Corte Costituzionale, con sentenza del 12 aprile 2005 n.144, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 3 d.l. 22 febbraio 2002 n. 12, conv. in legge con modificazioni dall’art. 1, l. 23 aprile 2002 n. 73 ( secondo il quale il datore di lavoro che impieghi lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o altra documentazione obbligatoria, è soggetto ad una sanzione amministrativa pari ad una somma compresa tra il 200 ed il 400 per cento dell’importo, per ciascun lavoratore irregolare, del costo del lavoro calcolato sulla base dei vigenti contratti collettivi nazionali, per il periodo compreso tra l’inizio dell’anno e la data di constatazione della violazione) nella parte in cui non ammette la possibilità di provare che il rapporto di lavoro irregolare ha avuto inizio successivamente al 1 gennaio dell’anno in cui è stata contestata la violazione”. Tale efficace riassunto della sentenza in parola si trova nello scritto di A. Guadagnino, *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi* (pubblicato il 17/7/2013 e consultabile presso <http://www.altalex.com/documents/news/2013/07/12/stranieri-irregolari-e-comportamenti-ispettivi>).

dall'altra. È chiaro che, per convincersi a fare emergere la situazione di irregolarità, per il migrante può risultare decisiva la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno<sup>472</sup>.

#### 4.5.3.1 *Un titolo autorizzativo del soggiorno per il migrante vittima di grave sfruttamento lavorativo*

A tale possibilità ha dedicato apposita previsione<sup>473</sup> il legislatore della direttiva 2009/52/CE, il quale ha previsto la concessione di un titolo autorizzativo del soggiorno al migrante vittima di una situazione di sfruttamento di particolare gravità - il migrante che, fra l'altro, collabori con l'autorità giudiziaria. Prima della trasposizione della direttiva, si aveva un'unica norma italiana di tenore simile: l'art. 18 TUI<sup>474</sup>. Al comma 1 di detto articolo è prevista, tutt'oggi, la concessione di un permesso di soggiorno "per motivi di soggiorno sociale"; tuttavia, il beneficiario di tale concessione non è lo straniero che "soltanto" sia stato vittima di sfruttamento lavorativo, ma il migrante vittima di tratta, il quale è persona offesa da comportamenti delittuosi che vanno dal reato di sfruttamento della prostituzione a quello di riduzione in schiavitù<sup>475</sup>. Evidentemente, il campo di

---

<sup>472</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 6 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

<sup>473</sup> L'art. 13 par. 4 della direttiva recita: "Per quanto riguarda il reato di cui all'articolo 9, paragrafo 1, lettere c)" (violazione del divieto generale di assunzione del migrante irregolare e condizioni lavorative di particolare sfruttamento) "o e)" (violazione del divieto generale di assunzione del migrante irregolare e minore età del medesimo), "gli Stati membri definiscono ai sensi della legislazione nazionale le condizioni alle quali possono essere concessi, caso per caso, permessi di soggiorno 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".

<sup>474</sup> Si sceglie di riportare il testo del comma 1 dell'art. 18 TUI, presso il quale si trova la descrizione della fattispecie obiettiva integrata la quale può essere concesso un permesso di soggiorno "per motivi di protezione sociale". "Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, o di quelli previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, anche su proposta del Procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale".

<sup>475</sup> Può anche sostenersi che la fattispecie penale della riduzione in schiavitù abbia, a livello obiettivo, delle consonanze con il "semplice" sfruttamento lavorativo. Tuttavia, in dottrina, è stato messo in luce come la giurisprudenza tenda a riconoscere la riduzione in schiavitù nei casi in cui si abbiano pure sfruttamento della prostituzione o costrizione all'accattonaggio; comunque, in casi in cui (a parte l'integrazione di ulteriori fattispecie penali) si ha certamente un *quid pluris* rispetto allo sfruttamento che riguardi solo le condizioni lavorative. L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 54 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

applicazione della norma ex art. 18 co. 1 TUI non può dirsi coincidente con quello della disposizione ex art. 13 par. 4 della direttiva “sanzioni”: la prima norma risulta applicabile soltanto integrate circostanze obiettive di ben maggiore gravità e complessità che non il mero “sfruttamento lavorativo”.

#### 4.5.3.2 *L'articolo 22 co. 12 quater del TUI*

Stante l'inadeguatezza dell'art. 18 co. 1 a far considerare attuata la previsione ex art. 13 par. 4 della direttiva “sanzioni”, il legislatore del 2012 è intervenuto aggiungendo all'art. 22 TUI il comma 12 quater. Vi si prevede che sia rilasciato dal questore, su proposta o parere favorevole del procuratore della Repubblica (meccanismo speculare a quello dell'art. 18 TUI), un permesso di soggiorno<sup>476</sup> ai sensi dell'art. 5 comma 6 TUI<sup>477</sup>. Invero, tale permesso può essere rilasciato a fronte dell'avveramento di diverse condizioni: in primo luogo, non solo deve starsi svolgendo procedimento penale nei confronti del datore di lavoro per il reato ex art. 22 co. 12 TUI, ma deve pure essere stata ipotizzata l'integrazione di una almeno delle circostanze aggravanti ex art. 22 co. 12 bis<sup>478</sup>; in secondo luogo, è necessario che sia stato lo straniero stesso a presentare denuncia, o comunque bisogna che questi stia cooperando con la magistratura inquirente.

Occorre dire che la disposizione ex art. 22 co. 12 quater è ampiamente criticata dalla dottrina. Si afferma, ad esempio, la superfluità della stessa in riferimento agli infra-sedicenni sfruttati lavorativamente (si ricordi che se i migranti non sono in “età da lavoro”

---

<sup>476</sup> Occorre dire che le caratteristiche di tale permesso di soggiorno (rilasciato in ragione di quanto previsto al comma 12 quater) sono in verità descritte al comma seguente, il comma 12 quinquies. Qui si afferma che il permesso in parola ha la durata di sei mesi; tuttavia, può essere rinnovato per un anno o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale (il procedimento nato dalla denuncia del migrante o per il buon svolgimento del quale il migrante stia collaborando con l'autorità giudiziaria). Fra l'altro, al comma 12 quinquies sono pure previsti due casi speciali di revoca del permesso: in primo luogo, è disposta revoca in caso di condotta incompatibile con le finalità del permesso medesimo (tale condotta incompatibile è segnalata dal procuratore della Repubblica o accertata dal questore); in secondo luogo, è disposta revoca qualora vengano meno le condizioni che hanno giustificato il rilascio.

<sup>477</sup> All'art. 5 comma 6 TUI si prevede che Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione”. Con ogni probabilità, deve ritenersi rilevante proprio il rinvio contenuto nell'ultimo passaggio del comma 6, laddove viene fatto riferimento, circa le modalità del rilascio, alle disposizioni contenute nel regolamento di attuazione.

<sup>478</sup> Si riporta, *pro memoria*, il testo del comma 12 bis: “Le pene per il fatto previsto dal comma 12 sono aumentate da un terzo alla metà: a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603-bis del codice penale”.

si realizza la circostanza aggravante di cui alla lett. a) co. 12 bis)): si sostiene che tali minori avrebbero potuto comunque ricevere tutela in tema di permesso di soggiorno grazie al combinato disposto degli articoli 19<sup>479</sup> e 32<sup>480</sup> del TUI<sup>481</sup>.

Le perplessità maggiori, ad ogni modo, concernono il caso in cui, non essendo integrate né la circostanza aggravante ex art. 22 co. 12 bis lett. a), né quella ex lett. b), la concessione del permesso ex co. 12 quater sia subordinata alla realizzazione della condizione ex lett. c) (sempre art. 22 co. 12 bis). *Supra*, infatti, s'è già avuto modo di vedere che il contenuto di tale lettera c) è sostanzialmente criticabile<sup>482</sup>. Essa, facendo rinvio al terzo comma dell'art. 603 bis c.p., per essere realizzata richiede sostanzialmente che siano integrate situazioni di "grave pericolo" nei confronti del migrante irregolare assunto illegittimamente. Con ogni evidenza, non si può sostenere che tali situazioni di "grave pericolo" siano integrate a fronte della semplice violazione delle norme in materia di sicurezza<sup>483</sup>. Quando solamente tale "semplice" violazione fosse riscontrata, il caso concreto non potrebbe dirsi sussumibile nella fattispecie ex art. 603 bis co. 3, ossia la fattispecie cui è fatto rinvio dalla lettera c), bensì entro la fattispecie ex art. 603 bis co. 2 (dove, si ricordi, è assunta quale indice dello sfruttamento lavorativo la reiterata violazione delle norme che dispongono diritti a favore dei lavoratori). In sintesi, è molto più difficile provare quanto è richiesto dal legislatore con il rinvio al comma 3, che non la mera violazione di una norma di legge come sarebbe stato se il rinvio fosse stato al comma 2. La maggiore difficoltà dipende, chiaramente, dal bisogno di avere prova

---

<sup>479</sup> All'art. 19 co. 1 bis si prevede: "In nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati"; inoltre, al comma 2 lett. a) si fa divieto di espellere dal paese gli stranieri minori di anni 18, "salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi" (va osservato, tuttavia, che è comunque fatta salva l'ipotesi, ex art. 13 co. 1 TUI, di espulsione per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato, espulsione che può essere disposta dal Ministro dell'Interno).

<sup>480</sup> All'art. 32 TUI si prevede che agli stranieri i quali conseguano la maggiore età può essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di studio, lavoro subordinato, lavoro autonomo, esigenze sanitarie o di cura.

<sup>481</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 59 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

<sup>482</sup> Occorre ricordare che (in modo criticabile per le ragioni spiegate *supra*) l'art. 22 co. 12 bis lett. c) non rinvia al secondo comma dell'articolo 603 bis c.p. (dove si parla di "reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie" - insomma, della lesione dei diritti attribuiti *stricto sensu* ai lavoratori), ma rinvia invece al comma 3 di detto articolo. Tale comma 3 afferma che costituisce indice di sfruttamento pure la esposizione dei lavoratori a *situazioni di grave pericolo*; fra l'altro, al comma 3 si specifica anche che tali situazioni di grave pericolo debbono venire valutate avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro.

<sup>483</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 60 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

concreta dell'esposizione a grave pericolo, come pure dal fatto che tale grave pericolo (apprezzato in relazione alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni lavorative) “*si presta a valutazioni caso per caso alquanto incerte*”<sup>484</sup>. Coloro che, intervenendo, possono vantare conoscenze specialistiche adeguate per dire se il migrante sia o meno esposto in concreto a situazioni di grave pericolo sono, con ogni probabilità, i funzionari delle ASL. Poiché tuttavia il loro intervento di controllo non ha tanto carattere preventivo ma successivo (a una denuncia del lavoratore, agli accertamenti degli ispettori del lavoro o degli agenti di polizia giudiziaria) difficilmente essi potranno trovare traccia dell'esposizione a situazioni di grave pericolo, stante l'alta probabilità che nel frattempo siano poste in essere condotte di inquinamento probatorio<sup>485</sup>. Senza contare che, laddove non basti la prova della violazione della norma astratta ma sia invece necessario riconoscere l'integrazione di una nozione complessa calata entro un caso concreto, è inevitabile che sia abbia una certa oscillazione dovuta alla componente discrezionale dell'apprezzamento tecnico.

In ragione delle difficoltà interpretativo-applicative connesse al contenuto della lettera c) art. 22 co. 12 bis - e vista la limitata pregnanza del rinvio operato alla lettera a) dello stesso articolo (limitata pregnanza dovuta ai motivi esposti *supra*) - si deve ritenere che, ai fini della concessione del permesso ex art. 22 co. 12 quater, l'unico indicatore della gravità dello sfruttamento lavorativo “che funzioni bene” sia quello quantitativo, consistente nel riconosciuto impiego illegale di *almeno quattro* migranti irregolari (lett. b) art. 22 co. 12 bis TUI). In dottrina, a riguardo, è stato però mosso un rilievo particolarmente critico. Nonostante tale norma significhi vera estensione di tutela per i migranti (per costoro non si aveva, precedentemente, possibilità di ottenimento di un permesso di soggiorno, a differenza di quello comunque spettante, ex art. 18 TUI, ai minori non età di lavoro), nonostante l'applicazione di tale norma non trovi ostacoli a livello pratico (s'è detto della difficoltà, invece, di dare prova della situazione di “grave pericolo” ex lett. c) co. 12 bis), si sostiene che la volontà politica realmente sottostante a

---

<sup>484</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 60 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

<sup>485</sup> Chiaramente, ricostruire l'esposizione a “grave pericolo” sarebbe agevole se il migrante irregolare assunto illegalmente avesse un grave infortunio sul lavoro. In tal caso, tuttavia, seppure al migrante debba sicuramente attribuirsi un permesso di soggiorno ex art. 22 co. 12 quater, per evidenti ragioni l'esigenza fondamentale - sottesa alla normativa in questione - della tutela della persona del lavoratore migrante dovrebbe dirsi radicalmente frustrata.

tale norma non possa essere condivisa. Di per sé, il dato quantitativo direbbe poco delle condizioni di sfruttamento lavorativo dei migranti; può infatti ben immaginarsi che un'azienda, presso cui sono assunti illegalmente numerosi stranieri irregolari, comunque possa assicurare loro condizioni di lavoro dignitose. In verità, la ragione della scelta di tale indicatore quantitativo consisterebbe *“nella volontà politica di escludere a priori il mondo del lavoro domestico e delle piccole imprese subappaltatrici - ossia i settori maggiormente interessati dallo sfruttamento, se si eccettua l'agricoltura”*<sup>486</sup>.

Ulteriore motivo per ritenere inadeguate le decisioni del legislatore nazionale, in tema di concessione del permesso di soggiorno ai migranti vittime di sfruttamento lavorativo, consiste nella mancanza di omogeneità fra tali decisioni e le corrispondenti scelte normative compiute dal legislatore europeo all'interno della direttiva “sanzioni”. Il legislatore europeo, infatti, afferma che appositi titoli legittimativi del soggiorno debbono essere concessi quando i migranti soffrano di condizioni di particolare sfruttamento o quando da minori siano impiegati lavorativamente (art. 13 par. 4). E tuttavia, le condizioni “di particolare sfruttamento”, così come definite dal legislatore europeo, sono concettualmente ben diverse da quelle indicate dal legislatore italiano. All'art. 2 lett. i) della direttiva, si hanno come condizioni di *particolare sfruttamento* le “condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazione 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”. È possibile constatare come, in tale definizione, non trovi posto alcun riferimento al dato della numerosità degli immigrati irregolari assunti illegalmente presso il medesimo datore di lavoro; allo stesso modo, il concetto di “palese sproporzione (...) contraria alla dignità umana” risulta più calzante e, soprattutto, di portata più ampia che non la richiesta integrazione del “grave pericolo” quale condizione per il rilascio del permesso di soggiorno al migrante particolarmente sfruttato.

Il legislatore italiano sembra, dunque, aver “mancato il punto” in tema di rilascio del permesso di soggiorno dovuto a grave sfruttamento lavorativo. Eppure, s'è già avuto modo di evidenziare l'importanza della possibilità di tale rilascio sul versante dell'*effettività* della disciplina di repressione e tutela. D'altronde, proprio tale versante

---

<sup>486</sup> L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, cit. 60 (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni)).

rischia di essere quello più “debole”, nonostante le sanzioni, anche di grande entità, predisposte dal legislatore contro il fenomeno dello sfruttamento lavorativo dei migranti irregolari (sanzioni penali, tributario-amministrative...).

#### 4.5.4 *Le attività di controllo*

Il legislatore del 2012 dedica alle “attività di controllo” l’articolo 4 del decreto n. 109. Al comma 1, si prevede che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali si occupi di effettuare ispezioni e controlli contro l’impiego illegale di migranti irregolari. Nonostante, a tal proposito, sia fatto cenno a una “programmazione annuale dell’attività di vigilanza”, nonché a una “periodica valutazione dei rischi” connessi ai settori dove il fenomeno dello sfruttamento è più presente<sup>487</sup>, la disposizione dell’art. 4 co. 1 appare timida, quasi una generica affermazione d’intenti. Al contrario, la direttiva “sanzioni” del 2009 dedica grande considerazione al tema dei controlli e delle ispezioni, i quali debbono essere “efficaci e adeguati” nel territorio perché non sorgano divari oggettivi nel grado di attuazione della direttiva fra i diversi Paesi membri (considerando n. 28). Il legislatore europeo richiede - sia pure in modo non vincolante - che gli Stati Ue assicurino l’attribuzione di adeguati poteri alle autorità competenti allo svolgimento delle ispezioni e anche, si noti, che a tali poteri si accompagni la messa a disposizione di “risorse umane sufficienti dotate delle competenze e delle qualifiche necessarie per lo svolgimento efficace delle ispezioni” (considerando n. 30). È evidente che tale “invito” implica una spesa maggiore che alimenti il sistema delle ispezioni e dei controlli, poiché si auspica che le ispezioni e i controlli con i quali rendere effettive le disposizioni della direttiva (quelli, cioè, volti ad acclarare la violazione del divieto di assunzione di migranti irregolari) non incidano, sul piano quantitativo o qualitativo, sugli altri “ordinari” (considerando n. 31).

Bisogna, fra l’altro, porre in rilievo che, all’interno della direttiva “sanzioni”, sono allestite anche delle disposizioni *vincolanti* per garantire l’effettività delle norme prodotte dalla trasposizione della 2009/52. Non a caso, l’articolo 14 della direttiva è rubricato “ispezioni”. Vi si prevede che gli Stati membri garantiscano ispezioni efficaci. Non è quindi sufficiente che, nell’ambito dell’attività “generale” di controllo, “ci si imbatta” in

---

<sup>487</sup> La realizzazione di una “programmazione annuale” e di focus differenziati sui settori a rischio rappresentano strategie caldegiate dal legislatore europeo (considerando n. 29 direttiva “sanzioni”).

situazioni di violazione del divieto di assunzione illegale dei migranti; occorre, invece, che le ispezioni siano poste in essere nell'osservanza di una strategia complessiva, vale a dire una programmazione che nasca dall'attenta valutazione dei rischi da parte delle autorità e dalla considerazione dei settori di attività e/o di territorio dove l'incidenza di lavoro illegale svolto da migranti irregolari è maggiore. Per quanto concerne il comma 2 dell'articolo 14 della direttiva, si ha che il suo secondo periodo ("relativamente a ciascuno di tali settori, gli Stati membri, entro il primo luglio di ogni anno, notificano alla Commissione il numero di ispezioni effettuate l'anno precedente, espresso come numero assoluto e come percentuale dei datori di lavoro in ciascun settore, e ne riferiscono i risultati"), ebbene, tale periodo è trasposto in modo pedissequo all'interno del comma 2<sup>488</sup> dell'art. 4 del decreto n. 109.

#### 4.6 *La "disposizione transitoria" ex art. 5 decreto n. 109*

Concluso l'esame delle (magre) disposizioni dedicate, nel 2012, al tema delle ispezioni e dei controlli, raffrontate tali disposizioni alle prescrizioni e agli auspici invero più esigenti del legislatore europeo, rimane da affrontare l'art. 5 per avere terminata l'analisi del decreto n. 109. Tale articolo 5 è rubricato "disposizione transitoria" e rappresenta l'ottavo intervento, in Italia, di allargamento straordinario della regolarità amministrativa per i lavoratori stranieri illegittimamente presenti nel Paese.

##### 4.6.1 *Lo strumento della sanatoria*

Il c.d. strumento della "sanatoria" in verità soltanto in apparenza possiede i crismi della eccezionalità. Il frequente ricorso a tale strumento, l'inadeguatezza delle previsioni contenute nei decreti-flussi annuali (le quali lasciano un ristrettissimo spazio per l'ingresso regolare per motivi di lavoro), l'evidenza statistica concernente il grande numero di migranti legittimamente presenti in Italia proprio in virtù degli interventi di sanatoria sono tutti elementi che portano a riconoscere nella sanatoria una "*consolidata tecnica legislativa, assunta a reale fulcro delle politiche migratorie italiane*"<sup>489</sup>.

---

<sup>488</sup> L'art. 4 co. 2 del d. lgs. n. 109 del 2012 recita: "Entro il primo luglio di ogni anno, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, comunica alla Commissione europea il numero totale di ispezioni effettuate l'anno precedente per ciascun settore di attività a rischio, specificandone oltre al numero assoluto anche il rapporto percentuale rispetto al numero totale dei datori di lavoro del medesimo settore, e riferisce sui risultati".

<sup>489</sup> A. Bollani e S. Spataro, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, cit. 326, in *Lavoro e immigrazione*.

Il legislatore italiano sembra più incline ad intervenire *ex post* regolarizzando gli stranieri per il momento invisibili giuridicamente, che non a governare *ex ante* i flussi migratori. E tuttavia, fintanto che non sia aperto un canale adeguato della migrazione regolare per motivi di lavoro, fintanto che non si ritornerà all'assunzione di una visione di medio-periodo attraverso la riscoperta del documento programmatico triennale o di altri strumenti equivalenti (fondati sulla valutazione delle esigenze connesse al tessuto produttivo dei diversi territori italiani e alla domanda di quale e quanta manodopera proveniente dal mercato del lavoro) difficilmente potrà rinunciarsi all'intervento periodico di sanatoria. Esso è divenuto, paradossalmente, modalità *normale* dell'interazione fra il legislatore e bisogni concreti del sistema economico-produttivo.

4.6.2.1 *La regolarizzazione del 2012. La legittimazione attribuita al datore di lavoro*  
Chiarita la valenza e chiarito il ruolo dell'intervento di sanatoria nel sistema italiano, occorre dedicare apposito focus alla regolarizzazione disposta con l'art. 5 del decreto n. 109, prendendola come modello paradigmatico delle sanatorie italiane. Essenzialmente, vi si prevede che i datori di lavoro (ma attenzione, non i lavoratori) possono presentare una dichiarazione di emersione tesa a regolarizzare i rapporti di lavoro (illegali) instaurati da più di tre mesi con stranieri "clandestini": a tal proposito, è possibile fin da subito svolgere due considerazioni. In primo luogo, è opportuno dare conto della intrinseca ambivalenza<sup>490</sup> dell'intervento di sanatoria, poiché esso riguarda da una parte la condizione (amministrativa) di irregolarità propria degli stranieri interessati, dall'altra la relazione (di rilevanza civilistica) intercorsa fra loro e il datore. In secondo luogo, occorre interrogarsi circa la natura della posizione assegnata al datore di lavoro e circa il senso della scelta operata dal legislatore. Non si può ritenere che, in capo al datore di lavoro, sia stato creato un obbligo consistente nella presentazione della dichiarazione di emersione; piuttosto, il datore di lavoro è stato investito di una potestà, che può decidere o meno se esercitare (consapevole che, quando non "approfitti" della finestra offerta dalla sanatoria, può andare incontro a sanzioni penali e tributario-amministrative di grande entità). Per quanto concerne le ragioni sottese alla scelta operata dal legislatore, non si

---

<sup>490</sup> A. Bollani e S. Spataro, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, cit. 330, in *Lavoro e immigrazione*.

può che rimanere perplessi<sup>491</sup>. A più riprese, all'interno del presente lavoro, è stato evidenziato come un problema non da poco consista nell'eccessivo squilibrio dei rapporti che solitamente si vengono ad avere fra datori di lavoro e prestatori stranieri. La legislazione, fissando un fortissimo connubio fra possesso di un'occupazione e regolarità del soggiorno, relega sostanzialmente il migrante a una posizione di ultra-dipendenza. Non pare azzardato sostenere, allora, che la decisione di attribuire soltanto alla parte datoriale la potestà di avviare la procedura, per sanare la posizione del lavoratore, confermi la ricostruzione di una certa dottrina<sup>492</sup>, secondo la quale il modello giuridico della "integrazione" dei migranti, in Italia, ha una forte impronta "padronale" (*"il legislatore ha appaltato ai datori di lavoro la gestione di interi istituti"*).

#### 4.6.2.2 *La regolarizzazione del 2012. Le condizioni stabilite dal legislatore*

Tornando allo specifico contenuto prescrittivo dell'art. 5 decreto n. 109, occorre osservare che la possibilità per il datore di lavoro di sanare la propria posizione (e insieme quella del migrante) è subordinata all'integrazione di diverse condizioni. Innanzitutto, è previsto che lo straniero, cui la dichiarazione di emersione è riferita, sia occupato irregolarmente alle dipendenze del datore da almeno tre mesi; inoltre, si richiede che il medesimo straniero sia stato presente in modo continuativo in Italia almeno dal 31 dicembre 2011. Tale duplice condizione relativa al "tempo" del lavoro e della presenza dello straniero è criticabile: non solo è di immediata evidenza quanto possa risultare difficile la prova della durata di una relazione lavorativa informale ma, soprattutto, il legislatore richiede che, per provare della permanenza (irregolare) continuativa del migrante in Italia sia utilizzata sola documentazione pubblica. Evidentemente, fare sì che l'esito di una procedura - a tal punto decisiva per le sorti "italiane" del migrante, come la procedura per la regolarizzazione - dipenda dall'alternativa se questi sia rimasto totalmente "invisibile" rispetto alla pubblica autorità oppure, per motivi anche del tutto casuali, vi sia entrato in contatto, non appare *"conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza"*<sup>493</sup>.

---

<sup>491</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 138. L'autore parla di "scelta irragionevole e probabilmente discriminatoria".

<sup>492</sup> M. Ferrero e F. Perocco, *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, cit. 39, in *Razzismo al lavoro*.

<sup>493</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 138.

Altra prescrizione, prevista all'art. 5 decreto n. 109 al fine del buon esito della procedura di regolarizzazione, riguarda il rispetto della cornice temporale all'interno della quale la dichiarazione di emersione può essere legittimamente avanzata: tale cornice temporale s'è aperta il 15 settembre del 2012 per chiudersi il 15 ottobre dello stesso anno. Occorre allora interrogarsi su una questione problematica, cioè che cosa accada quando il datore di lavoro, che abbia presentato la dichiarazione, desista dal portare fino in fondo la procedura per la regolarizzazione. In dottrina<sup>494</sup>, s'è ritenuta convincente la proposta interpretativa secondo cui, in tali casi, dovrebbe essere fornita documentazione delle cause dell'impedimento a fare proseguire la procedura (e.g. licenziamento<sup>495</sup>); per quanto interessa il lavoratore straniero, si ritiene che questi debba essere assimilato ai prestatori presi in considerazione dall'articolo 22 co. 11 TUI<sup>496</sup> e, perciò, gli debba essere rilasciato un permesso di soggiorno<sup>497</sup> per la ricerca di un impiego. Situazione simile, ma non coincidente a quella appena descritta, si ha quando il lavoratore straniero, essendo già stata presentata la dichiarazione di emersione, passi dalle dipendenze del datore che ha dato avvio alla procedura a quelle di altro datore di lavoro. In tal caso, una soluzione ragionevole potrebbe dirsi il permettere l'avvicendamento dei datori di lavoro, nel senso che l'uno presenta la dichiarazione, l'altro è colui che, invece, stipula con lo straniero il contratto di soggiorno<sup>498</sup>.

Ancora, sempre in relazione alle norme ex art. 5 del decreto n. 109 e all'avvenuta regolarizzazione del 2012, si può mettere in luce un altro profilo problematico. Non si comprende bene, infatti, perché il legislatore abbia inteso offrire la possibilità della sanatoria solamente per i rapporti di lavoro subordinato *a tempo pieno*, escludendo

---

<sup>494</sup> A. Bollani e S. Spataro, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, cit. 343.

<sup>495</sup> A dire il vero, non riesce del tutto opportuno parlarsi di "licenziamento". L'impiego del lavoratore straniero irregolare è, ai sensi dell'art. 1418 c.c., nullo. Si può dire che un rapporto di lavoro valido si instauri con il perfezionarsi della procedura di sanatoria: alla dichiarazione di emersione viene dunque attribuito non un mero valore ricognitivo, ma una più pregnante valenza costitutiva. Evidentemente, allora, più che di licenziamento avrebbe senso parlarsi di una cessazione di fatto del rapporto lavorativo informale intercorso fra datore e prestatore straniero.

<sup>496</sup> A. Bollani e S. Spataro, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, cit. 343.

<sup>497</sup> In virtù dello specifico passaggio dell'art. 22 co. 11 TUI che recita: "(...) per un periodo comunque non inferiore a un anno (...)" si potrebbe ipotizzare che la durata del permesso di soggiorno, rilasciato allo straniero per il quale non sia stata portata fino in fondo la di regolarizzazione, abbia una valenza, appunto, pari a 12 mesi.

<sup>498</sup> A. Bollani e S. Spataro, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, cit. 346. La soluzione appena decritta, invero, è stata suggerita dagli autori con riferimento alle difficoltà pratiche connesse alla regolarizzazione avutasi nel 2002.

radicalmente dal campo di applicazione dell'art. 5 i rapporti *a tempo parziale* (bisogna dire a tal proposito, però, che tale regola non vale in riferimento ai rapporti di lavoro domestico e di assistenza alla persona). Può ben darsi, d'altronde, che uno straniero possa provvedere al proprio mantenimento anche soltanto svolgendo un lavoro *part-time*, come pure può ben darsi che egli sia impiegato con orario parziale presso più datori di lavoro. Si può commentare, allora, che l'esclusione dei rapporti di lavoro *part-time* dal campo di applicazione della sanatoria sia alquanto irragionevole<sup>499</sup>.

Maggiormente comprensibile, invece, è il mancato riferimento del legislatore ai rapporti di lavoro subordinato che però abbiano anche finalità formativa. Poiché l'instaurazione proprio di tali rapporti dipende, normativamente, dal compimento di tutta una serie di adempimenti burocratico-amministrativi, si deve ritenere che non sia nemmeno pensabile un vero avvio di tali rapporti in costanza della preesistente situazione di irregolarità dello straniero. In ultima battuta, con riferimento alle caratteristiche dei rapporti di lavoro sanabili ex art. 5 decreto n. 109, bisogna interrogarsi se non sarebbe stato conveniente dedicare una apposita disposizione ai rapporti non caratterizzati dal vincolo della subordinazione. Infatti, il solo riferimento a datori di lavoro che impiegano illegalmente stranieri alle proprie "dipendenze", lascia scoperto il dubbio circa la possibilità che siano state presentate, nel 2012, dichiarazioni di lavoro subordinato "fittizio"<sup>500</sup>.

#### 4.6.2.3 *Il carattere controproducente degli interventi di sanatoria*

In conclusione di questa breve analisi dell'art. 5 decreto n. 109 (la cui disciplina chi scrive ha inteso come paradigmatica degli interventi di sanatoria avutisi negli anni) bisogna dire che il datore di lavoro che presenta la dichiarazione di emersione deve versare un contributo fortettario di 1000 euro; inoltre, sono esclusi i datori di lavoro che, prima del 2012, siano stati condannati per reati concernenti l'immigrazione clandestina.

A parte tali dati normativi "di dettaglio", sembra potersi fare una considerazione generale sull'intervento di regolarizzazione del 2012. Sul piano generale e astratto della riflessione critica, risulta deprecabile la confermata frequenza dell'utilizzo di strumenti eccezionali come la sanatoria. Tale frequenza, oltre a rappresentare il segnale più chiaro

---

<sup>499</sup> W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit. 138.

<sup>500</sup> A. Bollani e S. Spataro, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, cit. 337.

dell'inadeguatezza della normativa italiana in tema di ingresso e soggiorno per motivi di lavoro subordinato dei lavoratori migranti, scoraggia fortemente i comportamenti virtuosi di datori di lavoro e prestatori stranieri. Occorrerebbe chiedersi, infatti, perché un datore di lavoro dovrebbe rispettare un impianto di regole inefficace e che lo costringe a numerosi adempimenti di carattere burocratico-amministrativo quando, per lui, potrebbe risultare ben più semplice *rischiare* sì, per alcuni anni, di essere colpito dalle sanzioni previste ma, poi, *approfittare* delle occasioni di “rientro nella legalità” offerte quasi a scadenza periodica dal legislatore.

## CONSIDERAZIONI FINALI

Si conclude il lavoro di approfondimento e analisi dedicato all'interazione complessa fra diritto del lavoro, diritto dell'immigrazione e fatto delle migrazioni.

In particolare, ci si è proposti di analizzare le politiche migratorie italiane, in specie quelle che servono a governare l'ingresso in Italia per motivi di lavoro subordinato, interpretandole quali politiche del mercato del lavoro.

S'è inteso cioè, abbandonando nel corso del presente scritto l'assillo securitario che così spesso domina il dibattito scientifico e pubblico sul tema delle migrazioni, recuperare una visione pragmatica dei grandi fenomeni in corso e assumere quale unica "stella polare" il diritto - e il diritto del lavoro in particolare.

Chi scrive ritiene che le politiche migratorie italiane non funzionino e che ciò si debba a numerosi fattori. In primo luogo, si ha che l'attuazione di determinati istituti risulta problematica. Si pensi, ad esempio, al contratto di soggiorno per lavoro subordinato e al carattere fortemente eterogeneo del suo contenuto: in capo al datore di lavoro sono addossati degli oneri dal contenuto "poco lavoristico" e "molto pubblicistico"; s'è arrivati dunque ad affermare che il soggetto pubblico delega al privato il soddisfacimento di interessi che, in verità, hanno carattere collettivo.

In secondo luogo, altro fattore che incide sul cattivo funzionamento delle politiche migratorie italiane consiste non già nella pedissequa attuazione delle stesse ma, al contrario, nell'indubbia evidenza che diverse disposizioni legislative da tempo rimangono soltanto sulla carta. Ci si riferisce, in special modo, al documento programmatico triennale, il quale dovrebbe servire a dare una prospettiva di medio periodo per la gestione dei flussi migratori. Poiché però, da anni, tale documento non è realizzato, la visione dei governanti riesce miope e, in specie, riesce difficile raccordare l'afflusso dall'estero di manodopera con gli effettivi bisogni, anche territorialmente differenziati, del sistema economico-produttivo italiano.

Quello che, tuttavia, pare essere il problema fondamentale del governo della migrazione per motivi di lavoro (subordinato) in Italia è un grave fraintendimento. Sembra, infatti, che il legislatore manchi della consapevolezza che le politiche migratorie, nella loro

essenza, formano politiche del mercato del lavoro e che, quindi, esse debbono risultare coerenti e non in contraddizione con la realtà del mercato.

Anche quando, d'altro canto, si sostenga che tale consapevolezza non sia mancata al legislatore italiano, ma questi lucidamente abbia inteso contrastare le “*dinamiche spontanee sottostanti al fenomeno immigratorio*”<sup>501</sup>, essendo l’immigrazione c.d. economica nel suo complesso interpretata come fenomeno negativo per il mercato del lavoro domestico (essa è ritenuta produttiva di effetti di “spiazzamento” sullo stesso<sup>502</sup>), ebbene comunque, e senza dubbio alcuno, si potrà affermare che il legislatore ha frapposto ostacoli difficilmente superabili rispetto al libero incontro fra domanda e offerta di lavoro immigrato e, quindi, rispetto al “naturale” funzionamento della realtà di mercato.

Soprattutto, a partire dall’abolizione dell’istituto della prestazione di garanzia (c.d. “sponsor”) nel 2002, in via generale è richiesta, quale condizione fondamentale per il regolare ingresso nel Paese, la titolarità di un contratto di lavoro, o meglio, l’aver lo straniero ricevuto un’offerta di lavoro tanto solida, che il datore si dimostra disponibile ad avviare e portare a conclusione la procedura, farraginosa e complicata, per il rilascio del nulla osta al lavoro. Va ricordato, peraltro, che si hanno limitatissime ipotesi derogatorie rispetto a tale regola generale: il riferimento è sia ai lavoratori stranieri che, nei Paesi di appartenenza, abbiano “*svolto un percorso formativo, sulla base di programmi di formazione professionale approvati da enti e amministrazioni italiane*”<sup>503</sup> (art. 23 TUI), sia ai lavoratori stranieri che, avendo ricevuto prima una *Blue Card* “italiana”, siano stati poi respinti da un altro Paese dell’Unione proprio verso l’Italia (come spiegato, è rilasciato loro un peculiare permesso, definito “*per la ricerca di impiego*”).

La prescrizione che, ad ogni modo, è dettata in linea ordinaria, secondo la quale si dovrebbe avere un’occupazione che, sicura, “attende” in Italia il migrante, per di più durante i lunghi tempi previsti per il riconoscimento dell’autorizzazione al lavoro e la

---

<sup>501</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 8.

<sup>502</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 8.

<sup>503</sup> A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit. 16.

concessione del visto d'ingresso, ebbene tale prescrizione risulta proprio di verso contrario rispetto al libero dinamismo del mercato del lavoro.

È di immediata evidenza che, quando si abbiano lavori *low-skilled*, l'incontro fra domanda e offerta di lavoro si svolge in modo diretto, sul posto. Non accade, ad esempio, come per i professori universitari e i grandi tecnici, la cui reputazione può ben giustificare il contatto transnazionale perché ricoprono una certa posizione lavorativa vacante. Al più, il fatto che il datore di lavoro, che si trova in Italia, contatti il prestatore straniero scarsamente qualificato può dipendere: o dal semplice fatto che questi rientra nella sua rete familiare/amicale (si pensi a un datore di lavoro che è straniero lungo soggiornante in Italia, oppure che è cittadino italiano originario di altro Paese extra-europeo) o dal fatto che il datore ha conosciuto il prestatore proprio come lavoratore, ossia l'ha già impiegato alle proprie dipendenze. Alla luce di tali considerazioni, bisogna quindi ritenere che, nella realtà dell'immigrazione per lavoro verso l'Italia, sia normalmente insita la possibilità che prima il prestatore straniero entri illegalmente in Italia alla ricerca di un'occupazione e che poi, trovatala, illegalmente si trattenga per svolgerla (fra l'altro, ponendosi in una posizione di assoluta vulnerabilità). Si può immaginare che tale lavoratore straniero confidi che, presto o tardi, il datore di cui è alle dipendenze si decida a regolarizzarlo. Il datore dovrebbe permettere, allora, il ritorno temporaneo del prestatore nel suo Paese di provenienza, perché poi sia come "inscenato" un contatto a distanza fra i due.

Occorre ricordare, per di più, che il datore di lavoro che chiami dall'estero il lavoratore straniero deve, almeno in linea teorica, dimostrare che, pure quando vi sia manodopera italiana o comunque europea disponibile a lavorare alle sue dipendenze, il suo bisogno è a tal punto specifico che soltanto il prestatore straniero può soddisfarlo. A tal proposito, potrebbe dirsi "bizzarro", a livello di prassi, il sistematico superamento di tale *economic need test* quando la posizione lavorativa "scoperta" concerne lo svolgimento di mansioni scarsamente qualificate. Evidentemente, al superamento della condizione in parola è riconosciuta soltanto una valenza burocratico-documentale e non, invece, una dimensione di vera pregnanza.

Il cattivo funzionamento delle politiche migratorie italiane è allora chiaro. L'attuale presenza regolare di lavoratori cittadini di Paesi extra-Ue non può che dipendere, per grandissima parte (si parla del 75% delle presenze regolari per motivi di lavoro) dai passati interventi di sanatoria: interventi da un lato caratterizzati sì da eccezionalità, ma

dall'altro ricorrenti, ossia posti in essere spesso dai governanti per "rammendare" gli strappi del tessuto normativo sull'immigrazione. Non è dunque un caso che, in occasione dell'entrata in vigore della c.d. Bossi-Fini del 2002 (con la quale appunto è stato abolito l'istituto dello "sponsor", contraddicendo la regola normale dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro scarsamente qualificato) non è un caso che sia stata decisa la più grande sanatoria di irregolari che mai si sia avuta - non solo in Italia, si badi, ma in tutta Europa. E d'altronde, a tal proposito, bisogna osservare che l'istanza della regolarizzazione degli stranieri illegittimamente presenti nel Paese, con ogni probabilità, non matura nel "buon cuore" dei governanti (si conceda l'espressione), governanti cioè consapevoli della situazione di vulnerabilità e sistematica discriminazione sperimentata dagli irregolari (specie a partire dall'introduzione del c.d. reato di clandestinità); più realisticamente, l'istanza che porta all'intervento di sanatoria a favore degli stranieri matura in seno alla società italiana stessa. Per dare robustezza a tale punto di vista, può certo farsi il caso della sanatoria avvenuta nel 2009. Tale sanatoria è stata rivolta a colf e badanti stranier(e), figure fondamentali per il *welfare* delle famiglie italiane. Se da un lato non possono sicuramente nascondersi le affermazioni di alcuni commentatori secondo i quali la sanatoria in parola è stata un fallimento, visto che le dichiarazioni di emersione presentate sono state molte meno di quelle attese; d'altro canto, pur tenendo conto e rispettando i commenti che ne hanno ridimensionato l'importanza, si può comunque ritenere che l'intervento del 2009 sia stato paradigmatico di un certo atteggiamento posto in essere quasi ciclicamente: la sanatoria arriva quando l'anomalia della presenza irregolare degli stranieri ha oltrepassato una certa soglia che potrebbe dirsi di "tollerabilità", di "naturalità". Tale presenza irregolare, cioè, non è più soltanto causa di una condizione difficile, precaria e rischiosa, sperimentata da un ampio numero di stranieri irregolari; essa coinvolge - e quindi interroga - troppo numerosi cittadini italiani, i quali quotidianamente impiegano o solo stringono rapporti di varia natura con gli stranieri irregolari.

Il fatto che in passato frequentemente si sia arrivati ad utilizzare lo strumento *par excellence* della risoluzione *ex post* dei problemi legati alla presenza irregolare di stranieri nel Paese è indicativo della scarsa praticabilità, come pure della limitatezza dei canali concessi per la migrazione per motivi di lavoro verso l'Italia ("scarsa praticabilità" che dipende dal carattere farraginoso delle procedure burocratiche e dai requisiti difficilmente

integrabili richiesti dal legislatore; “limitatezza”, invece, che trova origine soprattutto nelle scelte più che ristrette praticate annualmente all’interno dei decreti-flussi).

L’Italia, dunque, non “apre le porte” ai migranti; se lo fa, ciò accade o perché “conviene” (è il caso dei lavoratori altamente qualificati e degli stagionali) o perché esistono dei vincoli internazionali da cui “non si sfugge” (ricongiungimenti familiari, *richieste d’asilo*). Tale chiara lettura di sintesi è proposta da William Chiaromonte, senza dubbio il giuslavorista italiano che più di tutti ha approfondito le tante tematiche legate al macrotema “lavoro e migranti”.

Muovendo dalla lettura in esame, si ritiene possano svolgersi alcune libere considerazioni circa le caratteristiche dei flussi migratori che attualmente, in modo così conclamato, stanno investendo l’Italia. Negli ultimi anni, infatti, buona parte del dibattito pubblico - e segnatamente politico - è stato dominato dalla c.d. “emergenza” degli sbarchi dei richiedenti asilo (*asylum seekers*)<sup>504</sup>.

---

<sup>504</sup> Chi sono i “richiedenti asilo”? Per dare risposta adeguata (ancorché sintetica) a tale quesito non è possibile prescindere da alcuni importanti riferimenti normativi.

In primo luogo, si consideri l’art. 10, comma 3 della Costituzione, laddove si afferma: “Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d’asilo nel territorio della Repubblica, *secondo le condizioni stabilite dalla legge.*” Occorre osservare, innanzitutto, che la riserva di legge ex art. 10 comma 3 non è mai stata tradotta, dal legislatore italiano, in un intervento organico sul diritto d’asilo (anche se, indubbiamente, sono state emesse singole disposizioni legislative circa lo *status* di rifugiato). È utile, poi, associare la lettura dell’art. 10 comma 3 della Costituzione alle ultime e più rilevanti affermazioni, compiute dalla giurisprudenza, in tema di diritto d’asilo. Come ben sintetizza l’avvocato Simone Rossi, secondo la Corte di Cassazione il diritto di asilo va inteso: “*non tanto come un diritto alla permanenza e alla protezione nel territorio dello Stato, quanto piuttosto come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento dello status di rifugiato politico e non ha contenuto legale diverso e più ampio del diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell’istruttoria della relativa pratica*” (Cass. 25028/2005) (le ottime slide di Simone Rossi sono rinvenibili all’indirizzo: <http://www.camminidisalute.org/wp-content/uploads/2015/09/IL-RIFUGIATO-LA-PROTEZIONE-INTERNAZIONALE-SUSSIDIARIA-UMANITARIA-CONCETTI.-S.-Rossi.pdf>).

L’esercizio del diritto d’asilo, insomma, permette l’ingresso (legale) nel Paese, nonché la permanenza (legale) dello straniero almeno fintanto che non si sia arrivati a decisione circa il riconoscimento, per lui, dello *status* di rifugiato.

Occorre chiarire, peraltro, un punto fondamentale, concernente le caratteristiche della persona individuata ex art. 10 co. 3 della Costituzione. Quando si parla, entro l’articolo in parola, del diritto d’asilo come esercitabile (con successo – l’individuo può cioè acquisire lo *status* di rifugiato) da chi s’è visto negare, nel proprio paese, “l’effettivo esercizio delle libertà democratiche”, si ha che il legislatore costituzionale costruisce una nozione di “rifugiato politico” più ampia, rispetto invece alla nozione ottenibile dalla lettura congiunta delle due norme internazionali considerate fondamentali in materia. Si allude, chiaramente, all’1 lett. a) par. 2 della Convenzione di Ginevra del 1951 (Convenzione sullo statuto dei rifugiati) e all’art. 2 lett. c) della direttiva 2004/83/CE (recante “*norme minime sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*”, direttiva attuata dall’Italia con il decreto legislativo n. 251 del 2007). Le disposizioni in esame, nel loro cuore, coincidono, perché il legislatore europeo (il cui intervento normativo ovviamente è stato successivo) ha inteso fare propria la definizione formulata a Ginevra nel 1951. Essa, fra l’altro, è da un lato una definizione formulata con valenza residuale,

Tale fenomeno è venuto ad acquisire proporzioni tanto macroscopiche che non soltanto, a riguardo, profonde preoccupazioni sono sorte ai massimi livelli della politica nazionale e dell'Unione (del resto, i governanti ritengono che, oggi più di sempre, ampie fette di elettorato si orientino in ragione delle modalità e dei toni con cui è affrontata la questione dei migranti), ma pure il fenomeno in parola è divenuto oggetto di crescente interesse da parte degli studiosi: del diritto *in primis*, ma più in generale delle scienze sociali.

Occorre osservare che il fenomeno dello spostamento di grande masse di persone, persone che poi presentano richiesta d'asilo in Europa e segnatamente in Italia, è soprattutto (e non scorrettamente) analizzato, dagli esperti di geopolitica, in relazione alle realtà del

---

ciò per il caso in cui un individuo non possa già riconoscersi come rifugiato in virtù di determinati trattati internazionali espressamente richiamati all'art. 1 della Convenzione medesima; dall'altro lato, tale definizione è anche definita come "immodificabile" (se non per mezzo, s'intende, di una nuova intesa pattizia), nel senso che essa vale a prescindere da qualsiasi decisione presa, in tema di riconoscimento dello *status* di rifugiato, dall'Organizzazione internazionale per i rifugiati.

Si ha dunque che, all'art. 1 lett. a) par. 2 della Convenzione di Ginevra, come pure all'art. 2 lett. c) della direttiva europea 2004/83, è definito come rifugiato: "chiunque, nel timore fondato di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza ad un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato". Le condizioni in esame, fra l'altro, debbono essere integrate pure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato *all'apolide* - chiaramente quando tali condizioni si avverino nel Paese nel quale l'apolide soggiorna.

Circa i singoli fattori da cui può scaturire la persecuzione sofferta dal rifugiato politico, non si ritiene che questa adatti sia la sede per dedicarvi un'analisi approfondita. Basti dire che "è irrilevante che il richiedente possieda effettivamente le caratteristiche che provocano gli atti di persecuzione, purché siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni" (Rossi).

Per quanto, invece, concerne il concetto stesso di "persecuzione", si considera convincente il punto di sintesi proposto - ancora una volta - da Simone Rossi. Egli afferma che la persecuzione consiste in atti i quali significano una *violazione grave dei diritti umani fondamentali*.

A tal proposito, occorre fra l'altro ricordare che, per ottenere lo status di rifugiato, è possibile: non solo dare dimostrazione di *stare soffrendo*, nel proprio Paese, una persecuzione (nel senso che si è detto), ma (è possibile) pure soltanto provare la fondatezza del proprio *timore di essere perseguitati*. Chiaramente, nel procedimento teso a riconoscere la fondatezza di tale timore, la dimostrazione di essere stati *perseguitati in passato* potrà formare elemento importante, per arrivarsi all'accoglimento della domanda d'asilo (è di immediata evidenza che può ben essere fondato il timore della persecuzione da parte di chi una persecuzione l'abbia già sofferta).

La persecuzione in parola, ossia quella a fronte della quale si può essere riconosciuti quali rifugiati politici, può essere posta in essere da: lo Stato medesimo cui appartiene il richiedente (se apolide, lo Stato del suo soggiorno); i partiti o le organizzazioni che governano il territorio statale o una parte di esso (S. Rossi); "*da soggetti non statuali, ma solo se i soggetti di cui sopra* (Stato e partiti od organizzazioni che controllano il territorio statale o una parte di esso) *non possono o vogliono fornire protezione contro le persecuzioni*" (ancora S. Rossi).

Senza poterci soffermare oltre misura sulle interessanti caratteristiche dell'*iter* a conclusione del quale la domanda d'asilo è accolta o respinta, si dica comunque che, poiché di solito un richiedente asilo, proprio a causa della situazione di rischio sperimentata nel proprio Paese, non è in grado di fornire prova "*secondo i canoni normali*" (S. Rossi) di tutti gli aspetti di rilievo della propria situazione, la normativa italiana prevede un'attenuazione dell'onere probatorio in suo favore.

Per ragioni di opportunità, si decide di non analizzare anche le figure dei destinatari di protezione "sussidiaria" e di protezione "umanitaria", contigue sì ma non coincidenti rispetto al rifugiato politico. Purtuttavia anche tali figure non rientrano nel novero dei migranti che, con denominazione diffusamente utilizzata, sono definiti "economici".

mondo nelle quali si produce negazione dei diritti fondamentali della persona e/o delle libertà democratiche. Si vuole dire che la ricerca delle cause che stanno all'origine dei viaggi dei richiedenti asilo spesso si concentra, mettendola in risalto, sull'esistenza di contesti territoriali, quelli abbandonati dai richiedenti asilo, che sono dittatoriali, o segnati dal conflitto fra Stati o, ancora, dal conflitto interno agli Stati. Spesso, poi, gli ulteriori sforzi dell'indagine geopolitica ricomprendono lo studio delle realtà territoriali attraversate dalle rotte dei migranti (se gli Stati interessati siano o meno in grado di controllare il proprio territorio), mentre il dibattito pubblico, animato sia tramite i media tradizionali sia attraverso gli odierni *social network*, rivolge ampia attenzione alle tensioni in seno all'Unione europea, tensioni concernenti temi quali: il salvataggio nel mar Mediterraneo dei migranti, gli accordi (spesso deprecabili dal punto di vista morale, talvolta apertamente confliggenti con i dettami dell'ordinamento internazionale) realizzati con Paesi extra-europei come, ad esempio, Libia e Turchia, la ripartizione degli oneri - umani e finanziari - della accoglienza dei richiedenti asilo fra i Paesi Ue.

A fronte di tutto questo, non sembra tuttavia che le direttrici principali dello studio sul fenomeno dei richiedenti asilo riguardino un dato che, invece, a parere di chi scrive rappresenta la chiave di volta per comprendere il contesto del "grande mutamento" in corso. Soprattutto, è chiaro il carattere esplicativo del dato in parola se tale "grande mutamento" è messo in relazione con il quadro giuridico (ricostruito all'interno del presente lavoro di tesi) concernente i canali della migrazione regolare per motivi di lavoro, canali rispetto ai quali è stata offerta una valutazione sostanzialmente negativa.

Il dato che dovrebbe essere il primo ad essere valorizzato non consiste tanto nel numero di richieste d'asilo che sono presentate in Italia, quanto nel numero di richieste che *non* sono accolte. Sono proprio i numeri, infatti, a parlare chiaro. Il giornalista del Corriere della Sera Federico Fubini, in un articolo pubblicato il 23 settembre 2017, riportava che, in riferimento al 2016, il 60% delle richieste d'asilo non è stato accolto<sup>505</sup>. Più della metà delle richieste, dunque, s'è ritenuto provenisse non da persone suscettibili di rientrare nella definizione di rifugiato così come contenuta all'art. 1 della Convenzione di Ginevra

---

<sup>505</sup> È particolarmente rilevante che il dato del 60% delle richieste respinte sia stato registrato nel 2016. In tale anno, infatti, hanno avuto grandissima acutezza diverse situazioni di "crisi", esistenti specie in Africa e in Medio Oriente - a titolo esemplificativo, si può fare riferimento al Sud Sudan o al dilagare di Boko Haram nell'Africa Sub-sahariana e, certo, bisogna considerare (se si guarda all'Asia) le guerre e le persecuzioni in Siria, Iraq e Afghanistan.

del 1951, ma da migranti che, semplicemente, potrebbero essere definiti come “economici”<sup>506</sup>.

Occorre interrogarsi, allora, sul perché tali “migranti economici” si presentino come “richiedenti asilo”. La risposta è evidente: è di certo più vantaggiosa la condizione di *asylum seeker* che non quella di mero immigrato in cerca di lavoro. In prima battuta, il migrante si assicura di non essere immediatamente respinto dall’Italia per avere violato le regole dell’immigrazione per motivi di lavoro; nel caso si voglia comunque trattenere nel Paese a prescindere dal buon esito della procedura per il riconoscimento del diritto d’asilo, può dunque “rimandare” il passaggio alla clandestinità. Secondariamente, pur dovendo fare i conti con le condizioni spesso indecorose in cui versano i centri di accoglienza in Italia, egli può “guadagnare tempo”, avendo la questione del vitto e dell’alloggio (almeno temporaneamente) risolte; può, allora, provare a frequentare corsi di formazione professionale, oppure cercare un’occupazione scarsamente qualificata presso i datori di lavoro del territorio. Infine, quando il richiedente si veda respinta la propria domanda d’asilo (s’è detto, ciò accade nel 60% dei casi), egli si può dare alla clandestinità, magari sfruttando la collocazione dell’Italia all’interno dell’area Schengen

---

<sup>506</sup> È davvero paradigmatico scomporre per nazionalità la platea dei richiedenti asilo del 2016 e considerare i due gruppi più numerosi: al primo posto i nigeriani (1.995 richieste), al secondo gli eritrei (1.202). Ora, non c’è dubbio che le persone in fuga dall’Eritrea scappino da un regime sanguinario e totalitario: alcuni commentatori, cercando di descrivere “l’inferno in terra” dell’Eritrea, hanno addirittura utilizzato l’espressione di “Paese-lager”. Ma la Nigeria?

La Nigeria ha sicuramente un diffuso problema di sicurezza nella fascia a nord-est del proprio territorio: basti ricordare il tragico e ben conosciuto episodio del rapimento, avvenuto nel 2014, di 276 studentesse da parte dell’organizzazione terroristica “Boko Haram”. Eppure, la Nigeria è un Paese vasto, la cui popolazione si concentra per buona parte nelle sezioni meridionali e occidentali del territorio, dove il problema del terrorismo islamico è molto ridimensionato. Il “perché” del distinguo fra Nord (musulmano, boschivo, caratterizzato dai villaggi) e Sud(-Ovest) del Paese sta, ancora una volta, nei numeri: la Nigeria è il settimo Paese al mondo per popolazione (si stimano circa 160 milioni di nigeriani); ciò significa che un sesto di tutti gli africani si trova in Nigeria. Tali masse di persone si concentrano prevalentemente in vastissimi e caotici agglomerati urbani, cresciuti spontaneamente per via dell’afflusso di persone dalle campagne. L’ex capitale del Paese, Lagos, conta nella propria area metropolitana più di 16 milioni di persone (per dare l’idea della grandezza di questa cifra, potrebbe semplicemente dirsi che la megalopoli di Lagos ha una popolazione esattamente pari a quella delle regioni italiane più densamente abitate, Lombardia e Lazio, messe assieme). È difficile immaginare che i numerosissimi abitanti della Nigeria sud-occidentale scappino da guerre o persecuzioni; invece, è ben possibile ipotizzare che essi cerchino di abbandonare una quotidianità fatta di mancanza di opportunità lavorative dignitose, nonché difficoltà di vita connesse alla realtà degli sterminati e caotici agglomerati urbani nigeriani. Queste persone non sono individui cui, in linea generale, può essere riconosciuto diritto d’asilo. Sono migranti “economici”.

Se la veloce analisi, dal carattere esemplificativo, fatta per la Nigeria e i richiedenti asilo nigeriani fosse applicata anche ad altre componenti nazionali (Bangladesh, Senegal, Ghana...) del macro-gruppo degli *asylum seekers* del 2016, ben si comprende come di 95.419 richieste d’asilo, circa 57.000 siano state respinte (si tratta di numeri considerevolissimi).

per cercare di superare i confini nazionali (sfruttando, a tal fine, i controlli non sempre rigorosi posti in essere dalle autorità di frontiera italiane)<sup>507</sup>.

Comprese le ragioni che spingono i migranti in esame a presentarsi come “richiedenti asilo”, bisognerebbe porsi un ulteriore interrogativo: perché sembra che per loro non vi siano alternative, per l’arrivo in Italia, al porsi nelle mani dei trafficanti di esseri umani. Si ribadisce: avanzando tale domanda non ci si vuole riferire ai rifugiati “veri e propri” (per i quali l’unica buona prassi finora posta in essere - a parere di chi scrive - consiste nei “corridoi umanitari” attivati, in particolare, da Comunità di S. Egidio, Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia e Tavola Valdese); si vuole, invece, proprio domandare perché i richiedenti “fittizi” non possano fare altro che affrontare viaggi pericolosi per la propria vita, la propria salute, la propria dignità. La risposta a tale interrogativo possiede due capi.

Ovviamente, la ragione più profonda (e “a monte”) per cui i migranti si mettono nelle mani dei trafficanti consiste nell’impraticabilità dei canali dell’immigrazione regolare. Le forze politiche italiane (ed europee), d’altronde, non intendono/non credono di poter cambiare le norme concernenti l’immigrazione per motivi di lavoro, sebbene tali norme radicalmente non funzionino (c.d. “zombie policies”).

Eppure (e questo, forse, è lo snodo fondamentale del presente ragionamento) è una falsa idea credere che stabilire limitatissime possibilità di accesso regolare al mercato del lavoro italiano produca lo *stop* degli arrivi: giungeranno sempre, invece, stranieri irregolari o “finti” richiedenti asilo. Non cambia, infatti, il complesso quadro multifattoriale che sta all’origine delle partenze. Soltanto a titolo d’esempio, siano citati fattori come: la corruzione nei Paesi di origine, la crisi delle comunità tradizionali e di piccole dimensioni, le difficili condizioni di vita nelle nuove megalopoli del Terzo Mondo, il sentimento di “marginalizzazione” e di assenza di prospettive fra i giovani delle classi medie/medio-basse.

---

<sup>507</sup> Non è un caso che Paesi come la Francia e l’Austria pongano in essere soluzioni di sempre maggiore rigidità in tema di libera circolazione delle persone, per quanto riguarda i confini fra i loro territori nazionali e l’Italia.

Certo, bisognerebbe interrogarsi sul perché la sfida dell’accoglienza debba essere sopportata principalmente dal nostro Paese e ciò soltanto in ragione della sua collocazione geografica.

Esiste, come anticipato, peraltro un ulteriore “capo” della risposta, al perché i migranti (soprattutto, i richiedenti “fittizi”) compiano viaggi sopportando privazioni profonde e mettendo a rischio la propria vita nelle mani dei trafficanti.

Si tratta di una spiegazione, però, che non sta “a monte”, nel senso che non coincide con le cause stesse dell’irregolarità migratoria; essa sta invece “a valle”, nel senso che serve a chiarire perché le *condizioni* dei viaggi verso l’Italia e l’Europa siano quelle (ad esempio) del superamento del deserto in Africa, delle traversate sui barconi nel Mediterraneo...

Occorre dire, dunque, che in determinati Paesi (buona parte di quelli da cui provengono i migranti) è difficilissimo ottenere visti *turistici*, grazie ai quali giungere in Italia regolarmente (e per mezzo di aereo)<sup>508</sup>. È chiaro che la concessione più agevole di visti turistici nei Paesi di provenienza dei migranti contiene in sé la possibilità che ne sia fatto un uso solamente strumentale, teso cioè alla realizzazione di progetti di immigrazione irregolare. Tuttavia, se si pensa all’alto numero di vite umane sacrificate nel Mar Mediterraneo, ai costi degli interventi di salvataggio, nonché allo strapotere dei trafficanti, permettere un maggiore rilascio di visti turistici sembrerebbe quasi il portato di una scelta brutale: optare per “male minore”.

Detto questo, bisogna comunque ribadire con forza che la lotta all’immigrazione irregolare e al fenomeno delle richieste “fittizie” d’asilo (a prescindere dagli *escamotage* che possono essere trovati per favorire viaggi meno rischiosi e meno degradanti) può avvenire soltanto in due modi: apertura “vera” dei canali dell’immigrazione regolare, perché si abbia un effettivo controllo dei flussi migratori, e “vera” cooperazione internazionale, al fine di ridurre gli arrivi.

#### *Considerazioni finali. Un’altra “tesi” da scrivere*

Colui che studia e opera col diritto del lavoro è naturale protagonista della comprensione delle norme giuridiche che regolano l’accesso dello straniero nel mercato del lavoro italiano.

---

<sup>508</sup> Durante le sue lezioni all’Università di Pavia, il professor Valerio Marotta ha problematizzato questo dato della difficilissima concessione di visti turistici, ad esempio, in tanti Paesi africani, chiedendosi perché in altri Paesi (del Sud America, dell’Oriente), che pure sono di emigrazione, l’ottenimento di visti turistici (direzione Italia) sia molto più agevole: perché esistano “due pesi e due misure” nei confronti dei cittadini di Stati, peraltro, che sono somiglianti per sistema politico, livello di sviluppo economico, caratteristiche della vita pubblica...

Eppure, il giuslavorista è chiamato a misurarsi con l'alterità dello "straniero" anche quando questi già si trova nel nostro mercato del lavoro. Le aperture di senso, poi, legate alla "alterità" in esame interpellano il giuslavorista anche quando lo "straniero" abbia cessato di essere tale, cioè quando sia divenuto cittadino italiano.

Per l'esperto di diritto del lavoro la complessità correlata alla presenza dei migranti è una provocazione formidabile e "a tutto tondo" perché, per lui, si apre il grande campo d'indagine e d'azione del diritto antidiscriminatorio, che è sezione del diritto che trova a proprio fondamento la necessità di garantire il principio di uguaglianza affermato all'articolo 3 della nostra Costituzione (senza che, tuttavia, le differenze fra le persone, invece di essere riconosciute e rispettate, siano cancellate a causa di un "livellamento" verso il basso).

L'attuale sviluppo del diritto antidiscriminatorio, in campo lavoristico e non solo, costituisce paradigma della delicata complessità di alcune fra le sfide più affascinanti dell'oggi, vale a dire le sfide connesse all'ordinata convivenza all'interno della nuova società multi-culturale e multi-etnica italiana (una società la cui identità profonda è in corso di ridefinizione). Il diritto antidiscriminatorio, a parere di chi scrive, rappresenta il fronte giuridico per eccellenza presso il quale le sfide in parola debbono essere comprese e affrontate.

Potrebbe, qui, cominciare un'altra tesi di laurea.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. **AA.VV.**, *From Refugees to Workers Mapping Labour-Market Integration Support Measures for Asylum Seekers and Refugees in EU Member States*, vol. I, Comparative Analysis and Policy Findings (Bertelsmann Stiftung, 2016)
2. **R. Adam e A. Tizzano**, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Seconda Edizione (Torino, Giappichelli, 2010)
3. **A. Guadagnino**, *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi* (pubblicato il 17/7/2013 e consultabile presso <http://www.altalex.com/documents/news/2013/07/12/stranieri-irregolari-e-comportamenti-ispettivi>)
4. **P. Alston**, "Core Labour Standards" and the Transformation of the International Labour Regime (p. 467 *European Journal of International Law*, 2004)
5. **B. Anderson**, *Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers* (consultabile su <http://www.sagepub.co.uk/journalsPermissions.nav>)

6. **L. Angeletti, V. De Lorenzo, F. De Luca, M. Saccaggi, D. Silva**, *Tirocini: definizione e inquadramento giuslavoristico*, in A. Corbo, F. D'Addio, L. M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di) *Tirocini extracurricolari: i primi recepimenti regionali delle linee guida del 25 maggio 2017* (Adapt University Press/Adapt e-Book series n. 69, consultabile all'indirizzo [https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/31020/mod\\_resource/content/0/vol\\_69\\_2017\\_tirocini.pdf](https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/31020/mod_resource/content/0/vol_69_2017_tirocini.pdf))
7. **B. Antunes, G. Symon, U. Veersma, T. Walsh, L. William**, *Bargaining for Productivity: the UK case*, in ADAPT Special Bulletin Issue No. 1/2017 (consultabile su <http://www.bollettinoadapt.it/>)
8. **V. Azzeruoli**, *Crisi e discriminazioni: uno studio di caso*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
9. **B. G. Bello**, *Approfondimento del servizio antidiscriminazione per maggio 2015*, a cura della coordinatrice esecutiva, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it)
10. **S. Benhabib**, *Cittadini globali, Cosmopolitismo e democrazia* (Bologna, il Mulino, 2008)
11. **M. Bettini**, *Italiani veri, presunti e per metà. Riflessioni antropologiche sulla "Bossi-Fini"*, in "il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica" 5/2002
12. **N. Bobbio**, *Razzismo, oggi* (Testo della conferenza tenuto al Sernig di Torino nel dicembre 1992, consultabile su <https://norbertobobbiodiecianni.wordpress.com/2014/03/27/norberto-bobbio-razzismo-oggi/>)
13. **A. Bogg e T. Novitz**, *Links between Individual employment Law and Collective Labour Law*, in C. Costello, M. Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)
14. **A. Bollani e S. Spataro**, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005)
15. **S. Bontempelli**, *Il governo dell'immigrazione in Italia: il caso del "decreto-flussi"*, in P. Consorti, *Tutela dei diritti dei migranti* (Pisa, Plus, 2009)
16. **S. Borelli**, *La mobilità dei lavoratori subordinati cittadini dell'Unione europea*, in L. Calafà, D. Gottardi, M. Peruzzi (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali* (Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2012)
17. **S. Briguglio**, *Oltre la legge Bossi-Fini, le riforme possibili*, in Lavoce.info, 8 gennaio 2014
18. **L. Calafà**, *Il lavoro italiano all'estero e il lavoro degli stranieri in Italia*, in L. Calafà, D. Gottardi, M. Peruzzi (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali* (Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2012)
19. **L. Calafà**, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, in *Lavoro e Diritto* (Bologna, Il Mulino, 2011)
20. **V. Casamassima e M. Vrenna**, *Autonomia negoziale e tutela antidiscriminatoria*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)

21. **N. Castelli**, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini* (Lavoro e diritto 297, 2003)
22. **G. Cellamare**, *Diritto dell'Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale (Roma, Ediesse, 2011)
23. **Centro Studi e Ricerche IDOS**, 27esima edizione del Dossier Statistico Immigrazione
24. **W. Chiaromonte**, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?* (Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 122/2015)
25. **W. Chiaromonte**, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa* (Torino, Giappichelli, 2013)
26. **W. Chiaromonte**, *Mobilità intraeuropea e sicurezza sociale* in L. Calafà, D. Gottardi, M. Peruzzi (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali* (Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2012).
27. **W. Chiaromonte**, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali (Milano, FrancoAngeli Editore, 2008)
28. **R. Cholewinski**, *International Perspective on Highly Skilled Migration in Light of the Blue Card Directive and its Transposition in EU Member States*, in C.A.F.M. Grütters e M.H.A. Strik, *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States* (consultabile su <http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/115936>)
29. **R. Cillo**, *Economia sommersa e lavoro degli immigrati*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
30. **R. Cillo e F. della Puppa**, *Come applicano la Race Equality Directive i sindacati e le imprese in Italia?*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
31. **C. Costello, M. Freedland**, *Migrants at work and the Division of Labour Law*, in C. Costello, M. Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)
32. **F. D'Addio**, *L'evoluzione della disciplina dei tirocini e i rapporti con i concetti di occupabilità e professionalità*, in Professionalità Studi, rivista bimestrale online (Studium Edizioni & Adapt University Press, n. 3 gennaio-febbraio 2018)
33. **T. de Lange**, *The EU Blue Card Directive: A Low Level of Trust in EU Labour Migration Regulation*, in C.A.F.M Grütters e M.H.A Strik, *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States* (consultabile su <http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/115936>)
34. **M. L. de Margheriti**, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005)
35. **F. de Ponte e R. Zanotti**, Decreto flussi, ecco i dati del flop. Permesso solo a un richiedente su tre (pubblicato il 19/07/2017 e consultabile su <http://www.lastampa.it/>)

36. **F. Dell'Olio**, *Immigration after Nice: From "Zero Immigration" to Market Necessity*, in A. Arnall, D. Wincott (a cura di), *Accountability and Legitimacy in the European Union* (Oxford, Oxford University Press, 2002)
37. **G. Dondi**, *Immigrazione e Lavoro: Riflessioni e Spunti Critici* (Padova, CEDAM, 2001)
38. **E. Ellis**, *The Principle of Non-Discrimination in the Post-Nice Era*, in Arnall A. Wincott D. (a cura di), *Accountability and Legitimacy in the European Union* (Oxford, Oxford University Press, 2002)
39. **E. Favè**, *La normativa italiana antidiscriminatoria applicata al rapporto di lavoro*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
40. **M. Ferraresi**, *Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri professionali*, in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005)
41. **M. Ferrero**, *Il recepimento faticoso del diritto antidiscriminatorio europeo in Italia*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
42. **M. Ferrero e F. Perocco**, *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
43. **M. Ferrero e A. Guariso**, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
44. **K. Fóti (Eurofound)**, *Labour market integration of refugees and asylum seekers: Current status and future needs for research* (Bruxelles, Eurofound's workshop 27 marzo 2017)
45. **B. Friðriksdóttir**, *Negotiations on the Blue Card Directive in the Working Party on Migration and Expulsion*, in C.A.F.M. Grütters e M.H.A Strik, *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States* (consultabile su <http://repository.uibn.ru.nl/handle/2066/115936>)
46. **F. Fubini**, *L'Europa apre: progetti pilota per i migranti in cerca di lavoro* (pubblicato su il Corriere della Sera, 23 settembre 2017)
47. **V. Fusaro**, *Impiego di lavoratori extracomunitari e vigilanza*, in *Diritto e Pratica del lavoro* 38/2017 (Wolters Kluwer Italia, consultabile su <http://www.dottrinalavoro.it>)
48. **S. Giubboni**, *Immigrazione e Politiche dell'Unione Europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa* (*Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 106, 2005 2)
49. **D. Gottardi**, *Il ricongiungimento familiare*, in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005)
50. **A. Guariso**, *L'azione civile contro la discriminazione: un bilancio dei problemi aperti*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)

51. **E. Guild**, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, in C. Costello, M. Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)
52. **M. Hasenau**, *ILO Standards on Migrant Workers: the Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, in *International Migration Review*, 2001 (consultabile su <https://www.jstor.org>)
53. **P. Ichino**, *Relazione sullo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva n. 2014/66/UE sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei dirigenti, lavoratori specializzati, lavoratori in formazione di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari* (Atto del Governo n. 338/2016)
54. **S. Jefferys**, *Sindacati e imprese di fronte alla Race Equality Directive: il variegato panorama europeo*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
55. **B. A. Langille**, *Core Labour Rights. The True Story (Reply to Alston)* (p. 409 *European Journal of International Law*, 2005)
56. **M. Livi Bacci**, *Cronache di due fallimenti: l'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in "il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica" 3/2011.
57. **M. Livi Bacci**, *Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati* (consultabile su <http://www.pietroichino.it> 2011)
58. **G. Ludovico**, *Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti*, WP. ADAPT, n. 14/2017, consultabile su [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it)
59. **M. Magnani**, *Diritto sindacale* (Torino, Giappichelli, 2013)
60. **F. Marinelli**, *Il divieto di discriminazione del lavoratore subordinato: Organizzazione Internazionale del Lavoro versus Unione Europea*, in *Diritto delle Relazioni Industriali* (Milano, Giuffrè, 2017)
61. **F. Maupin**, *Revisitalisation not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights* (p. 439 *European Journal of International Law*, 2005)
62. **M. Mc Britton**, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: D.Lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1 co. 148. L. n. 232/2016*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2017)
63. **M. Mc Britton**, *'Prestazione di fatto e lavoro immigrato'* (2010) *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* II 549
64. **G. Menz**, *Employers and Migrant Legality*, in C. Costello, M. Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)
65. **L. Musselli e C. B. Ceffa**, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale* (Torino, Giappichelli, 2014)
66. **L. Olivetti e P. Bonetti**, *Scheda pratica Asgi sui soggiornanti di lungo periodo* (consultabile presso [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/scheda\\_permesso\\_ce\\_olivetti.18\\_2\\_2012.rev.bonetti.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/scheda_permesso_ce_olivetti.18_2_2012.rev.bonetti.pdf))
67. **S. Olney, R. Cholewinski**, *International Framework for Non-Discrimination and Equality Applicable to Migrant Workers*, in C. Costello, M. Freedland

- (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)
68. **M. Paggi**, *Rinnovo del permesso per lavoro e abrogazione del contratto di soggiorno: non solo formalità*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2014)
  69. **M. Paggi**, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2002)
  70. **V. Papa**, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione* (Milano, Giuffrè Editore, *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 27, 2017 2)
  71. **F. Pastore**, *Zombie policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, in “*il Mulino*, *Rivista bimestrale di cultura e di politica*” 4/2016
  72. **F. Perocco**, *Le discriminazioni razziali nel lavoro: un fenomeno sistematico e multidimensionale*, in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
  73. **D. Perrotta**, *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, cit. 219 (*Meridiana* n. 79/2014, consultabile su <http://www.jstor.org/stable/23728813>)
  74. **B. Pezzini**, *Lo statuto costituzionale del non-cittadino*, *Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, all'interno de (AA.VV.) *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino* (Napoli, Jovene, 2010)
  75. **M. Roccella**, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in "Ragion pratica, *Rivista semestrale*" 2/2010.
  76. **A. Rosafalco**, *Una blue card per gli immigrati highly skilled. Il punto della situazione*, in *Bollettino ADAPT* 29 gennaio 2017 (consultabile su <http://www.bollettinoadapt.it/>)
  77. **A. Rosafalco**, *Corte di giustizia europea: anche i cittadini dei Paesi terzi hanno diritto all'Assegno familiare*, in *Bollettino ADAPT* 26 giugno 2017 (consultabile su <http://www.bollettinoadapt.it/>)
  78. **S. Rossi**, *I concetti: il rifugiato, la protezione internazionale, sussidiaria e umanitaria*, slide consultabili presso <http://www.camminidisalute.org/wp-content/uploads/2015/09/IL-RIFUGIATO-LA-PROTEZIONE-INTERNAZIONALE-SUSSIDIARIA-UMANITARIA-CONCETTI.-S.-Rossi.pdf>)
  79. **M. Ruhs**, *Immigration and Labour Market Protectionism*, in Cathryn Costello, Mark Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)
  80. **F. Santini**, *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005)
  81. **F. Santini**, *L'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato*, in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005)
  82. **S. Sciarra, W. Chiaromonte**, *Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion in Italy*, in Cathryn Costello, Mark

- Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)
83. **T. Strik e C. Grütters**, *Introduction*, in C.A.F.M. Grütters, e M.H.A. Strik, *The Blue Card Directive. Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States* (consultabile su <http://repository.uhn.ru.nl/handle/2066/115936>)
84. **A. Stuppini**, *Il contributo finanziario dei lavoratori immigrati: un bilancio in rosso per chi?* in M. Ferrero e F. Perocco (a cura di) *Razzismo al lavoro* (Milano, FrancoAngeli Editore, 2010)
85. **M. Tiraboschi**, *Extracomunitari e lavoro "atipico"*, in DRI n. 4 /2001 (Milano, Giuffrè)
86. **L. Trucco, M. Paggi, F. Nicodemi**, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti* (consultabile su [www.sprar.it/pubblicazioni](http://www.sprar.it/pubblicazioni))
87. **A. Tursi**, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa* (WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 14/2004)
88. **T. Vettor**, *I diritti sociali dei lavoratori stranieri: le innovazioni della legge n. 189/2002*, in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione* (Torino, Giappichelli, 2005)
89. **A. Viscomi**, *Giuslavoristi ed immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile*, in *Lavoro e Diritto* (Bologna, Il Mulino, 1992)

## RINGRAZIAMENTI

È arrivato il momento di chiudere il mio lavoro. Di apporre l'ultimo punto fermo di queste circa ottantamila parole ("ottantamila" è a sua volta una parola bellissima: oh!TanteMila parole!).

L'avventura della presente tesi di laurea non sarebbe stata possibile senza la pazienza e la curiosità intellettuale della Professoressa Mariella Magnani.

Ringrazio inoltre il dottor G. B. Panizza, per i suggerimenti e la disponibilità.

Pur non conoscendolo personalmente, voglio ringraziare il prof. W. Chiaromonte per i suoi fondamentali scritti.

Ringrazio sentitamente Adapt e in particolare Paolo Tomassetti

Mi piacerebbe, anche, dedicare un pensiero affettuoso a tanti: al gruppo musicale "Ellepi", ai ragazzi di "Valtexas", a Maria "Mimi" Andres, a Stefano Ponti, a Martina Gatti, ad A. Berti. Alla signora Liliana e a Francesco Giambelluca. E poi, ancora, un pensiero affettuoso agli amici "della bicicletta", ai compagni di Libera.

A Casa Macondo, dove sono diventato più uomo, e alle persone che sono Casa Macondo.

Alla fine di tutto, però, non posso che rivolgere un grande Grazie alle persone più importanti di tutte: i membri della mia famiglia, che mi hanno permesso di studiare.

A mia mamma Dora. A mio papà Francesco. A mio fratello Luca. Ai miei zii Fabio e Silvia.

Ad Maiora!