

Politiche migratorie e diritto del lavoro

di

Andrea Rosafalco

ADAPT

LABOUR STUDIES

e-Book series

n. 74

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

DIREZIONE

Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

Lilli Casano

Pietro Manzella (*revisore linguistico*)

Emmanuele Massagli

Francesco Nespoli

Flavia Pasquini

Pierluigi Rausei

Francesco Seghezzi (*direttore ADAPT University Press*)

Silvia Spattini

Paolo Tomassetti

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Laura Magni (*coordinatore di redazione*)

Maddalena Magni

Lavinia Serrani



@ADAPT_Press @adaptland @bollettinoADAPT

Politiche migratorie e diritto del lavoro

di

Andrea Rosafalco

ISBN 978-88-98652-99-0

© 2018 ADAPT University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT

Registrazione n. 1609, 11 novembre 2001, Tribunale di Modena

INDICE

Introduzione. L'interazione fra diritto del lavoro, diritto dell'immigrazione e fatto delle migrazioni.....1

Capitolo I. Le migrazioni economiche. Ordinamento internazionale e diritto europeo dei trattati9

1. Ordinamento internazionale e migrazioni economiche..... 9
 - 1.1. Migrazioni economiche nel mondo globalizzato 9
 - 1.2. Governo sovranazionale delle migrazioni economiche. L'ONU.. 11
 - 1.3. Governo sovranazionale delle migrazioni economiche. L'ILO 14
 - 1.4. Migrazioni economiche e *core labour standards*..... 18
 - 1.5. Governo sovranazionale delle migrazioni economiche. Il Consiglio d'Europa..... 20
2. Unione europea (diritto dei trattati) e migrazioni economiche..... 21
 - 2.1. Amsterdam. La “comunitarizzazione” delle politiche migratorie. 21
 - 2.2. Lisbona. La “unionizzazione” delle politiche migratorie..... 24
 - 2.3. Lisbona. I diritti dei lavoratori migranti..... 27
 - 2.4. Lisbona più Nizza. La parità di trattamento nell'Unione per i lavoratori migranti 30

Capitolo II. L'accesso del migrante come lavoratore subordinato nel mercato del lavoro italiano 34

1. Il livello generale di regolazione..... 34
 - 1.1. Ingresso del lavoratore migrante. Le norme della Costituzione.... 35

1.2.	Ingresso del lavoratore migrante. La disciplina di legge	41
1.2.1.	<i>Il documento programmatico triennale</i>	<i>43</i>
1.2.2.	<i>Il decreto flussi.....</i>	<i>46</i>
1.2.3.	<i>Il decreto flussi: una critica “radicale”</i>	<i>57</i>
2.	La procedura dedicata al singolo migrante.....	60
2.1.	Una procedura a “struttura binaria”	60
2.2.	Lo sportello unico per l’immigrazione.....	61
2.3.	Il nulla osta al lavoro per il lavoratore subordinato migrante	62
2.3.1.	<i>Assumere il lavoratore migrante risiedente all’estero.....</i>	<i>63</i>
2.3.2.	<i>L’abrogazione dell’istituto c.d. dello “sponsor”</i>	<i>68</i>
2.3.3.	<i>Le condizioni per l’ottenimento del nulla osta. La prova della necessità economica.....</i>	<i>70</i>
2.3.4.	<i>Le condizioni per l’ottenimento del nulla osta. La sistemazione alloggiativa per il lavoratore subordinato migrante</i>	<i>75</i>
2.3.5.	<i>Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato.....</i>	<i>77</i>
2.3.6.	<i>Le condizioni per l’ottenimento del nulla osta. L’impegno a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro.....</i>	<i>92</i>
2.3.7.	<i>Le condizioni per l’ottenimento del nulla osta. Il rispetto delle prescrizioni del contratto collettivo applicabile alla fattispecie.....</i>	<i>94</i>
2.4.	Il diniego del nulla osta.....	97
2.5.	L’ingresso in Italia del lavoratore subordinato migrante	99
2.6.	Lavoro e regolare permanenza in Italia	103
2.6.1.	<i>La problematica delle differenti durate massime dei permessi unici di lavoro e soggiorno</i>	<i>105</i>
2.6.2.	<i>Il connubio lavoro/regolare permanenza.....</i>	<i>107</i>
2.6.3.	<i>Considerazioni ulteriori circa il connubio lavoro/permanenza regolare</i>	

111

Capitolo III. Le discipline “speciali” dell’ingresso114

1.	I lavoratori migranti altamente qualificati.....	114
1.1.	La direttiva 2009/50/CE	117
1.2.	La direttiva 2009/50/CE come “mancata conquista”	119

1.3.	La “Carta blu” dell’Unione	121
1.3.1.	<i>Il rilascio della Carta blu dell’Unione</i>	121
1.3.2.	<i>La condizione giuridica del titolare della Carta blu dell’Unione ...</i>	123
1.4.	L’Unione europea attrattiva verso i lavoratori migranti altamente qualificati e la questione problematica del “ <i>brain drain</i> ”	125
1.5.	La trasposizione italiana della direttiva 2009/50/CE.....	129
1.5.1.	<i>Il rinvio, per quanto non diversamente disposto, all’art. 22 TU....</i>	132
1.5.2.	<i>Le ipotesi di diniego o revoca del nulla osta.....</i>	134
1.5.3.	<i>La concessione della Carta blu da parte della Questura.....</i>	135
1.5.4.	<i>Un trattamento uguale a quello riservato a italiani e cittadini europei</i> <i>136</i>	
1.5.5.	<i>La revoca della Carta blu.....</i>	137
1.5.6.	<i>La mobilità del titolare di Carta blu fra Italia e altro Stato membro</i> <i>138</i>	
1.5.7.	<i>L’acquisizione dello status di lungo-soggiornante CE per il titolare della Carta blu</i>	141
1.6.	Considerazioni finali e prospettive future	142
2.	Quadro sintetico della disciplina dedicata ai lavoratori migranti <i>ex artt.</i> <i>27 ss. TU</i>	144
2.1.	Introduzione.....	144
2.2.	Al di fuori del sistema delle quote	145
2.3.	Il lavoro in casi particolari.....	146
2.4.	Ingresso e soggiorno per ricerca scientifica	151
2.5.	I lavoratori “ICT”.....	154
2.5.1.	<i>Il favore legislativo verso i lavoratori ICT.....</i>	155
2.5.2.	<i>Il campo di applicazione.....</i>	156
2.5.3.	<i>Il carattere temporaneo del trasferimento.....</i>	160
2.5.4.	<i>La procedura di ingresso. Il nulla osta</i>	161
2.5.5.	<i>Il diniego o la revoca del nulla osta</i>	164
2.5.6.	<i>Il permesso di soggiorno “ICT”.....</i>	165
2.5.7.	<i>La procedura d’ingresso. Il protocollo d’intesa.....</i>	166

2.6. Parità di trattamento e mobilità intra-europea per i lavoratori ICT	167
3. I lavoratori migranti stagionali	170
3.1. Uno snodo fondamentale.....	170
3.1.1. <i>Lavoratori low-skilled in un mercato demand-driven</i>	171
3.2. Perché “segregazione nella segregazione”	174
3.3. Migranti stagionali e mercato del lavoro.....	177
3.3.1. <i>Migranti stagionali e mercato del lavoro. Gli intermediari</i>	178
3.4. La direttiva 2014/36/UE.....	180
3.5. Il modello germanico del “ <i>Gastarbeiter</i> ”	182
3.6. La disciplina in tema di ingresso e soggiorno del migrante stagionale.....	186
3.6.1. <i>Il favore verso la ricorsività della migrazione</i>	186
3.6.2. <i>Artt. 24 e 22 TU</i>	191
3.6.3. <i>Il rilascio del nulla osta per lavoro stagionale</i>	193
3.6.4. <i>La questione dell'alloggio</i>	193
3.6.5. <i>Semplificazioni procedurali. Nulla osta cumulativo e silenzio-assenso</i>	194
3.6.6. <i>Il limite di durata massima del nulla osta per lavoro stagionale</i>	195
3.6.7. <i>Diniego e revoca del nulla osta</i>	196
3.6.8. <i>Revoca del permesso di soggiorno e indennità per il lavoratore</i>	198
3.7. Commi 16 e 17 e considerazioni finali.....	199

Capitolo IV. Irregolarità, sfruttamento lavorativo del lavoratore migrante e tecnica della sanatoria

1. La rilevanza del tema dell'irregolarità.....	203
2. I “perché” della domanda di lavoro sommerso	204
3. Una vasta offerta di lavoro sommerso.....	205
4. Il “calcolo delle convenienze relative”	205
5. La direttiva 2009/52/CE	206

5.1. L'attribuzione di diritti (materiali e processuali) ai lavoratori stranieri.....	208
5.1.1. <i>L'attuazione italiana</i>	209
5.1.2. <i>La situazione ante 2012</i>	211
5.2. Il sistema delle sanzioni nei confronti del datore di lavoro.....	222
5.2.1. <i>La sanzione penale</i>	223
5.2.2. <i>Il rimprovero tributario-amministrativo</i>	228
5.2.3. <i>Un focus sulla presunzione relativa ex art. 3, d.lgs. n. 109/2012</i> 231	
5.3. Una "contraddizione di fondo"	233
5.3.1. <i>Un titolo autorizzativo del soggiorno per il migrante vittima di grave sfruttamento lavorativo</i>	234
5.3.2. <i>L'art. 22, comma 12-quater, TU</i>	235
5.4. Le attività di controllo	241
6. La "disposizione transitoria" ex art. 5, d.lgs. n. 109/2012.....	243
6.1. Lo strumento della sanatoria	244
6.2.1. <i>La regolarizzazione del 2012. La legittimazione attribuita al datore di lavoro</i>	245
6.2.2. <i>La regolarizzazione del 2012. Le condizioni stabilite dal legislatore</i> 246	
6.2.3. <i>Il carattere controproducente degli interventi di sanatoria</i>	249
Considerazioni finali	251
Bibliografia.....	267

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*)¹ 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 scientifico² (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 fortissimamente interpellato dalla complessità del fenomeno migratorio. Da una parte, infatti, «le scelte individuali o le reti sociali sottese al fenomeno

¹ "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".

² G. DONDI, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Cedam, 2001, 18.

migratorio sono soprattutto attratte dalla domanda di lavoro (anche autonomo) dei paesi sviluppati prescelti»³; dall'altra i caratteri personali del lavoratore extra-comunitario (soggetto "altro" per eccellenza, portatore di diversità irriducibili, come l'etnia, la razza, la religione, lo stesso status di migrante, ecc.) richiamano la crescente importanza della tutela antidiscriminatoria 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 sociale⁴.

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 recente⁵, 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"»⁶.

³ Ivi, 7.

⁴ S. OLNEY, R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014, 281.

⁵ M. FREEDLAND, C. COSTELLO, *Migrants at Work and the Division of Labour Law*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *op. cit.*, 5.

⁶ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2013, 4. Lo studioso, commentando il non sempre forte interesse della dottrina per l'impatto del fe-

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 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 settoriale⁷. 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 lavoro⁸.

Se la posizione dei lavoratori cittadini di Paesi terzi diviene più precaria, per ragioni di competizione al ribasso può pure aumen-

nomeno 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».

⁷ G. MENZ, *Employers and Migrant Legality: Liberalization of Service Provision, Transnational Posting, and the Bifurcation of the European Labour Market*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *op. cit.*, 61.

⁸ B. ANDERSON, *Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers*, in *Work, Employment and Society*, 2010, vol. 24, n. 2, 307.

tare 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 manodopera⁹. 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 provenienza¹⁰), 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 pubblicistico¹¹. 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.

⁹ AA.VV., [National Report, United Kingdom](#), 2017, realizzato nell'ambito del progetto [Bargaining for Productivity](#).

¹⁰ M. RUHS, *Immigration and Labour Market Protectionism: Protecting Local Workers' Preferential Access to the National Labour Market*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *op. cit.*, 61.

¹¹ Fra gli altri, M.L. DE MARGHERITI, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005, 200.

Nell'ambito lavorativo e della sicurezza sociale, la stessa condizione di lavoratore straniero può dare luogo a tensioni sul versante della tutela antidiscriminatoria. 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'art. 35, primo comma, della nostra Costituzione, che tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni; lo ribadisce l'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

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"¹². 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

¹² M. FREEDLAND, C. COSTELLO, *op. cit.*, 9.

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 lavoro¹³, 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 l. n. 189/2002 (c.d. Bossi-Fini) ai “pacchetti sicurezza” di fine anni Duemila, 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 facendo ritorno¹⁴). L'Italia è divenuta meta di flussi migratori negli anni Sessanta e Settanta¹⁵, ma è soprattutto agli inizi degli anni No-

¹³ S. SCIARRA, W. CHIAROMONTE, *Migration Status in Labour and Social Security Law: Between Inclusion and Exclusion in Italy*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *op. cit.*, 123.

¹⁴ La 27^a edizione del *Dossier Statistico Immigrazione*, realizzato dal Centro Studi e Ricerche IDOS e presentato a Roma l'8 novembre 2017, stima che 285mila italiani hanno 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%.

¹⁵ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 6.

vanta¹⁶ (con l'Europa scenario di epocali mutamenti geo-politici) 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: dei 5,026 milioni di persone straniere residenti in Italia, 1,4 milioni di unità sono arrivati proprio negli ultimi anni¹⁷. 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»¹⁸.

Si auspica una rinnovata attenzione al ruolo che il diritto del lavoro può assumere nella gestione del fenomeno migratorio. Da

¹⁶ 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* al porto di Bari, 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.

¹⁷ I dati cui facciamo riferimento sono contenuti in DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura di), *Settimo rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 2017.

¹⁸ V. PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *DRI*, 2017, n. 2, 364.

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

¹⁹ A. ROSAFALCO, *Corte di giustizia europea: anche i cittadini dei Paesi terzi hanno diritto all'Assegno familiare*, in *Boll. ADAPT*, 2017, n. 24, 3.

Capitolo I.
**Le migrazioni economiche.
Ordinamento internazionale
e diritto europeo dei trattati**

1. Ordinamento internazionale e migrazioni economiche

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”¹: se a ogni persona è assicurato di poter lasciare il proprio Paese, contestualmente non le è riconosciuto il generale diritto a entrare in un altro² (un'affermazione

¹ M. FREEDLAND, C. COSTELLO, *Migrants at Work and the Division of Labour Law*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014, 1.

² La Dichiarazione universale dei diritti umani, 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».

che va temperata soltanto per il caso del destinatario di protezione internazionale)³.

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 globalizzazione⁴, e perciò siano questione problematica da affrontare a livello sovranazionale.

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 più⁵. Le migrazioni per motivi economici sono favorite, d'altra parte, proprio dalla interconnessione fra Paesi pure

³ A proposito, sarà dedicata apposita trattazione *infra*.

⁴ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2013, 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 AA., tuttavia, che non condividono tale narrazione "neutra" della globalizzazione. Essa non consisterebbe in un processo, per così dire, "necessitato", dovuto a trasformazioni reali "inevitabili". L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007, 37, per esempio, 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».

⁵ B. ANDERSON, *Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers*, in *Work, Employment and Society*, 2010, vol. 24, n. 2, 305.

spazialmente lontani, interconnessione dipendente in buona misura dai continui avanzamenti della tecnica in fatto di trasferimenti (di persone, di denaro, di informazioni).

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 International Labour Organization (ILO) 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 equi-ordinato. In ragione di un accordo risalente al 1947, entro il quale ONU e ILO si mostrarono consapevoli che la migrazione internazionale avrebbe rappresentato una delle cifre essenziali del riassetto conseguente alla seconda guerra mondiale⁶, «la competenza ad occuparsi dei diritti e della condizione degli immigrati spettava all'OIL, in quanto lavoratori, ed all'ONU, in quanto stranieri»⁷.

Soltanto con il tempo è prevalsa una linea politica favorevole a un'attribuzione di competenza unica e all'ONU è stata riconosciuta centralità⁸. Nel 1990, dopo almeno dieci anni di lavori pre-

⁶ M. HASENAU, *ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, in *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, 692.

⁷ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 13.

⁸ 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

paratori caratterizzati da tentativi e difficili mediazioni⁹ (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* (ICRMW)¹⁰. 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 umana¹¹ dello straniero. Secondo gli estensori della Con-

in seno all'ILO, è illuminante la lettura dell'articolo di R. BÖHNING, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, in *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, 700. 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'ILO inoltre sarebbe "simbolo" di sindacati autonomi nei confronti dei Governi (il che mal si concilierebbe con le tradizioni sindacali di molti Paesi africani).

⁹ 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).

¹⁰ L'adozione è avvenuta con la risoluzione 18 dicembre 1990, n. 45/158. L'Italia non è parte della Convenzione.

¹¹ Nel preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani 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 «la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana». L'operare dei diritti dell'uomo nei confronti di *tutti* i migranti

venzione, difatti, in primo luogo esiste la persona, che va garantita con attenzione speciale quando si trovi in una posizione di vulnerabilità¹². Quando si trovi in posizione di regolarità, ne potrà essere accresciuta la posizione giuridica attraverso il conferimento di ulteriori diritti. Nella ICRMW, al migrante regolare è riconosciuto il diritto di partecipare all'amministrazione della "cosa pubblica", come pure il diritto all'elettorato attivo e passivo¹³.

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 diritto internazionale volto a garantire almeno uno zoccolo duro di tutele per il lavoratore immigrato indipendentemente dalla regolarità della sua posizione»¹⁴.

è stato inoltre autorevolmente affermato dalla Inter-American Court of Human Rights, all'interno della nota Advisory Opinion OC-18/13, [*Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*](#), del 17 settembre 2003.

¹² Sia citato, quale intervento autorevole sul tema, il [discorso tenuto da François Crépeau il 21 ottobre 2011](#), nel corso della 66^a sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite: «human rights are for "everyone", irrespective of immigration status. This includes the equal enjoyment of rights and the prohibition of discrimination on the basis of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, including nationality» (punto 2). 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 ICRMW.

¹³ Art. 41 ICRMW.

¹⁴ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 16. L'A. ricorda inoltre come l'art. 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.

1.3. Governo sovranazionale delle migrazioni economiche. L'ILO

Nonostante la 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'ILO fin dalla propria fondazione¹⁵.

In prima battuta, occorre osservare che tutte le convenzioni e le raccomandazioni ILO si applicano, quando non diversamente stabilito, ai lavoratori migranti¹⁶. 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 leggi¹⁷.

Il primo *labour standard* internazionale pensato specificamente per i lavoratori migranti risale al 1919¹⁸. 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

¹⁵ Il preambolo della originaria Costituzione dell'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.

¹⁶ S. OLNEY, R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *op. cit.*, 265. Gli AA. ricordano che annualmente viene operato un controllo circa l'osservanza del diritto ILO, 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.

¹⁷ S. OLNEY, R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, 265.

¹⁸ Si allude alla raccomandazione ILO R002 (*Reciprocity of Treatment Recommendation*), emanata in occasione della Conferenza di Washington del 1919.

dopo, nel 1949, che l'ILO prova a confezionare un grande documento normativo volto a coordinare a livello sovranazionale le politiche migratorie degli Stati. Durante la 32^a Conferenza internazionale sul lavoro, vede infatti la luce la convenzione C097, *Migration for Employment Convention (Revised)*, accompagnata dalla raccomandazione R086, *Migration for Employment Recommendation (Revised)*. La convenzione contiene un set coerente di regole circa il governo del fenomeno migratorio e circa l'eguale trattamento da assicurarsi ai lavoratori migranti¹⁹. 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 lavoro²⁰; prevede inoltre il superamento della c.d. clauso-

¹⁹ M. HASENAU, *op. cit.*, 692.

²⁰ Art. 6 della convenzione ILO C097 del 1949 (*Migration for Employment Convention*): «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 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 persons; [...] 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 in 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 Camerun 2013 (richiesta diretta)).

la di reciprocità. Il successo della convenzione C097, 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 successivo²¹.

Trascorrono trent'anni prima che l'ILO compia un altro grande intervento normativo (l'ultimo) in tema di lavoratori migranti. Negli anni Settanta²² 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'ILO adotta due risoluzioni, nel 1971 e nel 1972²³, nelle quali dichiara la necessità di una revisione delle regole in tema di lavoratori migranti. Nel 1975 è adottata la convenzione C143, *Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention*, accompagnata dalla raccomandazione R151 del medesimo

²¹ M. HASENAU, *op. cit.*, 693.

²² Si faccia soltanto cenno alla celebre crisi energetico-petrolifera del 1973, 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 1950-1960.

²³ 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).

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 vanno loro almeno riconosciuti determinati diritti inerenti al lavoro "irregolare" che abbiano prestato²⁴. La convenzione C143 contiene una parte II fortemente innovativa, dedicata al principio della parità di trattamento (*Equality of Opportunity and Treatment*). Il principio, innanzitutto, è formulato in modo tale che sia applicabile anche ai rapporti inter-privati; 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 adottare politiche volte a promuovere e garantire l'effettività del principio»²⁵ ²⁶. Eppure, nonostante la forte carica innovativa delle previsioni in esame, la convenzione C143 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 l. n. 158/1981).

²⁴ S. OLNEY, R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, 262.

²⁵ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 20.

²⁶ È molto significativo l'art. 8, § 2, 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».

1.4. Migrazioni economiche e *core labour standards*

S'è accennato *supra* che, quando non diversamente stabilito, convenzioni e raccomandazioni ILO 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 applicabili ai lavoratori migranti. Si tratta di quattro categorie di principi e diritti fondamentali²⁷, la cui attuazione è ritenuta dall'ILO 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 ILO²⁸, ma essi debbono essere rispettati, promossi e realizzati a prescindere dall'avvenuta ratifica da parte dello Stato di queste convenzioni: lo afferma la Dichiarazione ILO 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'ILO. Nonostante i *core labour standards* siano al centro di un vi-

²⁷ 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.

²⁸ Le Convenzioni in questione sono: la *Forced Labour Convention* del 1930, C029 (nonché il relativo protocollo adottato nel giugno del 2014); la *Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention* del 1948, C087; la *Right to Organize and Collective Bargaining Convention* del 1949, C098; la *Equal Remuneration Convention* del 1951, C100; la *Abolition of Forced Labour Convention* del 1957, C105; la *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* del 1958, C111; la *Minimum Age Convention* del 1973, C138; la *Worst Forms of Child Labour Convention* del 1999, C182.

vace dibattito dottrinale²⁹, si ritiene che possano dare un apporto positivo per il miglioramento della condizione dei lavoratori migranti³⁰.

²⁹ Sia citato un confronto avvenuto sulle pagine dello *European Journal of International Law* nel quale si sono contrapposte le posizioni del professor Philip Alston con quelle degli accademici Brian Langille e Francis Maupain. Secondo P. ALSTON, *'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, [ivi](#), 2004, vol. 15, n. 3, 467, 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’ILO si accontenterebbe di un “promozionalismo” soft e di scarsa efficacia. La visione di B.A. LANGILLE, *Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)*, [ivi](#), 2005, vol. 16, n. 3, 409, 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. F. MAUPAIN, *Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers’ Rights*, [ivi](#), 439, 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 compiuto dei tangibili passi in avanti nella tutela dei diritti essenziali dei lavoratori. Circa il problema della scarsa capacità dell’ILO di assicurare l’effettività dei diritti che l’Organizzazione stessa riconosce, Maupain 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 questo tema.

³⁰ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 21.

1.5. Governo sovranazionale delle migrazioni economiche. Il Consiglio d'Europa

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. Nel 1977 è realizzata 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 settori³¹. Se nella Carta sociale europea³² 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 europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)³³. Fra le altre, è certamente di grande importanza l'art. 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

³¹ 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.

³² 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.

³³ La CEDU è stata firmata a Roma nel 1950, entrando in vigore nel 1953.

estesi i diritti e le libertà fondamentali sanciti nella CEDU (e protocolli aggiuntivi).

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: *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.

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 Amsterdam³⁴ del 1997. Nel Trattato, infatti, le materie dei visti, dell'asilo e dell'immigrazione tendono ad abbandonare l'ambito del “terzo pilastro”³⁵ confluendo all'interno del “primo” sia pure

³⁴ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre del 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio del 1999.

³⁵ 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 (TUE), il quale è stato considerato tappa relevantissima nello sviluppo del cammino di integrazione. Come si legge nell'introduzione dell'opera di R. ADAM, A. TIZZANO, *Li-*

«con importanti deviazioni rispetto al metodo comunitario “puro”»³⁶; inoltre, è parzialmente “comunitarizzato” il sistema di Schengen³⁷.

Tale “cambio di passo” avvenuto con Amsterdam è consentito da un’intuizione fondamentale, ossia procedere secondo la via c.d. della «comunitarizzazione flessibile»³⁸: tempi, modi e soggetti delle decisioni – su materie di nuova o aumentata competenza comunitaria – sono definiti in modo peculiare, a seconda del di-

neamenti di diritto dell’Unione europea, Giappichelli, 2010, 4, «Il processo di integrazione europea viene così ad identificarsi, a partire da Maastricht, con questo nuovo edificio, l’Unione europea, che si regge [...] su tre “pilastri”: il primo pilastro o pilastro comunitario, composto dalle Comunità europee, il secondo pilastro, costituito dalla PESC [politica estera e sicurezza comune], ed il terzo pilastro, 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.

³⁶ W. CHIAROMONTE, *op. 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*, in A. ARNULL, D. WINCOTT (a cura di), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002, 476).

³⁷ 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.

³⁸ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 41.

verso grado di resistenza degli Stati membri a convergere verso posizioni comuni.

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 1973) l'approccio "europeo" è riassumibile nell'obiettivo "immigrazione zero"³⁹, negli anni Novanta diventa chiara la necessità di porre in essere una strategia di maggiore apertura⁴⁰. Non a caso, in dottrina si riconosce che le innovazioni di Amsterdam sono state accompagnate da una nuova concezione "utilitaristica" delle migrazioni⁴¹: esse cominciano a essere pensate non tanto come fenomeno da contrastarsi *in toto*, quanto invece come trasformazione da gover-

³⁹ F. DELL'OLIO, *op. cit.*, 477. L'A. individua, fra gli altri, tre argomenti spesso richiamati per giustificare l'approccio "immigrazione zero". 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.

⁴⁰ 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).

⁴¹ Si richiamino, fra le altre, le posizioni espresse da Chiaromonte, Sciarra e Dell'Olio.

nare, 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”⁴², 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 cambiamento⁴³, “a valle” perché la nuova visione richiede in conseguenza una coerente modifica dei Trattati.

2.2. Lisbona. La “unionizzazione” delle politiche migratorie

Il percorso evolutivo delle norme europee fondamentali ovviamente non si è arrestato con Amsterdam: è continuato con la firma del Trattato di Lisbona⁴⁴.

Con Lisbona si realizza la “unionizzazione” delle politiche migratorie⁴⁵, perché è alla competenza concorrente⁴⁶ dell’Unione che

⁴² F. DELL’OLIO, *op. cit.*, 478.

⁴³ 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 *maggior coerenza* alle politiche interne ed *esterne* dell’Unione.

⁴⁴ 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).

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 con la 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 giustizia⁴⁷.

Eppure, comunque, si può ancora affermare che «i complessi equilibri tra centro e periferia in materia di immigrazione rimangono saldamente ispirati alla lesione minima della sovranità nazionale»⁴⁸. 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

⁴⁵ 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, 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*, in *RGL*, 2011, n. 4, I, 874).

⁴⁶ Art. 4, § 2, TFUE: «L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: [...] spazio di libertà, sicurezza e giustizia». La competenza di natura concorrente deve essere esercitata dall'Unione nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà.

⁴⁷ L. CALAFÀ, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, in *LD*, 2011, n. 3, 531. La studiosa, a sua volta, cita uno scritto del professor Mario Savino.

⁴⁸ Ivi, 532. È dello stesso tenore il pensiero espresso da M. LIVI BACCI, *Cronache di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in *Il Mulino*, 2011, n. 3, 432, che scrive: s'è mostrata «l'incapacità dei Paesi membri a cedere frazioni, anche minime, della propria sovranità in materia di politiche migratorie».

nonostante la “unionizzazione” di Lisbona (i meccanismi di decisione sono quelli normalmente previsti in relazione alle materie di competenza concorrente UE) – rimane non “europea”. Se infatti all’art. 67, § 2, TFUE si parla (utilizzando espressioni particolarmente incisive) di “politica comune” in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne⁴⁹ e se all’art. 79 TFUE si prospetta per di più lo sviluppo di una politica migratoria europea⁵⁰, occorre tuttavia sottolineare che la determinazione del numero degli ingressi è ancora oggetto di una riserva assoluta di competenza statale⁵¹.

Le regole, poi, sulla cittadinanza (unico criterio esistente ai fini della *membership* transnazionale europea)⁵² rimangono anch’esse solamente nazionali, senza contare che sulla base dell’art. 72

⁴⁹ 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.

⁵⁰ L’art. 79, §§ 1 e 2, TFUE recita: «1. 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. 2. 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».

⁵¹ Art. 79, § 5, TFUE: «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».

⁵² L. CALAFÀ, *op. cit.*, 541, a sua volta cita Stefano Giubboni. In tema di cittadinanza il Trattato sul funzionamento dell’Unione, all’art. 20, § 1, afferma: «È istituita una cittadinanza dell’Unione. È cittadino dell’Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro».

TFUE⁵³, 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 membri di una parte decisiva di regolazione del fenomeno»⁵⁴. 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 differenti⁵⁵.

2.3. Lisbona. I diritti dei lavoratori migranti

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

⁵³ «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».

⁵⁴ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 72. Questo sbilanciamento di potere (effettivo) in capo agli Stati potrebbe essere ulteriormente confermato dalle parole di L. CALAFÀ, *op. cit.*, 530, che, analizzando il Titolo V TFUE, scrive: «A completamento del quadro istituzionale europeo, occorre considerare che anche un solo Stato dell'Unione può azionare il c.d. *freno di emergenza*, bloccando quei progetti di direttiva che possano incidere su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale (artt. 82 e 83, comma 3)».

⁵⁵ E. GUILD, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *op. cit.*, 99.

in Europa. A tal proposito, occorre analizzare e porre a confronto due disposizioni normative-chiave: l'art. 79, § 4, e l'art. 153 TFUE (con il secondo dei due articoli che non afferisce al Titolo V, bensì al Titolo X del Trattato, *Politica sociale*).

L'art. 79 TFUE al § 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 che essa segna, nella sostanza, il riconoscimento alle istituzioni europee di una competenza “declassata” (secondo l'espressione proposta da Mario Savino, esperto in diritto amministrativo europeo).

L'art. 153 TFUE, il quale al § 1 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» (lett. g), al § 2, 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'art. 153 insieme alla competenza “declassata” di cui all'art. 79, § 4, ci consegnino un vero e proprio «paradosso regolativo»: 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»⁵⁶ oltre che definire un *framework* condiviso in tema di integrazione sociale.

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 mobilità⁵⁷ o abbiano posto in luce un approccio settoriale⁵⁸ che è conseguenza della svolta in senso “utilitaristico” dell'atteggiamento europeo verso i migranti.

⁵⁶ 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*, ESI, 2012, 98.

⁵⁷ Direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva *retour* o rimpatri) e direttiva 2009/52/CE (c.d. direttiva sanzioni).

⁵⁸ Si pensi, a titolo di esempio, alla direttiva 2009/50/CE sui lavoratori altamente qualificati o alla direttiva 2014/36/UE sui lavoratori stagionali. William Chiaromonte (come pure la studiosa Daniela Gottardi) ha in proposito affermato che «The EU is becoming inclusive only due to convenience (entries for study and research purposes and highly qualified jobs) or necessity (asylum, family reunification)» (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, 2015, n. 122, 37).

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 possieda questa *membership*⁵⁹), allo stesso tempo non solo l'art. 19 TFUE legittima la nascita di un diritto antidiscriminatorio dell'Unione, ma soprattutto l'art. 6 TUE⁶⁰ 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.

All'art. 15, § 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»;

⁵⁹ Si ripropone un passaggio dello scritto di L. CALAFÀ, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, cit., 541, quando l'A. cita a sua volta Stefano Giubboni.

⁶⁰ In virtù dell'art. 6 TUE, le disposizioni contenute nella Carta di Nizza hanno lo stesso valore giuridico dei Trattati. Quando poi si ragiona 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'art. 21, § 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 negli artt. 45 e 34, § 2, della Carta quelle suscettibili di accendere maggiore interesse. La seconda di queste concerne «il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale ed ai servizi sociali», diritto da riconoscersi «ad ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione»: si ha così che i diritti sociali sono riconosciuti come «diritti fondamentali dell'ordinamento europeo»⁶¹. L'ampiezza di significato dell'art. 34, § 2, è spiegata con acutezza da Severino Nappi: «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, di fruizione e di 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»⁶².

Quando perciò l'art. 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

⁶¹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 70.

⁶² La posizione di Nappi è citata nell'opera di W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 70.

almeno parzialmente la sua fisionomia, fino al raggiungimento, con il Trattato di Lisbona, di un buon livello di bilanciamento fra l'originaria razionalità economica ed i diritti dei cittadini lavoratori, ma anche dei lavoratori come persone», dei loro familiari, di chi lavoratore non è ancora e di chi non lo è più⁶³. 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 correlati 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 giustizia⁶⁴.

L'altra disposizione di grande importanza cui s'è fatto cenno è l'art. 45, § 2, della Carta⁶⁵, dove si ha il conferimento della libertà di circolazione ai cittadini dei Paesi terzi regolarmente presenti nell'Unione. Eppure, come sottolineato in dottrina (anche sulla base della lettura in combinato disposto dell'art. 45, § 2, con l'art. 15, § 3, della Carta⁶⁶) la libertà di circolazione in parola non è “assoluta”, ma assume i contorni della libertà “autorizzata” («La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata»)⁶⁷. Il suo conferimento, comunque, rappresenta concettualmente uno sno-

⁶³ W. CHIAROMONTE, *Mobilità intraeuropea e sicurezza sociale*, in L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, M. PERUZZI (a cura di), *op. cit.*, 126.

⁶⁴ 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 *DLRI*, 2008, n. 117, 120.

⁶⁵ L'art. 45, § 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».

⁶⁶ Il contenuto di questo articolo è stato illustrato sinteticamente *supra*.

⁶⁷ L. CALAFÀ, *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, *cit.*, 538.

do 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”⁶⁸, 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»⁶⁹. 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 economici, conferma l’idea di una “fortezza Europa”⁷⁰ dove l’approccio al tema immigrazione è rimesso alla discrezionalità politica dei singoli Stati.

⁶⁸ S. BENHABIB, *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, Il Mulino, 2008, 18.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Ivi, 537.

Capitolo II.
**L'accesso del migrante
come lavoratore subordinato
nel mercato del lavoro italiano**

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)¹.

Bisogna quindi che una distinzione chiarificatrice sia tracciata² a seconda che il cittadino di Paese terzo abbia già, o meno, effet-

¹ Fra gli altri, B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, 2010. Si consenta il riferimento, quale strumento di grande utilità per lo studioso, alla banca dati *open access* curata dall'ASGI, <https://www.asgi.it/giurisprudenza/>.

² S. SCIARRA, W. CHIAROMONTE, *Migration Status in Labour and Social Security Law: Between Inclusion and Exclusion in Italy*, in C. COSTELLO, M. FREED-

tuato 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.

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.

Ancora non rilevano, infatti, quali punti-cardine del ragionamento giuridico gli artt. 2 e 3 Cost.³, proprio sulla base 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 artt. 4 e 10, secondo comma, Cost. con il secondo dei due articoli che, com'è noto, recita: «La condizione giuridica dello straniero è re-

LAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014, 124.

³ Com'è noto, l'art. 2 Cost. 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 indelegabili di solidarietà politica, economica e sociale». L'art. 3, primo comma, 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».

golata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

Tale disposizione, contenuta nell'art. 10, secondo comma, secondo unanime dottrina⁴ 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»⁵. 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»⁶.

Svolte tali chiarificazioni, occorre peraltro dire che la disposizione che assume cruciale importanza per poter cogliere l'impostazione fondamentale del sistema giuridico italiano, nei confronti del lavoratore straniero che voglia fare ingresso nel Paese, non si trova tanto nell'art. 10, secondo comma, bensì nell'art. 4, primo comma, Cost. Tale articolo afferma: «La Repubblica riconosce a tutti i *cittadini* il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto».

Si tratta, certamente, di una norma programmatica, nel senso che il cittadino – invocando l'art. 4 – non può dirsi titolare di una sorta di diritto soggettivo al posto di lavoro. Piuttosto, la norma

⁴ Fra gli altri: A. VISCOMI, *Giuslavoristi ed immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile*, in *LD*, 1992, n. 1, 163 ss.

⁵ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2013, 86.

⁶ *Ivi*, 141.

«impegna gli organi dello Stato ad attuare un programma di politica sociale che persegua l'obiettivo di condizioni ottimali di occupazione»⁷.

La lettera normativa indica «tutti i cittadini» quali destinatari degli sforzi verso le condizioni ottimali di occupazione. È possibile quindi ricavare dall'art. 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 artt. 20⁸ e 45⁹ TFUE, la cui lettura permette di affermare (in virtù poi del combinato disposto degli artt. 4 e 11¹⁰ Cost.) l'esistenza di un principio rinno-

⁷ N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, in *LD*, 2003, n. 2, 293.

⁸ L'art. 20 TFUE, al § 2, lett. *a*, recita: «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri».

⁹ L'art. 45 TFUE al § 1 afferma: «La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata». Questa libertà si caratterizza come descritto al § 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 nell'art. 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» (§ 3, lett. *a*).

¹⁰ 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».

vato, definibile “di priorità dell’occupazione europea”¹¹. 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 lavoro nel territorio dello Stato dei non cittadini – giusta la stretta correlazione fra accesso al lavoro ed ingresso nel territorio dello Stato»¹² da parte dei cittadini dei Paesi terzi.

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

¹¹ 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*, in L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, M. PERUZZI (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*, ESI, 2012. L’A. 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.

¹² N. CASTELLI, *op. cit.*, 293.

nazionale in tema di immigrazione»¹³. La ponderazione cui si riferisce la Consulta spetta in prima battuta al legislatore ordinario,

¹³ Si tratta di un passaggio di C. cost. 24 febbraio 1994, n. 62. Il Tribunale di Bergamo e il Tribunale di Roma sollevano la 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 extra-comunitari 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 3 anni di reclusione. La questione di legittimità è giudicata ammissibile relativamente al parametro costituzionale dell'art. 3 (principio di uguaglianza), ma la Corte costituzionale 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, qual 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.

in virtù della (già analizzata) riserva di legge relativa riguardante la condizione giuridica dello straniero.

Il legislatore, a proposito, possiede «un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto» (come affermato *supra*) «dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli»¹⁴. 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 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.

Continuando poi a ragionare per esempi, certamente uno scenario grandemente diverso si avrebbe 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 coscienza¹⁵ è un diritto umano che va garantito in ogni caso, tutelato dagli artt. 2, 3, 8, 19 e 20 Cost. e insuscettibile di subire restrizioni. Secondariamente bisognerebbe osservare che, pure quando fossero indicati – o comunque rinvenuti – valori costituzionali da proteggersi nei confronti

¹⁴ Sempre C. cost. n. 62/1994, cit.

¹⁵ L. MUSSELLI, C.B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 2014.

dell'*organizzazione* confessionale¹⁶ e della *pratica* religiosa¹⁷, 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.

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. 286/1998, cioè del c.d. Testo Unico sull'immigrazione. È qui che 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 Testo Unico sull'immigrazione è nato con un'ambizione importante, quella di rispettare la riserva di legge *ex art. 10*, secondo comma, Cost. Esso ha riordinato le disposizioni provenienti da

¹⁶ Art. 8, secondo comma, Cost.: «Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano».

¹⁷ Art. 19 Cost.: «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*».

numerosi testi legislativi¹⁸, in attuazione della delega *ex art.* 47, comma 1, contenuta nella l. n. 40/1998. Il legislatore del Testo Unico sull'immigrazione 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 attuazione¹⁹.

Tornando alla domanda di cui *supra*, circa *quali* siano i limiti imposti agli stranieri per l'ingresso nel Paese, occorre dire che la dottrina, la quale in modo più convincente ha studiato il Testo Unico sull'immigrazione, sostiene che detti limiti si articolino su due livelli di intervento regolatorio distinti.

¹⁸ Ci si riferisce, *in primis*, alle disposizioni della legge delega (l. n. 40/1998); *in secundis*, alle norme in materia di immigrazione contenute nel Testo Unico delle leggi sulla pubblica sicurezza (approvato con r.d. n. 773/1931) e nella l. n. 943/1986 e n. 335/1995.

¹⁹ Si ritiene che sia andato disatteso l'obiettivo, inizialmente fatto proprio dal legislatore del Testo Unico sull'immigrazione, 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 Testo Unico sull'immigrazione è stato modificato soltanto in misura ridotta. Utile per comprendere l'evoluzione dell'impianto normativo del Testo Unico è la lettura di M. MCBRITTON, *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, 2017, n. 2](#), 1, da cui è tratta la citazione.

L'analisi di tali 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»²⁰.

I due livelli di regolazione in parola sono nel seguente modo distinguibili: «uno, per così dire, *macro*, volto alla determinazione dei programmi e degli interventi sul fenomeno considerato nel suo complesso, ed uno, per così dire, *micro*, che, invece, delinea le procedure di ingresso e la disciplina del soggiorno e del lavoro del singolo cittadino extracomunitario»²¹.

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*.

1.2.1. Il documento programmatico triennale

L'analisi delle norme di legge del livello *macro* comincia con l'art. 3, comma 1, TU, 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.

²⁰ M. FERRERO, F. PEROCCO, *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011, 38.

²¹ N. CASTELLI, *op. cit.*, 297.

La previsione dell'art. 3 TU rimane quindi da molti anni inapplicata, tanto che, «come è stato autorevolmente sostenuto, “il governo ha rinunciato a ‘governare’ la migrazione”»²². Per avere 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 3, che è il vero cuore dell'art. 3 TU, si prevede poi che siano definiti non solo gli interventi pubblici volti a favorire la coesione sociale e dedicati all'integrazione dei non cittadini²³, ma soprattutto «i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato». Tali criteri generali dovrebbero essere costruiti sulla base di un attento monitoraggio delle esi-

²² W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 148. L'A. fa a sua volta proprie le parole di M. LIVI BACCI, *Cronache di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in *Il Mulino*, 2011, n. 3.

²³ Il comma 3 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».

genze del mercato del lavoro²⁴ 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 30 giorni. Il documento è infine emanato con decreto del Presidente della Repubblica.

Occorre osservare che la l. n. 189/2002 (c.d. Bossi-Fini), che ha rappresentato il maggiore intervento riformatore avutosi sul Testo Unico sull'immigrazione fino ad oggi (seppure l'impianto generale del testo sia rimasto quello originale²⁵), ha consentito la

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 CSDLLE “Massimo D’Antona” – INT, 2015, n. 122, 6.

²⁵ N. CASTELLI, *op. cit.*, 289. L'A. afferma che la Bossi-Fini ha inteso «integrare e correggere» il Testo Unico sull'immigrazione, la cui struttura fondamentale invero non è cambiata dalla promulgazione nel 1998. Tuttavia, il generale «inasprimento dell'impianto repressivo e sanzionatorio» (ivi, 290), il forte ancoraggio della regolarità della posizione del migrante allo svolgimento di attività lavorativa «sicura e lecita» (*ibidem*), l'aggravamento della «macchinosità» (ivi, 291) 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

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 3 anni.

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'Italia²⁶, 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 rispettando 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 legisla-

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.

²⁶ 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.

tore della Bossi-Fini, modificando l'art. 21 TU²⁷, 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 infrannuali 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»²⁸). 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 t.u. nell'ambito delle politiche e degli interventi sociali da destinare agli immigrati»²⁹ 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 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 svolgere 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

²⁷ L'art. 21 TU è per l'appunto rubricato *Determinazione dei flussi d'ingresso*.

²⁸ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 151.

²⁹ *Ibidem*.

accordata priorità a certi stranieri, criteri che non sono collegati al lavoro da questi svolto³⁰. All'art. 21, comma 1, TU 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 dubbio³¹.

Sempre il comma 1 dispone che *quote riservate* siano assegnate «agli Stati non appartenenti all'Unione europea, con i quali il Ministro degli affari esteri, di concerto con il Ministro dell'interno e il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, abbia concluso accordi finalizzati alla regolamentazione dei flussi d'ingresso e delle procedure di riammissione»³². Si ritiene che, in alcuni anni, tale «riserva geografica» abbia assorbito percentuali rilevanti

³⁰ *Infra* saranno svolte specificazioni ulteriori, soprattutto per quanto concerne i lavoratori altamente qualificati e i lavoratori stagionali.

³¹ 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 di M. BETTINI, *Italiani veri, presunti e per metà. Riflessioni antropologiche sulla "Bossi-Fini"*, in *Il Mulino*, 2002, n. 5).

³² È opportuno anticipare fin d'ora che all'ultimo periodo del comma 1 (art. 21 TU) 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».

nel numero totale degli ingressi consentiti³³. 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”³⁴ degli accordi bilaterali in materia.

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»³⁵.

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, comma 1, TU). 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

³³ 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.

³⁴ F. PASTORE, *Zombie policy. Politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, in *Il Mulino*, 2016, n. 4, 595.

³⁵ M. LIVI BACCI, *Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati*, in www.pietroichino.it – *NWSL*, 2011, n. 162.

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»³⁶.

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 poter abbracciare ogni possibile variazione contenutistica del decreto flussi o, meglio ancora, per poter 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 disciplina dedicata ai lavoratori stagionali migranti; oppure può essere evidenziato il rilievo anche sistematico che è assunto dalle previsioni contenute negli artt. 27 ss. TU: tali previsioni hanno tutte in comune il rivolgersi a lavoratori stranieri collocati «al di fuori delle quote», ossia ai lavoratori cui non si applicano le previsioni limitative del decreto flussi.

Comunque, a parte quanto prescritto agli artt. 27 ss., si ha che il sistema di quote *ex art.* 3 TU 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,

³⁶ N. CASTELLI, *op. cit.*, 301.

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*³⁷ (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 dell'art. 3, comma 4, TU (in tema di decreto flussi) così come riformulato dalla Bossi-Fini ha però suscitato diverse perplessità in dottrina³⁸.

Si prevede, infatti, all'art. 3, comma 4, ultimo periodo, TU 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 in-

³⁷ Lo studioso M. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, n. 3, 22, 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 ed 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 ed ai poteri di impulso propri del Governo e dei suoi ministeri». Paggi, inoltre, ritiene che «Analoghi funzioni ornamentale [...] rivestono le forme di consultazione delle rilevazioni del Ministero del lavoro» (previste al comma 4-*bis* dell'art. 21 e di cui s'è detto *supra*).

³⁸ Fra gli altri, tali riserve sono state avanzate da Castelli, Chiaromonte e Paggi.

gressi (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 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, TU, di fatto è come se fosse stata resa facoltativa l'emanazione dei decreti flussi annuali³⁹: 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, comma 4, TU potrebbe ben formare oggetto di attenzione circa la sua legittimità costituzionale, per contrasto con la riserva di legge relativa contenuta nell'art. 10, secondo comma, Cost.⁴⁰.

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 mostran-

³⁹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 147.

⁴⁰ In tal senso si esprime anche N. CASTELLI, *op. cit.*, 299.

do profondamente inadeguato⁴¹. 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.

Dando quindi una valutazione circa l'atteggiamento dei Governi che si sono avvicendati 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*»⁴² 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 presentare le domande, per l'ingresso degli stranieri in Italia, prima che il numero delle istanze raggiunga quello stabilito dalle quote annuali⁴³. Mancando ogni altro canale per l'ingresso regolare e senza che siano previste modalità “normali” di regolarizzazione⁴⁴, Bontempelli sottolinea che il numero di domande è altis-

⁴¹ Questa posizione critica è condivisa, fra gli altri, da Sciarra, Chiaromonte, Calafà, Livi Bacci, Bontempelli, Tursi, Ferrero, Perocco, Ambrosini (sociologo e accademico presso l'Università degli Studi di Milano) e Guariso (avvocato, responsabile del Servizio antidiscriminazione di ASGI).

⁴² S. BONTEMPELLI, *Il governo dell'immigrazione in Italia: il caso dei «decreti flussi»*, in P. CONSORTI (a cura di), *Tutela dei diritti dei migranti*, Plus, 2009, 131.

⁴³ Si vedrà *infra* come queste domande siano presentate dai datori di lavoro (nel caso degli ingressi motivati da ragioni di lavoro).

⁴⁴ 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 8 interventi di sanatoria). A tal proposito, *infra* si avrà occasione di studiare i commenti di A. BOLLANI, S. SPATARO, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in A.

simo e le quote, fortemente inadeguate, «si esauriscono nel giro di pochi giorni, [...] persino in poche ore o pochi minuti»⁴⁵. Diventa cruciale acquisire un «posto in prima fila», conoscendo in anticipo quando il decreto sarà emanato⁴⁶.

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 170mila nuovi ingressi: un numero considerevolissimo. Ebbene, soltanto nel primo giorno disponibile è presentato mezzo milione di domande⁴⁷. 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

TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005.

⁴⁵ S. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 133.

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ Giornalisticamente si ricorda che, dopo la c.d. “lunga notte dei flussi”, l'allora Governo Prodi cercava di offrire una soluzione al formidabile scenario delineatosi attraverso un apposito nuovo decreto.

subordinato. Nel 2009 cambia: 80 mila posti solo per gli stagionali, appena 44 mila le domande. L'anno 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»⁴⁸. «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»⁴⁹.

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*⁵⁰ o comunque mestieri specifici come quello di collaboratori domestici.

⁴⁸ F. DE PONTE, R. ZANOTTI, [Decreto flussi, ecco i dati del flop. Permesso solo a un richiedente su tre](#), in *La Stampa*, 19 luglio 2017.

⁴⁹ Ancora i due bravi AA. di *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».

⁵⁰ 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, [La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2004, n. 14, 8. L’A. acutamente argomenta: il «generale disegno» (della l. n. 189/2002) è «implicitamente (e apparentemente) fondato sulla duplice premessa che il

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 vulnerabile⁵¹). 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 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 desidera davvero perseguire tale risultato⁵²). 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.

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».

⁵¹ Tale affermazione verrà argomentata diffusamente nei prossimi paragrafi.

⁵² M. LIVI BACCI, [Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati](#), cit.

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. Esso 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»⁵³. 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*.

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

⁵³ *Ibidem*.

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 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"⁵⁴. 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 eludano⁵⁵ le norme di legge, entrando irrego-

⁵⁴ Fra le numerose voci cui prestare attenzione, si veda V. PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *DRI*, 2017, n. 2, 374.

⁵⁵ 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 (a cura di), [*La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti. Guida agli strumenti giuridici per la tutela delle vittime*](#), ASGI, 2015, 6). 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

larmente in Italia o irregolarmente trattenendovisi alla ricerca di un impiego⁵⁶. Soltanto comportandosi così, infatti, essi sono in grado di trovare un'occupazione, spesso fra quelle che solo loro si rendono disponibili a svolgere⁵⁷.

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 adoperi per regolarizzarne la posizione nei confronti dello Stato. Il dipendente, però, solitamente è stato incontrato proprio in Italia, magari da “irregolare”⁵⁸.

formidabili. Cfr. M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion Pratica*, 2010, n. 2, 424).

⁵⁶ Autorevolmente, è stato A. TURSI, *op. cit.*, 4, 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 Testo Unico sull'immigrazione 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». La posizione di Tursi è condivisa da M. TIRABOSCHI, *Extracomunitari e lavoro «atipico»*, in *DRI*, 2001, n. 4, 507.

⁵⁷ L'allusione è ai c.d. *3Ds Jobs*, cioè i lavori definiti come *demanding, dirty and dangerous*.

⁵⁸ S. SCIARRA, W. CHIAROMONTE, *op. cit.*; 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., 10.

2. La procedura dedicata al singolo migrante

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 procedimentali 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»⁵⁹ che in verità ha struttura binaria: 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, ecc.), 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»⁶⁰ che impone attenzione interdiscipli-

⁵⁹ N. CASTELLI, *op. cit.*, 305. L'A. a sua volta fa proprie le parole di Antonio Viscomi.

⁶⁰ 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.

nare⁶¹ (le norme riguardanti il soggiorno in Italia hanno carattere peculiare, marcatamente pubblicistico). Verrà dovutamente preso in mano quel connubio⁶² in virtù del quale «lo straniero entra e può permanere in Italia se e in quanto lavoratore»⁶³: la forte correlazione fra permanenza in Italia ed espletamento dell'attività lavorativa sarà evidenziata passo per passo.

2.2. Lo sportello unico per l'immigrazione

Ai fini dello studio della “procedura tipica” che autorizza al lavoro, occorre premettere che l'art. 22 TU⁶⁴, al primo comma, istituisce lo sportello unico per l'immigrazione, «competenza per l'intero procedimento di assunzione che il datore deve seguire per assumere un lavoratore»⁶⁵.

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 del-

⁶¹ A tal proposito, nell'introduzione è stato dedicato più di uno sforzo di chiarificazione, circa l'approccio interdisciplinare mantenuto per il presente lavoro.

⁶² 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.

⁶³ F. SANTINI, *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, in A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 208.

⁶⁴ L'art. 22 TU è rubricato *Lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato*.

⁶⁵ F. SANTINI, *op. cit.*, 209-210.

la semplificazione della trafila burocratica e l'ambizione di creare una sede unica per facilitare l'incontro fra domanda e offerta di lavoro immigrato⁶⁶.

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 ad 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»⁶⁷.

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

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

⁶⁶ Ivi, 210.

⁶⁷ N. CASTELLI, *op. cit.*, 306.

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, semplicemente, non considera lo straniero quale soggetto di diritto⁶⁸ 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.

2.3.1. Assumere il lavoratore migrante risiedente all’estero

Proseguendo nell’analisi della procedura, occorre notare che il meccanismo procedimentale descritto all’art. 22 TU 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.

A tal proposito, tuttavia, bisogna osservare che lo straniero il quale sia entrato in Italia per un impiego e il cui rapporto di lavoro

⁶⁸ M. FERRERO, F. PEROCCO, *op. cit.*, 7 ss.

ro, 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, comma 11, TU). 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 genere⁶⁹, unico principio che deve guidare l’interprete è quello antidiscriminatorio.

Tornando a volgere attenzione al meccanismo procedimentale definito all’art. 22 TU, va detto che, riguardo alla concessione del nulla osta al lavoratore straniero *risiedente all’estero*, bisogna operare una distinzione: a seconda che il datore di lavoro voglia che il nulla osta sia concesso proprio a un determinato lavoratore straniero o ad altri. Nel primo caso, il datore di lavoro avanza una richiesta c.d. “nominativa” (art. 22, comma 2, TU). 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 co-*

⁶⁹ 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.

nosce. In tal caso, avanza una richiesta definita “numerica”⁷⁰ (art. 22, comma 3, TU).

È la prima delle due tipologie di richieste descritte quella – di gran lunga – di maggiore rilievo pratico⁷¹, 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]

⁷⁰ Per comprendere come funzioni concretamente il meccanismo della chiamata numerica, è necessario fare cenno alla norma *ex* art. 21, comma 5, TU. 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 inoltramento agli uffici del Ministero del lavoro e della previdenza sociale».

⁷¹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 164.

da qualche parte del pianeta si è rivelato difficilissimo, specialmente nel contesto italiano»⁷². 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»⁷³.

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, ma, d'altro canto, sembra sottovalutare che per svolgere numerose occupazioni (soprattutto in Italia, dove l'economia è fortemente caratterizzata dalle attività artigiane, dal terziario, dalla piccola e piccolissima industria) di regola 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 professionali estesi, dove reputazione e abilità sono apprezzate 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*»⁷⁴. Il fatto, fra l'altro, che gli stranieri tendano a concentrarsi per grandissima

⁷² M. FERRERO, F. PEROCCO, *op. cit.*, 23.

⁷³ F. SANTINI, *op. cit.*, 214. L'A., 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.

⁷⁴ M. FERRERO, F. PEROCCO, *op. cit.*, 16.

parte nelle fasce più basse del mercato del lavoro ha portato taluni autori a coniare un'espressione peculiare: definiscono il mercato del lavoro italiano come pesantemente “razzializzato”⁷⁵, 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 extra-comunitario 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 *obbligatoria*⁷⁶ 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 dipendente⁷⁷, ossia di colui che *già* lavora per lui.

⁷⁵ Ivi, 14 e 18.

⁷⁶ In tal senso, si esprimono Ferrero, Perocco, Chiaromonte e Papa.

⁷⁷ 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.

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 sistema dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro immigrato è «un sistema fortemente ispirato a tecniche regolative *demand-driven*»⁷⁸.

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 TU così come allora vigente.

Prima del 2002, l'art. 23 TU 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 terzi⁷⁹, 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

⁷⁸ V. PAPA, *op. cit.*, 371.

⁷⁹ 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.

possibilità di un incontro diretto fra domanda e offerta di lavoro»⁸⁰.

In dottrina, si ritiene che l'abrogazione dell'istituto dello sponsor abbia reso «ulteriormente stringente il nesso tra soggiorno e lavoro»⁸¹.

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»⁸². Tale «nuovo strumento attivo di governo del mercato del lavoro extracomunitario», seppure sia certo apprezzabile a livello teorico, lo si è definito come «sovraccaricato di aspettative eccessive»⁸³. 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»⁸⁴. 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 evidentemente 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

⁸⁰ N. CASTELLI, *op. cit.*, 314.

⁸¹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 167.

⁸² A. TURSI, *op. cit.*, 16.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

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'art. 23 TU 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, ecc.) 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 un minimo di concretezza»⁸⁵ all'incontro fra domanda e offerta di lavoro appare quantomeno inadeguato, considerate le dimensioni dei flussi migratori e l'evidente carenza di sistematicità delle soluzioni in esame.

2.3.3. Le condizioni per l'ottenimento del nulla osta. La prova della necessità economica

Volgendo di nuovo attenzione al dettato dell'art. 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 lo sportello unico territorialmente competente⁸⁶ (insieme, certo, alla ri-

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ Se prima della l. n. 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 Pro-

chiesta 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)⁸⁷; 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, comma 2, TU).

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'art. 4 Cost.) e, dato il contesto del mercato unico⁸⁸, l'occupazione europea (infatti, la norma, in teoria,

vincia 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 piuttosto "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.

⁸⁷ La relativa disposizione è stata introdotta dall'art. 9, comma 7, della l. n. 99/2013; il legislatore è così intervenuto modificando l'art. 22, comma 2, TU.

⁸⁸ Occorre ricordare, in primo luogo, lo stesso titolo IX TFUE, non a caso rubricato *Occupazione*. Più indietro nel tempo, sia menzionato il contenuto dell'art. 1, § 2, del regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ot-

«dovrebbe allineare l'ordinamento italiano a quello di quasi tutti i Paesi europei»⁸⁹. Essendo l'immigrazione pensata quale fenomeno da governare per trarne vantaggio⁹⁰, 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 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 20 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»⁹¹.

Occorre peraltro mettere in luce un dato contraddittorio: sebbene teoricamente si richieda la prova dell'indisponibilità di cittadini italiani ed europei, a livello concreto tale presupposto è facilmen-

tobre 1968, dove è affermato il principio della priorità dell'occupazione comunitaria.

⁸⁹ F. SANTINI, *op. cit.*, 217.

⁹⁰ Circa il carattere *utilitaristico* dell'approccio nei confronti del fenomeno migratorio, sono state dedicate diverse pagine *supra*.

⁹¹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 165.

te aggirabile⁹². Com'è stato detto, del resto, non s'è fatto altro che «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»⁹³. Detta neutralizzazione è avvenuta con una circolare ministeriale del 2002⁹⁴ in virtù della quale, fin dall'inserimento nel Testo Unico sull'immigrazione della prova della necessità economica⁹⁵, 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»⁹⁶, di fatto

⁹² 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, *Diritto antidiscriminatorio e contrasto al lavoro povero*, intervento al convegno ASGI *Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: uguaglianza formale e disuguaglianza sostanziale*, Milano, 27 novembre 2017, la norma è «sostanzialmente disapplicata» nella prassi.

⁹³ A. TURSI, *op. 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.

⁹⁴ Circ. Min. lav. 6 dicembre 2002, n. 59.

⁹⁵ Prima dell'intervento modificativo del 2013, alla prova della necessità economica era dedicato un apposito comma, il quinto dell'art. 22. Va ricordato che oggi la previsione dell'*economic need test* (come è chiamata la prova all'interno dei documenti giuridici europei) è inserita nel testo del comma due, sempre dell'art. 22.

⁹⁶ A. TURSI, *op. cit.*, 12-13.

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. 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 regionale e la consistenza quantitativa e qualitativa di stranieri già presenti sul territorio»⁹⁷.

⁹⁷ N. CASTELLI, *op. cit.*, 312.

Per concludere l'analisi della prova della necessità economica, occorre osservare che, a dispetto di quanto possa sembrare da una prima lettura dell'art. 22, comma 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'art. 2, comma 3, dello stesso t.u.»⁹⁸.

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 pre-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.

⁹⁸ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 166. L'art. 2, comma 3, TU 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».

Per prima cosa, occorre volgere attenzione agli oneri posti, in capo al datore di lavoro, dalle lett. *b*, *c* e *d* dell'art. 22, comma 2⁹⁹.

Alla lett. *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 ogni probabilità deve servire a conoscere le caratteristiche dell'alloggio: se questo possa dirsi adeguato, ossia rispettoso della dignità dei lavoratori stranieri¹⁰⁰.

In dottrina, tuttavia, si nutrono delle perplessità sulla disposizione in esame¹⁰¹. 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

⁹⁹ Alla lett. *a* si prescrive soltanto che sia presentata la richiesta di nulla osta *nominativa*. Già s'è visto che, al comma 3 (sempre dell'art. 22 TU), 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 lett. *b* e *c* (art. 22, comma 2, TU).

¹⁰⁰ Tale affermazione nasce dalla lettura di altro passaggio normativo del Testo Unico sull'immigrazione: l'art. 5-*bis*, comma 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».

¹⁰¹ Fra gli altri: Chiaromonte, Castelli, Guariso, Santini, Tursi.

giacché, nella maggior parte dei casi, rimane mera dichiarazione che il migrante utilizzerà un determinato alloggio; senza che, rispetto a tale affermazione, sia svolto poi controllo alcuno¹⁰².

2.3.5. *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*

L'analisi della lett. *c* dell'art. 22, comma 2, TU è particolarmente impegnativa. Vi si prevede che il datore di lavoro fornisca «la proposta di contratto di soggiorno»¹⁰³.

Per essere compresa, tale norma richiede la previa analisi dell'art. 5-*bis* TU, appunto rubricato *Contratto di soggiorno per lavoro subordinato*. Bisogna così affrontare un istituto intorno al quale si sono concentrati “slogan propagandistici”¹⁰⁴; un istituto salutato «come uno degli aspetti maggiormente innovativi della riforma» del 2002¹⁰⁵ sul quale, al contempo, sono state sollevate perplessità in-

¹⁰² Analizzando, peraltro, l'art. 22, comma 2, lett. *c*, TU, 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, comma 2, lett. *b*, TU.

¹⁰³ 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».

¹⁰⁴ N. CASTELLI, *op. cit.*, 316.

¹⁰⁵ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 186.

terpretative e dubbi circa la sua reale carica di cambiamento¹⁰⁶: appunto, il *contratto di soggiorno per lavoro subordinato*.

Al comma 1 dell'art. 5-*bis* TU 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 lett. *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 prima¹⁰⁷, si tratterebbe di un vero e proprio contratto di lavoro, a forma scritta vincolata¹⁰⁸. 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 specificità del contratto [...] [però] non sa-

¹⁰⁶ Ivi.

¹⁰⁷ Tale tesi è condivisa fra gli altri da Chiaromonte, De Margheriti e Castelli.

¹⁰⁸ M.L. DE MARGHERITI, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 192.

rebbero 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.»¹⁰⁹ ¹¹⁰. 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 obbligazioni»¹¹¹ 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,

¹⁰⁹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 188.

¹¹⁰ Come noto, l'art. 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».

¹¹¹ M.L. DE MARGHERITI, *op. cit.*, 191. Sono state usate le parole di De Margheriti per descrivere la seconda tesi propugnata in dottrina, tesi almeno in passato sostenuta pure dall'Inps, come risulta dal mess. 15 aprile 2008, n. 8737. Invero, bisogna aggiungere che esiste una terza e ulteriore posizione critica, seppure riconducibile a un numero contenuto di AA. 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 W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 187.

contenuto nell'art. 2, comma 3, TU. 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 state rispettate [...] le prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie»¹¹². 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 lavoro¹¹³. In questo senso, la loro previsione va certamente in controtendenza con le diffuse necessità di flessibilizzazione e di semplificazione presenti nei mercati occupazionali¹¹⁴. Si tratta di impegni che non solo è singolare vedere all'interno di un contratto di lavoro, ma rispetto ai quali pu-

¹¹² Art. 22, comma 5, TU.

¹¹³ M.L. DE MARGHERITI, *op. cit.* L'A. fa proprie le parole di Donata Gotardi.

¹¹⁴ N. CASTELLI, *op. 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 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 Chiaromonte, Tursi, De Margheriti, Santini, Calafà, Guariso, oltre che il prezioso contributo di M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 504 e 507.

re ci si interroga: se possano dirsi in qualche modo inerenti al rapporto sinallagmatico fra le parti¹¹⁵. Del resto, lo stesso regolamento di attuazione del Testo Unico (d.P.R. n. 394/1999) afferma, all'art. 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 Stato¹¹⁶. 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 si trasferisce «in via privatistica sul datore di lavoro»¹¹⁷ una risposta per la soddisfazione di esigenze di pubblico interesse.

Il cuore dell'art. 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 lett. a e b*).

¹¹⁵ A. TURSI, *op. cit.*, 17.

¹¹⁶ M.L. DE MARGHERITI, *op. cit.*, 197. L'A., di conseguenza, osserva che «la legittimazione a richiedere tale prestazione [di pagamento delle spese di viaggio], nel caso in cui essa non venga fornita, è posta in capo alla pubblica amministrazione».

¹¹⁷ Ivi, 198.

Tale funzionalizzazione è però fortemente problematica e ciò per più ragioni. Primariamente, essa sembra porsi in contrasto con il diritto dell'Unione europea. Entro la direttiva 2011/98/UE¹¹⁸, 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 dato ottenere il permesso che ne legittima sia la presenza sia l'attività lavorativa all'interno del singolo Stato dell'Unione. Ebbene, il d.lgs. n. 40/2014¹¹⁹, emanato in attuazione della direttiva 2011/98/UE, crea un'incongruenza con le disposizioni europee, poiché non dispone l'abrogazione dell'art. 5-*bis*, comma 2, TU. 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*, comma 2, TU) rappresenta «one of the major points of friction between Directive 2011/98 and the Italian transposition»¹²⁰. Si tratta di un contrasto non da poco, visto che

¹¹⁸ 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».

¹¹⁹ Il d.lgs. n. 40/2014, 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*?

¹²⁰ 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.

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*, comma 2, TU, 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»¹²¹. La posizione dottrinale in esame, fra l'altro, è stata 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 per l'atto autorizzatorio del soggiorno e la natura privatistica di contratto di lavoro»¹²². 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*, comma 1, lett. *a* e *b*, non sono inserite nel regolamento contrattuale?

¹²¹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 191. L'A. cita a sua volta, facendole proprie, le parole dell'accademico Luigi Ferrajoli.

¹²² N. CASTELLI, *op. cit.*, 320, propone il molto incisivo commento di Alberto Guariso e Livio Neri.

A proposito, è possibile dare conto di due diverse posizioni dottrinali¹²³. Una certa parte di dottrina 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 soggiorno¹²⁴. 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 apparterrebbero, invece, a piani da tenersi ben distinti. Che il contratto con lo straniero a nulla serva presso la pubblica amministrazione 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, esiste una causa lecita, consistente nell'usuale sinallagma

¹²³ 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 comma 2 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, «esclude indirettamente 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, *op. cit.*, 195).

¹²⁴ N. CASTELLI, *op. cit.*, 318. L'A. fa propria la posizione di Mancino e De Augustinis.

contrattuale prestazione/retribuzione¹²⁵. La posizione dottrinale esaminata non è però condivisa da altri autori¹²⁶. 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.¹²⁷, si ha la nullità del contratto¹²⁸.

Appurato che cosa è del contratto di soggiorno quando mancano 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.

¹²⁵ Com'è noto i requisiti, con i quali ogni contratto è costruito, sono indicati all'art. 1325 c.c.

¹²⁶ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., e M.L. DE MARGHERITI, *op. cit.*, i quali, fra l'altro, citano entrambi lo scritto di L. CASTELVETRI, F. SCARPELLI, *Il lavoro degli immigrati*, in *RIDL*, 2003, n. 1, III.

¹²⁷ L'art. 1418, primo comma, 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».

¹²⁸ Sono rinviate a più avanti le considerazioni di carattere giuridico circa l'assunzione illegittima, da parte del datore di lavoro, dello straniero irregolare. Si veda *infra*, cap. IV, *Irregolarità, sfruttamento lavorativo del lavoratore migrante e tecnica della sanatoria*.

Per quanto concerne la garanzia dell'alloggio, è naturale pensare che la relativa previsione sia stata introdotta in risposta alla scarsa utilità dell'art. 22, comma 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*, comma 1, lett. *a*, deve riguardare un alloggio che rientri «nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica»¹²⁹. «Il costo della fornitura dell'alloggio, posto che la norma non impone la gratuità dell'alloggio fornito all'immigrato, rimane a carico di quest'ultimo, costituendo retribuzione in natura il cui valore potrebbe essere detratto dalla retribuzione contrattuale»¹³⁰. 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, comma 3, TU. 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

¹²⁹ 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.

¹³⁰ M.L. DE MARGHERITI, *op. cit.*, 198. L'istituto della rivalsa è espressamente previsto dall'art. 30-*bis*, comma 4, del d.P.R. n. 394/1999. Nell'articolo, si prescrive che la somma trattenuta dalla retribuzione sia pari a un importo comunque non superiore a 1/3 del totale.

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 assunta¹³¹.

Volgendo attenzione all'obbligazione di cui all'art. 5-*bis*, comma 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*¹³². Da una parte, essa funziona da sicuro disincentivo alla nascita di regolare relazione lavorativa con lo straniero¹³³. 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 *malam partem*: esiste il problema della concreta ripartizione degli oneri economici¹³⁴ 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 da-

¹³¹ Nuovamente è fatto cenno all'intervento di A. GUARISO, *op. cit.*

¹³² W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 189.

¹³³ 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.

¹³⁴ A. TURSI, *op. cit.*, 18.

tore di lavoro) continuino 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 (anno in cui è stata data attuazione alla direttiva 2011/98/UE con il d.lgs. n. 40/2014) 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*, comma 1, lett. *a* e *b*, da parte del nuovo datore di lavoro. Ciò si ricavava dalla lettera – tutt'ora vigente – dell'art. 5, comma 4, TU («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 disposizione¹³⁵. 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, ecc.). 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 migranti¹³⁶. Quando però lo straniero sia già regolarmente soggiornante in Italia, ogni

¹³⁵ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 190.

¹³⁶ Tali considerazioni sono state invero ampiamente sviluppate *supra*.

trattamento speciale – se non altro, 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 Testo Unico sull'immigrazione¹³⁷, ma soprattutto contenuto nella ratificata convenzione ILO C143 del 1975 ed enucleabile dall'art. 35, primo comma, Cost. 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, secondo comma, e 35, primo comma, 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'opportunità¹³⁸ 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. 40/2014, il panorama normativo è infine 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. n. 40/2014, infatti, sono stati abrogati gli artt. 13, comma

¹³⁷ Il riferimento non può che essere al più volte citato art. 2, comma 3, TU.

¹³⁸ Il fatto che un nuovo datore di lavoro dovesse prendere su di sé le obbligazioni *ex art.* 5-*bis*, comma 1, lett. *a* e *b*, TU 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).

2-*bis*¹³⁹, e 36-*bis*¹⁴⁰ del d.P.R. n. 394/1999. 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, comma 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 nell'intento di trovare una soluzione – per via interpretativa – all'antinomia descritta *supra*, una soluzione al contrasto fra principio 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 re-

¹³⁹ Art. 13, comma 2-*bis*, d.P.R. n. 394/1999: «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».

¹⁴⁰ Dell'art. 36-*bis* del d.P.R. n. 394/1999 (interamente abrogato), rubricato *Variazioni del rapporto di lavoro*, interessa quanto era contenuto nel comma 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».

quisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno pienamente legittimo¹⁴¹ all'interno del sistema italiano.

Il fatto che l'intervento normativo del 2014 non abbia in alcun modo inciso sull'art. 5, comma 4, TU (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 ottiene il suo primo permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Qualora si provasse a sostenere il contrario, evidentemente bisognerebbe

¹⁴¹ 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. c.c. 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.

concludere che le abrogazioni del 2014 non hanno avuto alcun significato¹⁴².

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 peculiarità delle disposizioni che la compongono¹⁴³; 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.

2.3.6. Le condizioni per l'ottenimento del nulla osta. L'impegno a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro

La proposta di contratto di soggiorno, dunque, va presentata presso lo sportello unico *ex art. 22*, comma 2, lett. *c*. Occorre che sia avanzata insieme alla «richiesta *nominativa* di nulla osta al lavoro» (lett. *a*)¹⁴⁴ e alla «idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero» (lett. *b*). Alla lett. *d* è infine prescritta (sempre per chi voglia assumere lo

¹⁴² M. PAGGI, *Rinnovo del permesso per lavoro e abrogazione del contratto di soggiorno: non solo formalità*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, n. 2, 85.

¹⁴³ *Supra*, s'è addirittura avuto modo di definire il contratto di soggiorno quale "antinomia semantica" interna all'ordinamento.

¹⁴⁴ Con riguardo alla richiesta *numerica*, si ha la citata norma *ex art. 22*, comma 3, TU.

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*¹⁴⁵. 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 del trattamento economico, la pedissequa osservanza dell'art. 22, comma 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 nota del Ministero

¹⁴⁵ N. CASTELLI, *op. cit.*, 310.

dell'interno 25 ottobre 2005, n. 2768/2.2. Vi si trova affermato 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»¹⁴⁶.

Il generale obbligo previsto nel Testo Unico sull'immigrazione, 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.

2.3.7. 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 60 giorni (art. 22, comma 5, TU). Prima che il d.lgs. n. 40/2014 desse attuazione alla direttiva 2011/98/UE, il termine in esame era inferiore (pari a 40 giorni). Evidentemente, nel tentativo di armonizzare il diritto interno con quello europeo, s'è arrivati a una previsione più sfavorevole per i migranti¹⁴⁷. 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

¹⁴⁶ Nella circolare è fatto fra l'altro richiamo all'art. 36-*bis* del d.P.R. n. 394/1999. Tuttavia, tale articolo risulta oggi abrogato, come s'è avuto occasione di precisare *supra*.

¹⁴⁷ Al considerando 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.

rappresenta uno svantaggio non trascurabile, vista la complessiva farraginosità del meccanismo *ex art. 22 TU*.

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 collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie» (comma 5)¹⁴⁸. 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»¹⁴⁹. 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 nuo-

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ M.L. DE MARGHERITI, *op. cit.*, 201-202. 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, *op. cit.*, 390). 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».

va 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)¹⁵⁰.

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 fattispecie¹⁵¹.

Quando non si intendesse abbandonare la prima soluzione interpretativa, del resto, potrebbe sorgere un dubbio circa la compatibilità della norma *ex art. 22, comma 5, TU col dettato costituzionale*. Si avrebbe infatti un'estensione *ex lege* dell'efficacia dei contratti collettivi per quei datori di lavoro, che assumono cittadini di Paesi terzi, non iscritti ad alcuna associazione di rappresentanza. Ciò, invero, sarebbe in chiaro contrasto con il meccanismo definito all'art. 39, quarto comma, Cost.¹⁵². Va riconosciuta dunque

¹⁵⁰ N. CASTELLI, *op. cit.*, 308. L'A. propone, sul tema, la posizione dottrinale inizialmente espressa da Neri e Guariso.

¹⁵¹ F. SANTINI, *op. cit.*, 221.

¹⁵² Com'è noto, soprattutto ai giuslavoristi, l'art. 39, quarto comma, 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 eccepisce 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, primo comma, Cost. («Il lavoratore ha diritto ad una re-

come preferibile la seconda proposta interpretativa. In ragione di questa, l'art. 22, comma 5, TU riesce certo costituzionalmente legittimo.

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

tribuzione 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, primo comma, 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, dato 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), 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*, Giappichelli, 2013, 116-117.

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, comma 5-*bis*, TU. 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 5 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 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* del codice penale»¹⁵³. Il comma 5-*bis*, peraltro, si conclude con un rimando ad altro comma del medesimo art. 22 TU: 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 la-

¹⁵³ Il comma 5-*bis* fa dunque riferimento a una fattispecie penale di recente creazione. L'art. 603-*bis* è stato introdotto dalla l. n. 199/2016, c.d. "anticaporalato". 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.

voro, di manodopera irregolare (manodopera, cioè, non legittimata a permanere regolarmente in Italia)¹⁵⁴.

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 TU (8 giorni dall'ingresso).

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 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 Questore¹⁵⁵ e che poi sia stata controllata

¹⁵⁴ Per il momento, si sceglie di rimandare l'analisi dei commi 12 ss.: apposito focus sarà loro dedicato entro il cap. IV del presente lavoro (*Irregolarità, sfruttamento lavorativo del lavoratore migrante e tecnica della sanatoria*).

¹⁵⁵ Come ben chiarisce W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 165, presso la Questura è svolta un'indagine circa l'inesistenza «di motivi ostativi

la congruenza della richiesta con i limiti numerici degli ingressi, limiti stabiliti *ex artt.* 3, comma 4, e 21 TU.

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, comma 3, TU, sebbene tutto l'art. 4 sia dedicato non tanto al rilascio del nulla osta, quanto al (contiguo) tema della concessione dei visti d'ingresso. 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, comma 3, in due gruppi: quelli individuati attraverso il rinvio all'art. 380, primo e secondo comma, 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 Testo Unico sull'immigrazione (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. F. SANTINI, *L'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato*, in A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 162-163, 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 tra 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».

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» (art. 22, comma 5). Rivolgendosi agli uffici consolari italiani, lo straniero può così ottenere un visto d'ingresso¹⁵⁶ per motivi di lavoro, grazie al quale entrare regolarmente in Italia.

A tal proposito, occorre precisare che lo straniero deve fare il proprio ingresso entro massimo 6 mesi dalla concessione del nulla osta poiché, trascorso tale lasso temporale, l'autorizzazione non è più valida (art. 22, comma 5, TU).

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 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 ostativo al rilascio delle autorizzazioni, nulla osta e relativi visti d'ingresso»¹⁵⁷. In tal senso, è stato creato un piccolo regime speciale.

L'art. 5, comma 8, del 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 sog-

¹⁵⁶ L'art. 4, comma 1, TU recita: «L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del *visto d'ingresso*».

¹⁵⁷ F. SANTINI, *L'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., 158.

gettivo 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 attestare¹⁵⁸: lo scopo del soggiorno¹⁵⁹, le condizioni del soggiorno¹⁶⁰, quali siano i mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del suo soggiorno¹⁶¹.

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

¹⁵⁸ 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, comma 3, TU) 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.

¹⁵⁹ Per quanto qui interessa, lo straniero desidera fare ingresso in Italia per svolgere attività di lavoro subordinato.

¹⁶⁰ Anche riguardo alle 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.

¹⁶¹ 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).

2.6. Lavoro e regolare permanenza in Italia

Il lavoratore migrante che abbia ottenuto il visto d'ingresso, come anticipato, deve entrare in Italia entro 6 mesi dal rilascio del nulla osta al lavoro. Entro 8 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, comma 6), nonché allo stesso datore di lavoro. Solo a seguito della firma del contratto [...] inizierà a decorrere il rapporto di lavoro»¹⁶². 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 [...] nelle successive 48 ore [dalla firma del contratto] deve provvedere alla comunicazione di assunzione on line»¹⁶³, 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, comma 3-bis, TU*) un passaggio irrinunciabile.

¹⁶² W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 168.

¹⁶³ V. FUSARO, *Impiego di lavoratori extracomunitari e vigilanza*, in *DPL*, 2017, n. 38, 2287 (consultabile in www.dottrinalavoro.it, 10 ottobre 2017). Com'è noto, per la comunicazione va utilizzato il sistema informatico di invio delle Comunicazioni obbligatorie.

La stipulazione del contratto di soggiorno rappresenta *condicio sine qua non* perché poi sia concesso il “permesso unico di lavoro e soggiorno”¹⁶⁴.

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*, conseguentemente il permesso per lo straniero non possiederà scadenza alcuna? La prosecuzione dell’art. 5, comma 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, comma 4, TU).

Il percorso così sintetizzato è secondo alcuni Autori¹⁶⁵ innegabilmente irto «di ostacoli [...], [...] incertezze e disagi», i quali ri-

¹⁶⁴ Ancora una volta si ricordi che, *ex* art. 5, comma 1, TU, 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, comma 8.1, TU: «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”».

tengono 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” di *preparazione alla precarietà permanente*»¹⁶⁶. 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*»¹⁶⁷, funzionale al ruolo – marginale, subalterno: precario – loro (in)naturalmente destinato all'interno della realtà lavorativa, e quindi socio-economica italiana.

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, comma 3-*bis*, TU). In «relazione ad uno o più contratti di lavoro *stagionale*», la durata complessiva non può essere superiore a 9 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

¹⁶⁵ M. FERRERO, F. PEROCCO, *op. cit.*, 16.

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ *Ibidem.*

di tale rapporto è di 2 o anche 3 anni¹⁶⁸, 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 contributo¹⁶⁹. 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 indeterminato¹⁷⁰. Come giustifica-

¹⁶⁸ L'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 recita: «Al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a trentasei mesi».

¹⁶⁹ Il riferimento non può che essere alla c.d. “tassa di soggiorno” *ex* art. 5, comma 2-*ter*, d.lgs. n. 286/1998.

¹⁷⁰ 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 posi-

re 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 2 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 2 anni*, rivestono le medesime condizioni di lavoratori subordinati – almeno in prospettiva – ma sono trattati in modo diverso. Tale disparità, occorre evidenziare, significa un sicuro pregiudizio per il lavoratore assunto a tempo determinato, e ciò anche solo a causa del necessario pagamento della c.d. “tassa di soggiorno”.

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

zione di G. LUDOVICO, [*Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti. Gli obiettivi e i risultati del Jobs Act tra flessibilità e incentivi economici*](#), Working Paper ADAPT, 2017, n. 14, 28. 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'A. 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?».

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»¹⁷¹. L'art. 5, comma 9, TU prevede che esso sia rilasciato entro 60 giorni dall'avanzamento della relativa richiesta al Questore. Tale richiesta va presentata, invece, nel giro di 8 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»¹⁷² (art. 5, comma 9-*bis*, TU).

Il rilascio del permesso di soggiorno è subordinato al superamento di certe condizioni¹⁷³. 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 connu-

¹⁷¹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., 158. L'A. fa proprie le parole di Massimo Pastore.

¹⁷² Ivi, 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 dalle 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*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *op. cit.*, 109).

¹⁷³ Si fa riferimento all'adesione dello straniero all'accordo di integrazione (art. 4-*bis*, comma 2, TU), nonché al (già accennato) pagamento necessario della c.d. "tassa di soggiorno".

bio 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, comma 11*, di iscriversi alle liste di collocamento¹⁷⁴, 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 sommersa¹⁷⁵: 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 confondere¹⁷⁶. 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*»¹⁷⁷. Si vuole, con tale

¹⁷⁴ Tale notazione, del resto, è già stata fatta *supra*.

¹⁷⁵ M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 506.

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ R. CILLO, *Economia sommersa e lavoro degli immigrati*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *op. cit.*, 91. L'A., commentando i dati di una ricerca condotta in Italia nell'ambito del progetto *Undocumented Workers Transitions*

espressione, delineare uno scenario dove la «produzione istituzionalizzata di clandestinità»¹⁷⁸ 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 TU. 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 [179], in permesso di soggiorno *per motivi 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.

(UWI), afferma che «gli immigrati senza permesso di soggiorno raramente sono riusciti 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, come un fenomeno ordinario». La studiosa, in relazione a quanti soggiornano in modo irregolare, sostiene quindi causticamente: «Il lavoro non in regola è la regola» (ivi, 93).

¹⁷⁸ Ivi, 88. 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 TU*, 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.

¹⁷⁹ L'art. 26 TU è emblematicamente rubricato *Ingresso e soggiorno per lavoro autonomo*.

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, comma 8.1, TU) consegnino il lavoratore migrante come a una dimensione “sospesa” e ciò in ragione della loro fondamentale temporaneità¹⁸⁰. Al lavoratore migrante è richiesto periodicamente, fintanto che non possa conquistare una posizione più stabile¹⁸¹, di dimostrare l'integrazione di requisiti stabiliti dal legislatore. Sono i requisiti a fronte dei

¹⁸⁰ Della durata massima dei permessi unici di lavoro e soggiorno s'è avuto occasione di dire *supra*.

¹⁸¹ 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, comma 1, TU, 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 sé e per i familiari di cui all'articolo 29, comma 1».

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 la *stratificazione dello status giuridico*, portando ad una vera e propria gerarchia della precarietà, istituzionalizzata e acuitizzata successivamente dalla legge 189/02»¹⁸².

In questa affermazione, riecheggiano concetti di cui già si è dato conto¹⁸³. Non solo può ben riproporsi l’immagine di “ultra-dipendenza” suggerita da Bridget Anderson¹⁸⁴, 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 lavoro¹⁸⁵, poiché categorizza in mo-

¹⁸² M. FERRERO, F. PEROCCO, *op. cit.*, 24. Gli AA., 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» (ivi, 40).

¹⁸³ Soprattutto, giova ricordare quanto scritto nelle brevi pagine dell’Introduzione.

¹⁸⁴ B. ANDERSON, *Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers*, in *Work, Employment and Society*, 2010, vol. 24, n. 2, 311.

¹⁸⁵ M. FREEDLAND, C. COSTELLO, *Migrants at Work and the Division of Labour Law*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *op. cit.*, 9.

do 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.

Capitolo III. Le discipline “speciali” dell’ingresso

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)¹; 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 partico-

¹ 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 Testo Unico sull’immigrazione riguardante la durata massima del permesso di soggiorno da rilasciarsi a questo lavoratore.

lare contenuto dell’attività lavorativa o alle particolari caratteristiche dei rapporti tra le parti, bensì alle peculiarità di dette attività con riferimento alle politiche dell’immigrazione»². 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 indeterminato³; maggiore attenzione meriterebbero quindi altri canali della presenza regolare di manodopera straniera: i canali resi rilevantisimi dalle scelte operate dal legislatore. Si avrà occasione, allora, di soffermarsi sulla *importanza sociale* e la *centralità economica* del lavoro *stagionale* degli immigrati⁴, come pure di analizzare le proporzioni quasi epocali dei grandi interventi di sanatoria, operati dal legislatore italiano, nei confronti degli irregolari presenti nel Paese⁵.

Esiste, peraltro, una disciplina speciale riguardante determinati lavoratori stranieri la quale, sebbene negli anni abbia, almeno in

² M. FERRARESI, *Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri professionali*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell’immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005, 254.

³ 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.

⁴ In proposito verranno richiamate, fra le altre, le constatazioni di Papa, Ferraresi e Chiaromonte.

⁵ Prezioso si rivelerà, soprattutto, il rimando allo scritto di A. BOLLANI, S. SPATARO, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in A. TURSI (a cura di), *op. cit.*

Italia, trovato scarso utilizzo⁶, 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 nazionale⁷. Chi siano tali lavoratori è spiegato, nel caso italiano, all'art. 27-*quater*, comma 1, TU. Alla lett. *a* si ha che sono lavoratori altamente qualificati quelli in possesso «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»⁸. L'art. 27-*quater* TU 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».

⁶ Dati statistici, circa lo scarso utilizzo della disciplina riservata al lavoratore straniero altamente qualificato, sono stati forniti da M. AMBROSINI, [Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: un "lavoro povero" riservato agli stranieri?](#), e A. GUARISO, [Diritto antidiscriminatorio e contrasto al lavoro povero](#), nel convegno ASGI [Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: uguaglianza formale e disuguaglianza sostanziale](#), Milano, 27 novembre 2017, citato *supra*.

⁷ 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 CSDLLE "Massimo D'Antona" – INT, 2015, n. 122, 26.

⁸ 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*, comma 1, lett. *b*).

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 2009/50/CE (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 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 autorità⁹.

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

⁹ E. GUILD, *The EU'S Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014, 108. Secondo l'A., il desiderio del legislatore europeo non potrebbe dirsi essere stato perseguito fino in fondo, in ragione della previsione contenuta nell'art. 18, § 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».

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 UE¹⁰; 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 terzi¹¹. 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*¹².

¹⁰ E, d'altronde, proprio al considerando 15 della direttiva 2009/50/CE 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».

¹¹ Un'efficace sintesi delle parole pronunciate dall'allora Presidente della Commissione Barroso si trova nell'introduzione di Strik e Grütters alla preziosa opera da loro curata, C. GRÜTTERS, T. STRIK (a cura di), *The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, 2013 (consultabile in <http://repository.uhn.ru.nl/>).

¹² B. FRÍÐRIKSDÓTTIR, *Negotiations on the Blue Card Directive in the Working Party on Migration and Expulsion*, in C. GRÜTTERS, T. STRIK (a cura di), *op. cit.*, 5. Al considerando 3 della direttiva, d'altronde, si ricorda che «Il Consiglio 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».

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 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 un «quadro legislativo complessivo (orizzontale) anziché varare proposte legislative settoriali»¹³. Se il Comitato, nei propri interventi, non escludeva la convenienza di possibili “correttivi” ad una disciplina però *unitaria* dell’arrivo regolare – «norme specifiche per questioni settoriali e condizioni particolari» – d’altro canto esso riteneva che «Un’eventuale scelta del Consiglio dell’Unione euro-

¹³ [Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Proposta di direttiva del Consiglio sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati](#), 9 luglio 2008, § 1.7, citato da B. FRÍÐRIKSDÓTTIR, *op. cit.*, 5. 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, «Symmetry between the free movement of workers within the EU and the admission and integration of TCNs [Third-Country Nationals] was already at a core objective». 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*, in C. GRÜTTERS, T. STRIK (a cura di), *op. cit.*, 17, da cui è tratta la citazione.

pea in favore di un approccio settoriale, soltanto per l'ammissione di immigranti altamente qualificati, oltre a essere discriminatoria, non servirebbe a regolare una grande parte dell'immigrazione [...] [e] non corrisponderebbe alle esigenze europee»¹⁴. 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.

Se inoltre la direttiva 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 membri¹⁵, 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 spirito¹⁶.

¹⁴ [Parere del Comitato economico e sociale europeo, cit.](#), § 1.7. 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 *Blue Card Directive* avrebbe dato un contributo importante all'attrattività della macro-zona UE verso gli stranieri più “desiderabili”.

¹⁵ E. GUILD, *op. cit.*, 108.

¹⁶ In particolare, l'atteggiamento dei singoli Stati membri è messo in luce criticamente da E. GUILD, *op. cit.*, 108, e, in modo ampio, da T. DE LANGE, *op. cit.*, 17 ss.

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’Unione¹⁷. 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.

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 § 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 europei *friendly* nei confronti dell’immigrazione “buona”, “utile”,

¹⁷ La denominazione “Carta blu”, scelta dal legislatore europeo, è chiaro riferimento alla *Green Card* statunitense.

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) nell'art. 5, stavolta al § 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 disposizione¹⁸ (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 3 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”

¹⁸ Si noti che, nel considerando 11 della 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».

il requisito in esame, chi invece insisteva per abbassare il livello della soglia salariale. La previsione infine adottata è servita da soluzione “di compromesso”¹⁹.

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 discussi²⁰, anche con riferimento alla condizione giuridica dello straniero. 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 impiego²¹, delle condizioni perché il titolare della Carta blu possa soggiornare in uno Stato membro diverso da quello del primo ingresso²², ancora, le dispo-

¹⁹ B. FRÍÐRIKSDÓTTIR, *op. cit.*, 7.

²⁰ Si permetta nuovamente il riferimento (e per approfondire, il rimando) a B. FRÍÐRIKSDÓTTIR, *op. cit.*, 7 ss., che con grande accuratezza descrive il confronto politico – talvolta aspro – che ha riguardato certi passaggi normativi della direttiva 2009/50/CE.

²¹ L’art. 13, § 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.

²² L’art. 18, § 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 qualifica-

sizioni in tema di parità di trattamento²³ e poi in tema di ricongiungimento familiare²⁴.

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*

ta, alle condizioni previste dal presente articolo». L'art. 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 della 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 2 anni di regolare soggiorno, e lavoro, nel Paese di ingresso). Tesseltje 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, § 2) la decisione di ammettere il titolare della *Blue Card* compiuta dallo Stato del primo ingresso.

²³ 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.

²⁴ Con riferimento ai "familiari", la disciplina della direttiva 2003/86/CE è assunta invero quale *framework* fondamentale.

workers. Bisogna sottolineare che, per come è formulato l’art. 14, § 1, della direttiva²⁵, il diritto al pari trattamento (potrebbe sostenersi) vale soltanto nello Stato membro che ha rilasciato la Carta blu²⁶. 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.

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 ai mercati 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

²⁵ L’art. 14, § 1, della direttiva 2009/50/CE 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».

²⁶ E. GUILD, *op. cit.*, 99.

fortemente competitiva»²⁷ 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 geo-politico e la propria straordinaria importanza economica, non considerare che strategie finalizzate ad agevolare l'ingresso di flussi ingenti di lavoratori, tutti appetibili per la parte "più alta" del mercato del lavoro, potrebbero 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*)²⁸. 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,

²⁷ L'espressione utilizzata proviene, com'è noto, dall'art. 3, § 3, TUE. Che la direttiva 2009/50/CE sia pensata dal legislatore europeo come passo coerente, nella direzione stabilita all'art. 3 TUE, è confermato dal testo del considerando 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».

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. GRÜTTERS, T. STRIK (a cura di), *op. cit.*, 28.

“drenaggio di cervelli”) e “*skills flow*” (“flusso di capacità”). Il tema è presente nel tessuto normativo della direttiva 2009/50/CE ed è affrontato in vario modo. L’affermazione più forte è contenuta nel considerando 22²⁹. 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”, ecc.).

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, § 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, § 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 del *brain drain*, consiste nell’agevolazione della “migrazione circolare”. L’esperto di diritto internazionale del lavoro Ryszard Cholewinski osserva come,

²⁹ Il testo del considerando 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».

all'art. 16 della direttiva, sia facilitato il ritorno dei lavoratori altamente qualificati nei loro Paesi d'origine. È compiuta, infatti, la scelta di permettere periodi di assenza più lunghi³⁰, 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, risulti rispettato il requisito della durata del soggiorno continuativo, necessario proprio per l'ottenimento dello status di lungo-soggiornante CE. Al § 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 lavora-

³⁰ L'art. 16, § 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».

tori *low-skilled* «is more controversial and raises concerns that promotion and implementation of circular migration schemes for this group of migrants exacerbates precarious work and further restrictions on rights»³¹.

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 d.lgs. n. 108/2012. 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 membri³².

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*, comma 1, TU i migranti devono possedere per ottenere il rilascio della Carta blu UE. La Carta blu può essere rilasciata: «a) agli stranieri in possesso dei requisiti di cui al comma 1, anche se soggiornanti in altro Stato membro; b) ai lavoratori stranieri altamente qualificati, titolari della Carta blu rilasciata in un altro Stato membro; c) agli

³¹ R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, 34, da una parte, tratta di un tema che è stato affrontato durante l'analisi delle scelte fondamentali contenute nei decreti flussi degli ultimi anni; dall'altra, anticipa un'ulteriore riflessione cui sarà dedicato spazio in questo capitolo nel § 3, *I lavoratori migranti stagionali*.

³² W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 26. L'A. ricorda come la ricezione della direttiva 2009/50/CE sia stata dovuta, in fondo, all'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (procedura n. 2011/0843). 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 (in modo, con ogni probabilità, da non scoraggiarne l'assunzione).

stranieri in possesso dei requisiti di cui al comma 1, regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale»³³. Al comma 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* TU); 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 UE; 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 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, [...] temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e

³³ Art. 27-*quater*, comma 2, TU.

non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese»³⁴). 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 avviare la 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*, comma 3, si può affermare che tali esclusioni tro-

³⁴ Art. 1, § 2, della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati.

vano la propria ragion d'essere nell'esigenza di una gestione *ordinata* degli ingressi in Italia.

1.5.1. Il rinvio, per quanto non diversamente disposto, all'art. 22 TU

Il comma 4 dell'art. 27-*quater*, che riguarda la concessione del nulla osta al lavoro per il migrante altamente qualificato³⁵, fa rinvio a quanto disposto – per la generalità dei lavoratori stranieri subordinati – all'art. 22 TU. 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

³⁵ 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).

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 TU* 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 prescrizioni”.

In primo luogo va ricordato che, nella proposta di contratto di soggiorno, deve essere accertato il rispetto della “soglia salariale”³⁶. Inoltre, il datore di lavoro deve indicare «il titolo di istruzione e la qualifica professionale superiore, come indicati al comma 1, lettera 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*, comma 5). Per quegli stranieri che già siano regolarmente soggiornanti in Italia, e che non rientrino nei casi di 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*, comma 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/CE. Certo bisogna osservare che, come la verifica della necessità economica è ostacolo facilmente aggirato, nella prassi, per i lavoratori subordinati “ordinari”, a maggior

³⁶ Della c.d. soglia salariale è stato detto *supra*.

ragione tale verifica non costituirà alcun vero impedimento per gli *highly-skilled workers*.

1.5.2. *Le ipotesi di diniego o revoca del nulla osta*

Sono introdotte “nuove”³⁷ 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 condannato³⁸ «negli ultimi cin-

³⁷ Non può non osservarsi come tali “nuove” ipotesi di diniego o revoca rassomiglino molto a quanto già stabilito all’art. 22, commi 5-*bis* e 5-*ter*, TU. Visto il generale rimando (salvo quanto diversamente stabilito) operato proprio all’art. 22 dall’art. 27-*quater* TU, non sarebbe stato sufficiente inserire, entro l’art. 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 “a-critico” (senza cioè ricordarsi che – per certe problematiche – ha già dettato norme del tutto simili ma di carattere generale) si consiglia la lettura di M. MCBRITTON, *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*, 2017, n. 2, 14-15.

³⁸ Ai fini dell’applicazione della disposizione *ex* comma 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.

que 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».

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: *2 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 dell'"accordo di integrazione" (art. 4-*bis*, comma 2, TU), sia al versamento della c.d. *tassa di soggiorno* (art. 5, comma 2-*ter*, TU).

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 beneficino di *trattamento uguale* a quello riservato ai cittadini (italiani e, ovviamente, dell'Unione) ma, in tal senso, aggiunge soltanto che ciò avviene «conformemente 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 espressa³⁹. Tale deroga riguarda l'accesso all'impiego e comprende i primi 2 anni del regolare soggiorno del titolare della Carta blu. Si prescrive, all'art. 27-*quater*, comma 13, che il migrante svolga soltanto attività lavorative conformi alle condizioni fissate nel comma 1 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.

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 2 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 comma 14 una previsione che non deve essere applicata per un arco di

³⁹ Si abbia riguardo al combinato disposto dei commi 13 e 15 (art. 27-*quater* TU).

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 comma 14: 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/CE⁴⁰: 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 dell’«esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri» o della «tutela dell’interesse nazionale»).

1.5.5. *La revoca della Carta blu*

Al comma 12 dell’art. 27-*quater* 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 rispet-

⁴⁰ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 32.

to delle prescrizioni *ex* comma 13, nonché al caso in cui il lavoratore straniero non riesca a mantenere sé ed, eventualmente, i propri familiari⁴¹, senza ricorrere al regime di assistenza sociale nazionale, con l'eccezione del periodo di disoccupazione. Occorre osservare, al comma 12 che non è indicata l'estensione temporale "tollerata" della disoccupazione, a differenza di quanto avviene nell'art. 13 della direttiva 2009/50/CE. La norma europea indica infatti come dato massimo "3 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.

1.5.6. La mobilità del titolare di Carta blu fra Italia e altro Stato membro

Al comma 17 (art. 27-*quater*) si dà previsione per il caso in cui faccia ingresso in Italia lo straniero che, in precedenza, abbia ot-

⁴¹ 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 TU. I parenti per i quali può essere avanzata istanza di ricongiungimento sono: «a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni; b) 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; c) 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; d) 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».

tenuto 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*, comma 17, TU 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 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 giorni⁴².

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 2 anni, quando il migrante instaura un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; poi deve ottenere il rinnovo della Carta blu. Si prevede d’altro canto che,

⁴² Si tratta di un termine più breve dei 90 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.

se il rapporto lavorativo instaurato è a tempo determinato, il permesso dura quanto il rapporto (si noti, il permesso deve comunque avere durata di almeno 3 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*, comma 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 impiego⁴³, con il quale cioè potere ricercare un'occupazione, sia pure per un periodo di tempo limitato.

⁴³ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 35.

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 CE⁴⁴ da parte del titolare della Carta blu (art. 9-ter, comma 3, TU). Per l’acquisizione di tale status si prevede siano integrate diverse condizioni, fra cui la decorrenza di almeno 5 anni di soggiorno ininterrotto e regolare. Se all’art. 9 TU (dedicato ai neo-lungo-soggiornanti “ordinari”, non previ titolari di Carta blu) si prescrive che il periodo dei 5 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 2 anni.

Si tratta, evidentemente, di una disposizione di favore nei confronti dei lavoratori altamente qualificati, la cui stabilizzazione è facilitata⁴⁵. In tal modo non ne viene, peraltro, diminuita la propensione allo spostamento all’interno dell’Unione, che così può

⁴⁴ 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, ecc.). Si consiglia, comunque, l’esplicativa lettura di L. OLIVETTI, P. BONETTI, *Permesso di soggiorno ce per soggiornanti di lungo periodo. Scheda pratica ASGI*, ASGI, 2012, in www.asgi.it.

⁴⁵ L’acquisizione dello status di lungo-soggiornante CE significa, per il migrante, acquisire una posizione più stabile e maggiori diritti (soprattutto di carattere sociale).

meglio funzionare da mercato del lavoro unitario (obiettivo comunque “fuori portata”⁴⁶).

Concludendo l’ampia trattazione dedicata ai lavoratori altamente qualificati, destinatari della Carta blu dell’Unione, non si può omettere di considerare un dato macroscopico.

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 – negli anni non sono comunque stati raggiunti grandi risultati. In Italia⁴⁷, dal 2012 a oggi,

⁴⁶ Degli ostacoli al funzionamento dell’Unione quale mercato del lavoro unitario – almeno per i lavoratori stranieri altamente qualificati – s’è detto *supra*.

⁴⁷ I dati in questione sono stati forniti da A. GUARISO, *op. cit.* 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 McBritton) “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

le Carte blu rilasciate sono state appena 500, forse 600. Si tratta di dati risibili, per poter 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 direttiva 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.

scarso raccordo fra scuola, università e mondo del lavoro. E diciamolo, 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](#), in [Boll. ADAPT](#), 2018, n. 4, 3).

2. Quadro sintetico della disciplina dedicata ai lavoratori migranti ex artt. 27 ss. TU

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 un tratto distintivo: 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, potrà sentirsi particolarmente di-

sincentivato a svolgere attività potenzialmente “sgradite” alla parte datoriale (esperimento di ricorsi interni, sindacalizzazione, propensione a richiedere giorni di malattia, ecc.).

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.

2.2. Al di fuori del sistema delle quote

Che per l’attuazione della *Blue Card Directive*, finora analizzata, si scegliesse di creare l’art. 27-*quater*, non è stata scelta *topograficamente* casuale.

L’art. 27 e gli altri articoli che si sono sommati in questa “zona” del Testo Unico sull’immigrazione (artt. 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. TU possono entrare in Italia senza rispettare il sistema

delle quote delineato all'art. 3 TU, 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 negli artt. 27 ss. TU) sottostare alle quote definite *ex art.* 3, comunque esista un sistema “alternativo” di controllo preventivo-numericò degli ingressi, sistema che bisogna applicare in riferimento al lavoratore. Esempi davvero calzanti, in proposito, sono forniti dalle previsioni in tema di lavoratori volontari⁴⁸ e lavoratori sportivi⁴⁹.

2.3. Il lavoro in casi particolari

Svolta tale opportuna precisazione, si guardi all'art. 27 TU, rubricato *Ingresso per lavoro in casi particolari*⁵⁰. Al comma 1 si trova l'elencazione di diverse categorie di lavoratori migranti⁵¹, cui non

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Di cui si dirà a breve.

⁵⁰ Fra gli addetti ai lavori, sembra che questa rubrica (dalla formulazione emblematicamente “aperta”) sia sistematicamente tradotta in questi termini: ingresso per lavoro *fuori quota*. Cfr. M. MCBRITTON, *op. cit.*, 12.

⁵¹ Per completezza si riporta qui la lettera normativa dell'art. 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 profes-

può rivolgersi il sistema *ex art.* 3 TU. L'esclusione, per queste categorie di migranti, si spiega in ragione delle caratteristiche dell'attività per lo svolgimento della quale il lavoratore fa ingresso

sori 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».

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 enumerate⁵². 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 pochi⁵³; inoltre, il calmieramento potrebbe risultare davvero irragionevole a causa della 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 sport⁵⁴.

⁵² M. MCBRITTON, *op. cit.*, 3.

⁵³ Ivi, 2.

⁵⁴ Proprio ai lavoratori sportivi è dedicato uno specifico comma all'art. 27, il comma 5-*bis*. È possibile leggervi 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

Altro interessante passaggio dell’art. 27, comma 1, TU 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 servizi⁵⁵.

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 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 strutture sanitarie pubbliche e private»: anche a questi non si applicano le previsioni dell’art. 3 TU. E tuttavia, la *ratio* di questa aggiunta consiste probabilmente nel «tentativo di sopperire alle carenze di or-

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, lett. *p* (disposizione in virtù della quale i lavoratori sportivi sono esclusi dal sistema *ex* art. 3 TU). Se infatti la lett. *p* si riferisce soltanto agli sportivi “professionisti”, il comma 5-*bis* riguarda in generale chi compie attività sportive «*comunque retribuite, dunque anche dilettantistiche*» (M. FERRARESI, *op. cit.*, 277). 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» (*ibidem*).

⁵⁵ M. MCBRITTON, *op. cit.*, 3.

ganico registrate con riferimento a tale professione»⁵⁶. Degli infermieri professionali stranieri si caldeggia, anzi, la permanenza in Italia. A tal proposito, particolarmente emblematica è la previsione *ex art. 40, comma 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 durata⁵⁷. 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.

⁵⁶ M. FERRARESI, *op. cit.*, 278.

⁵⁷ 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 di 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.

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 Testo Unico sull’immigrazione 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 TU – 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 TU), egli deve essere «in possesso di un titolo di studio superiore, che nel Paese dove è stato conseguito dia accesso a programmi di dottorato» (comma 1)⁵⁸.

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

⁵⁸ Non è un caso che, all’art. 27-*ter*, comma 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 *PhD 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).

della ricerca)⁵⁹. L'istituto provvede per la richiesta di nulla osta presso lo sportello unico dell'immigrazione. La convenzione sti-

⁵⁹ 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 dell'art. 27-ter abbia realizzato una norma meno anomala – e meno controversa – di quella contenuta nell'art. 5-bis TU 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.

pulata – 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 TU*, infatti, va garantito *a prescindere* dalla durata temporale dei permessi di soggiorno concessi ai ricercatori⁶⁰ (durata, fra l’altro, che deve essere pari a quella necessaria allo svolgimento dei singoli progetti di ricerca).

A conclusione della snella analisi proposta in riferimento all’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 uno 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 3 mesi, la stipulazione della convenzione di accoglienza con l’istituto di ricerca che “ospita” lo straniero, coerentemente con quanto visto *supra*.

⁶⁰ Si parla, a tal proposito, di permessi di soggiorno “per ricerca scientifica” (art. 27-*ter*, comma 7, TU).

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* TU (*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 (c.d. direttiva ICT o *Intra-corporate Transfers Directive*). 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» (d.lgs. n. 253/2016, con il quale, appunto, la direttiva 2014/66/UE è stata attuata).

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. 253/2016⁶¹. In particolare, all’art. 27, comma 1, lett. *a*, TU 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 artt. 27-*quinquies* e 27-*sexies* TU, dato normativo *clou*). Analoga prescrizione era già contenuta nella lett.

⁶¹ 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, in www.pietroichino.it – *NW*, 2016, n. 411.

f⁶², circa le persone “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 ha infatti lasciato ai singoli Stati membri un ampio margine di scelta sul tema⁶³. Il fatto che il legislatore italiano abbia optato per non applicare ai lavoratori ICT⁶⁴ 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 artt. 27-*quinquies* e 27-*sexies* detti, allo stesso modo che il 27-*quater* per gli stranieri altamente qualificati, un innegabile favore legislativo verso i lavoratori ICT.

2.5.1. *Il favore legislativo verso i lavoratori ICT*

Per spiegare le ragioni di tale favore, è utile rifarsi ai considerando della direttiva 2014/66/UE. Il legislatore europeo è consapevole che «la globalizzazione delle imprese, l’aumento degli scam-

⁶² Occorre ricordare come l’art. 27, comma 1, lett. f, faccia riferimento alle «persone che, autorizzate a soggiornare per motivi di formazione professionale, svolgono periodi temporanei di addestramento».

⁶³ M. MCBRITTON, *op. cit.*, 7.

⁶⁴ D’ora innanzi, quando si voglia fare sintetico riferimento ai diversi lavoratori cui la disciplina *ex artt. 27-quinquies* e *27-sexies* si rivolge, sarà utilizzata l’espressione “lavoratori ICT”.

bi, la crescita e l'espansione dei gruppi multinazionali»⁶⁵ 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 mantenendo una normativa “superata”, paradigmatica di una visione datata della mobilità del lavoro.

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, a: «a) dirigenti; b) lavoratori specializzati, ossia i lavoratori 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 professio-

⁶⁵ P. ICHINO, *op. cit.*

nale, 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”⁶⁶. 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 nell’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 lett. *b* e *c* dell’art. 27-*quinquies*, comma 1, si ha che le definizioni di “lavoratore specializzato” e di “lavoratore in formazione” sono riprese pedissequamente dalla direttiva europea.

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 occorre anche considerare le caratteristiche dell’impresa presso cui lo straniero è dipendente e, inoltre, che cosa essa abbia disposto per lui.

⁶⁶ *Ibidem*.

Va perciò notato che l'impresa, necessariamente stabilita presso un Paese terzo, deve aver disposto un distacco *temporaneo*⁶⁷ per lo straniero il quale, dal canto suo, all'impresa deve essere legato da un rapporto di lavoro che dura almeno da 3 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.»⁶⁸ ⁶⁹. 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” – *Intra-corporate Transfers Directive* (letteralmente, direttiva distacchi intra-

⁶⁷ *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*.

⁶⁸ M. MCBRITTON, *op. cit.*, 7.

⁶⁹ L'art. 2359, primo comma, n. 1 e 3, c.c. recita: «Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; [...] 3) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa».

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 – *extra-corporately*. A loro sono stati dedicati a livello europeo specifici interventi normativi: prima la direttiva 96/71/CE, poi la 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* comma 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 disomogenea⁷⁰. Nei casi del lavoro autonomo e somministrato, comunque, la *ratio* è alquanto evidente: manca il vincolo di subordinazione⁷¹. 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-

⁷⁰ M. MCBRITTON, *op. cit.*, 8.

⁷¹ *Ibidem*.

quinquies è dedicata soltanto a coloro per i quali la permanenza in Italia duri almeno 3 mesi⁷². 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.

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 3 anni e che quello del tirocinante duri al più un anno⁷³. Le norme in tema di durata

⁷² 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 3 mesi. L'Italia (art. 27-*quinquies*, comma 2, TU) ha, per tutte le tipologie di lavoratori previste nella direttiva, scelto proprio il livello minimo dei 3 mesi.

⁷³ 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» (AA.VV., *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, 2017, 14). Tale significato del tirocinio risulta contraddetto quando non siano posti dei limiti

massima vanno messe in relazione⁷⁴ con un’altra disposizione. Per evitare che decorsi 3 anni – o soltanto 12 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’*intra-corporate transfer* come intrinsecamente temporaneo), è stabilito che debba sussistere un periodo di pausa di almeno 3 mesi fra il raggiungimento della durata massima del trasferimento e la presentazione della nuova domanda di *nulla osta* al lavoro.

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*, comma 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»

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.

⁷⁴ P. ICHINO, *op. cit.*

(lett. *a*); *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”»⁷⁵. Tali oneri di documentazione risultano perfettamente in linea con i limiti (descritti *supra*) concernenti l'ambito applicativo dell'art. 27-*quinquies* TU.

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 trasferimento⁷⁶ (compresa, s'è visto, fra la soglia minima dei 3 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» (comma 5, lett. *b*); «le mansioni e la qualifica di dirigente, o di lavoratore specializzato o di lavoratore in formazione nell'entità ospitante»⁷⁷. Sono precisate, inoltre, «le condizioni di lavoro e la retribuzione che saranno riconosciute» e documentate «le qualifiche professionali del prestatore»⁷⁸.

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, condi-

⁷⁵ M. MCBRITTON, *op. cit.*, 8.

⁷⁶ 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» (art. 27-*quinquies*, comma 5, lett. *c*, n. 4, TU).

⁷⁷ M. MCBRITTON, *op. cit.*, 8.

⁷⁸ *Ibidem*.

zionando 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»⁷⁹. 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*»⁸⁰.

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» (art. 27-*quinquies*, comma 6, TU)⁸¹.

Il nulla osta al lavoro deve essere rilasciato nel termine di 45 giorni⁸², dopo che siano stati «acquisiti i pareri di competenza della sede territoriale dell’Ispettorato nazionale del lavoro per la verifica delle condizioni di cui al comma 5 [83] e della questura per la verifica della insussistenza di motivi ostativi all’ingresso dello straniero ai sensi dell’articolo 31, comma 1 [84], del regolamento di attuazione» (comma 8).

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ F. D’ADDIO, *L’evoluzione della disciplina dei tirocini e i rapporti con i concetti di occupabilità e professionalità*, in *Professionalità Studi*, 2018, n. 3, 8.

⁸¹ In tal senso, il presente onere di comunicazione si distingue da quello normalmente gravante in capo al datore di lavoro “ordinario” dello straniero.

⁸² 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 90 giorni.

⁸³ 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.

⁸⁴ Il richiamo alla norma del regolamento di attuazione non è esplicativo, giacché qui meramente si fa riferimento, senza alcuna specificazione, ai

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 dell’art. 27-*quinquies*⁸⁵) desta particolare attenzione la disposizione della lett. *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 TU*, i lavoratori ICT fanno ingresso in Italia al di

motivi – appunto – ostativi all’ingresso. Evidentemente, per ritrovare la descrizione di tali motivi bisogna tornare all’ampia elencazione operata all’art. 22 TU, che (come noto) riguarda la procedura di ingresso in Italia per il lavoratore subordinato straniero “non ulteriormente caratterizzato”.

⁸⁵ L’art. 27-*quinquies*, comma 15, TU 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».

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 disposizioni in tema di “*intra-corporate transfers*” sarebbero dal di dentro svuotate di senso.

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 nell’art. 27-*quinquies*, comma 10. Vi si prevede che lo straniero, entro 8 giorni dal proprio ingresso in Italia⁸⁶, 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 soggiorno⁸⁷. Al comma 17, si definisce soltanto un termine ordinatorio entro il quale il permesso di soggiorno – appunto – “ICT”⁸⁸ deve essere rilasciato: 45 giorni dalla

⁸⁶ 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 TU.

⁸⁷ M. MCBRITTON, *op. cit.*, 11.

⁸⁸ 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

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 (comma 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 3 anni o un anno fissati dal legislatore per il trasferimento intra-societario.

Indipendentemente dalla durata del permesso ICT, potrà concedersi ai famigliari dello straniero un permesso di soggiorno (*ex art. 30 TU*) che abbia lunghezza uguale a quella del permesso rilasciato al parente immigrato⁸⁹.

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

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».

⁸⁹ Una disposizione di questo tipo la si è incontrata anche studiando le discipline dedicate ai lavoratori *highly-skilled* e ai ricercatori stranieri.

lavoro e l'entità ospitante, infatti, stipulano un protocollo d'intesa dove è assicurato il rispetto delle condizioni *ex art. 27-quinquies*, comma 5, allora (comma 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.

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. n. 136/2016 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 servizi⁹⁰. 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,

⁹⁰ M. MCBRITTON, *op. cit.*, 9.

ad 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 n. 883/2004.

Il tema della mobilità intra-europea dei lavoratori ICT, comunque, non si esaurisce nel solo rinvio operato dal comma 12. Ad essa 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 titolare di un permesso di soggiorno ICT ottenuto in altro Paese UE è autorizzato a svolgere attività lavorativa in Italia; senza, fra l'altro, che sia necessaria la concessione di alcun nulla osta. Il legislatore precisa che tale attività lavorativa 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, 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* TU) 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. I lavoratori migranti stagionali

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 TU), è pure innegabile che, sul piano della 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 Paese⁹¹.

Comprendendo che è strutturale l'apporto lavorativo degli immigrati nell'ambito del lavoro stagionale, in relazione a loro i Go-

⁹¹ M. FERRARESI, *op. cit.*, 255.

verni, all'interno dei decreti flussi, hanno negli anni fissato quote d'ingresso numericamente importanti⁹².

Sofferinarsi sul lavoro stagionale straniero ha, peraltro, un ulteriore profondo significato, che va al di là delle dimensioni numeriche del fenomeno.

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»⁹³. 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 stagionale⁹⁴. 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 dell'anno⁹⁵. Se normalmente si afferma che la «posizione giuridica

⁹² 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, R. ZANOTTI, [*Decreto flussi, ecco i dati del flop. Permesso solo a un richiedente su tre*](#), in *La Stampa*, 19 luglio 2017.

⁹³ V. PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *DRI*, 2017, n. 2, 368.

⁹⁴ Ivi, 370.

⁹⁵ 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 specia-

del migrante [dipende] dalle scelte datoriali»⁹⁶ (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 macrocategoria 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 legisla-

lizzate della produzione agro-alimentare. Soltanto a titolo d'esempio (per dare il segno della conoscibilità di tali spostamenti) potrebbero citarsi la raccolta degli agrumi nella (calabrese) Piana di Gioia Tauro per i mesi invernali o quelle primaverili di ortaggi nel casertano. Sicuramente, potrebbe farsi riferimento all'impiego massiccio di braccianti stranieri nelle campagne pugliesi, fenomeno su cui 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*](#), in *Il Mulino*, 2014, n. 1, 29.

⁹⁶ V. PAPA, *op. 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, F. PEROCCO, *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011, 39).

tore⁹⁷, sia per quanto riguarda la solidità della loro posizione nel mercato del lavoro.

Riguardo al primo punto, può proporsi 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*, ricercatori, lavoratori ICT, ecc.), 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”⁹⁸.

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)⁹⁹ definiti come *labour-*

⁹⁷ 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 7, direttiva 2014/36/UE) 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”.

⁹⁸ Tali considerazioni sono per ora posticipate al momento dell’analisi della normativa.

⁹⁹ 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 te-

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.

3.2. Perché “segregazione nella segregazione”

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 pretese¹⁰⁰. 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, ecc.) e ciò, invero, bisogna ritenere sia reso possibile dal profondo intreccio fra irregolarità la-

ma, infatti, esiste una specifica norma di legge: l'art. 1, comma 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*.

¹⁰⁰ 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.

vorativa (c.d. lavoro sommerso)¹⁰¹, irregolarità amministrativa degli stranieri (clandestinità “giuridica”)¹⁰² 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* [...] che [...]

¹⁰¹ 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 di lavoro viene formalizzato utilizzando 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 vero e proprio “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 (a cura di), [La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti. Guida agli strumenti giuridici per la tutela delle vittime](#), ASGI, 2015, 5-6).

¹⁰² 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, F. PEROCCO, *op. cit.*, 40).

ha portato alla costituzione di una fascia di lavoratori *ultra-precari e ultra-flessibili*¹⁰³.

¹⁰³ R. CILLO, *Economia sommersa e lavoro degli immigrati*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *op. cit.*, 91. L'efficace espressione "segregazione nella segregazione" è stata proposta anche *supra*. Si osserva che 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, 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» (ivi 88-89). Poi, riferendosi solo all'*agricoltura* e circoscrivendo spazialmente il proprio commento a Paesi europei come l'Italia, la Francia e la Spagna, l'A. afferma che «la diffusione su scala senza precedenti dell'*informal employment* della forza lavoro immigrata è strettamente legata all'esigenza di abbassare i costi del lavoro vivo posta dall'industrializzazione di questo settore e dalla sua crescente integrazione al mercato mondiale». La posizione critica dell'A. 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*, in *Meridiana*, 2014, n. 79, 219. 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».

3.3. Migranti stagionali e mercato del lavoro

Insistere sul tema della intermediazione illecita è inevitabile. L’ampia diffusione di gravi fenomeni di caporalato¹⁰⁴, infatti, dice molto *anche* della difficoltà 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 fondo¹⁰⁵. Si è già spiegato, d’altronde, come dall’intervento riformatore del 2002, ossia dall’abolizione dell’istituto della “prestazione di garanzia”¹⁰⁶, 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

¹⁰⁴ In OSSERVATORIO PLACIDO RIZZOTTO (a cura di), *Agromafie e Caporalato. Terzo Rapporto*, Flai-Cgil, 2016, 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 trovino sotto il giogo dei caporali, il Rapporto spiega che questi lavoratori (ovviamente) non si vedono garantiti i diritti previsti da legge e 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 8 alle 12 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.

¹⁰⁵ V. PAPA, *op. cit.*, 372.

¹⁰⁶ Dell’istituto della prestazione di garanzia (c.d. istituto dello “sponsor”) s’è avuto modo di dire *supra*.

abbia ricevuto un'offerta lavorativa quando ancora si trovava nel proprio Paese d'origine¹⁰⁷: 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* diretto¹⁰⁸, "*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.

3.3.1. *Migranti stagionali e mercato del lavoro. Gli intermediari*

Il profondo "fraitendimento" finora descritto, riguardante le modalità di realizzazione del *matching* domanda/offerta di lavoro

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ S. BRIGUGLIO, *Oltre la legge Bossi-Fini, le riforme possibili*, in *Lavoce.info*, 8 gennaio 2014.

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 criminali¹⁰⁹.

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 ricattabilità¹¹⁰.

¹⁰⁹ V. PAPA, *op. cit.*, 373. Nella corposa relazione del MINISTRO DELL’INTERNO, [*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, ecc.). 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.

¹¹⁰ 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,

3.4. La direttiva 2014/36/UE

Concluse tali considerazioni preliminari riguardanti certe acute disfunzioni del mercato del lavoro stagionale straniero¹¹¹, si passi all'analisi della normativa.

Innanzitutto, bisogna affermare che la disciplina in parola è stata di recente oggetto di un intervento di modifica. Il d.lgs. n. 203/2016, 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 nega-

i quali 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).

¹¹¹ 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, in modo così pervicace, attanagliano la realtà del lavoro dei migranti stagionali. Quando si decida, d'altronde, che l'analisi giuridica basti a se stessa e non si sia pronti alla contaminazione con i portati di quelle scienze sociali (l'economia, la sociologia, ecc.) che non solo sono necessarie al legislatore che delibera la norma, ma che pure servono al cittadino-elettore per valutare consapevole la proposta politica, non sarà fatto buon servizio a quella causa del conoscere che muove l'onesto lavoro di ricerca.

tiva) “parcellizzato”¹¹². Diversamente, però, a quanto avvenuto con le direttive *Blue Card* e ICT o rispetto ai ricercatori stranieri, la direttiva 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 direttiva 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 lavorativo¹¹³ degli stranieri attraverso una nuova e organica normazione dei flussi regolari¹¹⁴. E, tuttavia, un ulteriore dato di grandissimo interesse, capace di orientare l’interprete nello studio della disciplina europea, è offerto al considerando 7 del-

¹¹² V. PAPA, *op. cit.*, 366.

¹¹³ Il legislatore europeo, consapevole della peculiare vulnerabilità dei migranti stagionali, da una parte chiarisce, al considerando 7 della direttiva, l’obiettivo di «assicurare condizioni di vita e di lavoro dignitose per i lavoratori stagionali». Dall’altra, al considerando 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».

¹¹⁴ E. GUILD, *op. cit.*, 109.

la 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, si parla a proposito come di una “doppia anima” della normativa dedicata al lavoro stagionale straniero¹¹⁵.

3.5. Il modello germanico del “*Gastarbeiter*”

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, 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 *Gastarbeiter* (letteralmente, “lavoratore ospite”)¹¹⁶: meglio – nell'ottica del legislatore – gli in-

¹¹⁵ V. PAPA, *op. cit.*, 368.

¹¹⁶ A. TURSI, [La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa](#), Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2004, n. 14, 6. L'espressione “*Gastarbeiter*”, storicamente coniata nell'ambito delle strategie per l'immigrazione della Repubblica federale tedesca, in particolare è stata utilizzata prima negli anni Sessanta, 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 Novanta, quando un atteggiamento analogo (di “apertura” accompagnata però da ristrette possibilità di definitiva stabilizzazione

sediamenti 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 temporanea¹¹⁷, 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 stagionali¹¹⁸. Tale – utilitaristico – atteggiamento di favore è giustificato da evidenti ragioni di convenienza. L’immigrato stagionale è, radicalmente, un lavoratore *on demand*¹¹⁹: 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 perma-

nel Paese per il migrante) è stato inaugurato verso i lavoratori dell’Est-Europa post sovietico.

¹¹⁷ *Infra*, in sede di analisi delle singole previsioni contenute nell’art. 24 TU (*Lavoro stagionale*), sarà dato puntualmente conto dell’atteggiamento in parola.

¹¹⁸ F. DE PONTE, R. ZANOTTI, *op. cit.*

¹¹⁹ M. FERRERO, F. PEROCCO, *op. cit.*, 41.

nenza 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 Testo Unico sull'immigrazione in tema di ricongiungimento familiare. L'art. 28 TU (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, comma 3-*bis*, lett. *a*, dove si ha che «La durata del relativo permesso di soggiorno per lavoro [...] comunque non può superare: a) 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 9 mesi – il massimo possibile – comunque non potrà esercitare alcun diritto all'unità familiare. Non potrà perciò far ottenere alcun permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 30 TU) ai propri congiunti. Tale dato è di particolare rilevanza se si considera che ai familiari, fin dalla concessione del primo permesso *ex* art. 30 TU, non solo debbono essere garantiti, per quanto concerne l'ambito strettamente lavoristico, «l'accesso [...] ad un'attività lavorativa dipendente o autonoma, all'orientamento, alla formazione, al perfezionamento e all'aggiornamento professionale»¹²⁰, ma – più in generale – bisogna che a loro siano riconosciute, all'interno del diritto della sicurezza sociale¹²¹, la «parità

¹²⁰ D. GOTTARDI, *Il ricongiungimento familiare*, in A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 313.

¹²¹ 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

di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani» (art. 2, comma 3, TU)¹²². L’immigrazione stagionale

Corte, si rivela utile la lettura della sentenza 21 giugno 2017, *Kerly Del Rosario Martinez Silva c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e Comune di Genova*, 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 3 figli minori (assegno istituito dalla l. n. 153/1988). I giudici europei ritengono che la prestazione assistenziale sia quella attribuita ai beneficiari «prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali» (punto 20). 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 *Boll. ADAPT*, 2017, n. 24).

¹²² 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. «La tutela di sicurezza sociale nella legislazione del nostro paese sembrerebbe, infatti, 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*, in A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 295). Tuttavia, è comunque necessario puntualizzare che un discorso a parte meritano i diritti sociali che in dottrina sono definiti come “personalissimi” (B. PEZZINI, *Una questione che interroga l’uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, 2010, 32 del [dattiloscritto](#)). 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 per la persona adulta», oltre che «tutti i diritti dei minori» (*ibidem*). Con ogni probabilità, si deve ritenere che i diritti sociali personalissimi, più che riconducibili all’art. 2, com-

permette, dunque, di non approfondire 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 economico-finanziaria, per lo Stato ospite, quando è favorita un'immigrazione dal carattere marcatamente provvisorio, invece di una più stabile.

3.6. La disciplina in tema di ingresso e soggiorno del migrante stagionale

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.

ma 3, TU, 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».

Si considerino le disposizioni in tema di concessione del permesso di soggiorno e, in particolare, il dettato dell'art. 5, comma 3-ter, TU. 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, comma 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 d.lgs. n. 203/2016), 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 *2 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 direttiva¹²³, «di favorire i processi di migrazione circolare»¹²⁴.

¹²³ Il considerando 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

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 9 mesi nell’arco di 12). 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 s’è coniata l’espressione di «migrazione temporanea (potenzialmente) ripetibile»¹²⁵.

Chiudendo l’analisi della disposizione *ex* art. 5, comma 3-*ter*, occorre osservare che essa può porsi in relazione con altra norma riguardante l’ingresso dei lavoratori stagionali. Tale norma (contenuta nell’art. 24, comma 9, TU) 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».

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».

¹²⁴ V. PAPA, *op. cit.*, 375.

¹²⁵ *Ivi*, 376.

L’art. 24, comma 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 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»¹²⁶.

È pure vero, ad ogni modo, che un’altra previsione, quella *ex art.* 24, comma 10, TU, 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 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 “3 mesi” – quale soglia minima superata la quale può chiedersi la conversione del permesso di soggiorno per lavoro stagionale – tale dato normativo è

¹²⁶ *Ibidem.*

vero “soltanto per metà”. Nel senso che 3 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 39 giornate lavorative. Ciò, infatti, è affermato entro una circolare congiunta del Ministero dell’interno e del Ministero del lavoro e delle politiche sociali¹²⁷. A seguito di tale doverosa e significativa precisazione, si osserva che la possibilità di conversione contenuta nell’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 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, comma 10, TU* 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»¹²⁸.

Insomma, da una parte, la norma in esame deve porsi su di un piano differenziato perché, concretamente, se si considerano i

¹²⁷ [Circ. 29 gennaio 2016, n. 471](#).

¹²⁸ F. PASTORE, *Zombie policy. Politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, in *Il Mulino*, 2016, n. 4, 598.

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)»¹²⁹). Dall’altra, il fatto che una singola norma come quella *ex* comma 10, unita alla lettura interpretativa offerta al massimo livello dell’amministrazione, 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 legislatore¹³⁰. 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 7.

3.6.2. *Artt. 24 e 22 TU*

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” della concessione del permesso di soggiorno. L’art.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ivi*, 597.

24, comma 1, TU 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 TU, 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, comma 10, TU 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.

3.6.3. *Il rilascio del nulla osta per lavoro stagionale*

All’art. 24, comma 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 2/3 il lasso di tempo consentito per il rilascio del nulla osta se si fa confronto con la corrispondente norma dell’art. 22 TU, 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.

3.6.4. *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 in 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 essere 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 significa-

to di ulteriore garanzia per il prestatore la norma, contenuta nel comma 3, ultimo periodo, la quale prescrive il canone di locazione «non può essere decurtato automaticamente dalla retribuzione del lavoratore» stagionale.

3.6.5. Semplificazioni procedurali. Nulla osta cumulativo e silenzio-assenso

All'art. 24, comma 5, TU, si prevede che sia rilasciato un unico nulla osta per lavoro stagionale, per autorizzare l'impegno lavorativo del medesimo prestatore presso più datori di lavoro¹³¹. 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.

L'art. 24, comma 6, TU 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

¹³¹ Copia di questo nulla osta “unico” deve essere consegnata a ciascuno dei datori di lavoro che hanno avanzato richiesta.

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 TU* prima della trasposizione della direttiva 2014/36/UE. E tuttavia, il d.lgs. n. 203/2016 è intervenuto modificando la norma in esame e rendendo concretamente più semplice la realizzazione del silenzio-assenso¹³².

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: 9 mesi complessivi nell'arco di 12 (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 9 mesi complessivi nell'arco di 12¹³³.

¹³² Prima del 2016, si prevedeva che la domanda di nulla osta venisse accolta quando lo straniero fosse stato destinatario del nulla osta (per lavoro stagionale) l'anno precedente a quello della nuova domanda.

¹³³ 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

3.6.7. *Diniego e revoca del nulla osta*

Passando a considerare le ipotesi di diniego o revoca del nulla osta *ex* comma 12¹³⁴, 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 irregolare¹³⁵. 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 immigrata¹³⁶.

le condizioni previste all'art. 24, comma 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.

¹³⁴ 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 5 anni precedenti), 10 (riguardante la possibilità di conversione del permesso rilasciato per motivi di lavoro stagionale) e 11 (in tema di nulla osta pluriennale).

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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 transnazionale, i propri servizi di intermediazione per mettere in contatto il datore di lavoro fittizio con il

La previsione contenuta nell'art. 24, comma 12, lett. *c*, dimostra, a sua volta, la particolare attenzione manifestata 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 lett. *d* del comma 12 va nella direzione (ma lo si potrebbe dire anche della lett. *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 lett. *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 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 dottrina¹³⁷ soprattutto perché, pur trattandosi di un'innovazione introdotta con il d.lgs. n. 203/2016, non ha rappresentato la mera trasposizione di una norma europea, essendo invece frutto di una precisa scelta operata dal legislatore italiano.

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.

¹³⁷ V. PAPA, *op. cit.*, 385.

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 (comma 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» (comma 13, lett. *a*) 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 (lett. *b*).

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 nel comma 14 dell'art. 24 TU. Il datore di lavoro «è tenuto a versare al lavoratore un'indennità per la cui determinazione si tiene conto delle 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 dal 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.

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/UE, non può ritenersi davvero soddisfacente. Perché il calcolo dell’indennità¹³⁸ 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»¹³⁹, ciò risulta poco comprensibile per l’interprete.

3.7. Commi 16 e 17 e considerazioni finali

L’art. 24 si conclude¹⁴⁰ 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 TU deve contenere un riferimento espresso al lavoro stagionale, ossia il lavoro che il titolare del permesso è autorizzato a svolgere in Italia), altrettanto poco con-

¹³⁸ 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.

¹³⁹ Art. 17, § 2, della direttiva 2014/36/UE.

¹⁴⁰ È decisione di chi scrive affrontare il macro-tema cui le previsioni *ex* comma 15 sono riconducibili, *infra*, nel cap. IV, *Irregolarità, sfruttamento lavorativo del lavoratore migrante e tecnica della sanatoria*.

siderevole 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 parola¹⁴¹, peraltro, non sembrano aggiungere nulla a quanto comunque si sarebbe potuto sostenere in via di interpretazione.

Esaurita l'analisi delle disposizioni contenute nell'art. 24 TU, 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 TU), 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

¹⁴¹ L'art. 24, comma 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».

imprese siano state influenzate anche dal cambiamento delle risorse umane disponibili.

Pure a livello giornalistico-divulgativo¹⁴², 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”)¹⁴³; 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 agricoltura 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)¹⁴⁴.

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 possa-

¹⁴² Per accuratezza e professionalità, potrebbe citarsi il reportage TV [Terra e Cibo](#), realizzato nel 2011 all’interno del programma Rai [Presadiretta](#).

¹⁴³ D. PERROTTA, *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, cit., 219. L’espressione in parola ha formato oggetto di citazione anche *supra*.

¹⁴⁴ 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 di COLDIRETTI, [Un terzo di pioggia in meno, Italia a secco](#), in [www.coldiretti.it](#), 9 febbraio 2018.

no fare scelte diverse. Ed 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 IV.
**Irregolarità, sfruttamento lavorativo
del lavoratore migrante
e tecnica della sanatoria**

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*.

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*”¹) 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.

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 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 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%)².

¹ F. PASTORE, *Zombie policy. Politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, in *Il Mulino*, 2016, n. 4, 599.

² In particolare, i dati Istat si trovano divulgati all’interno di un articolo del quotidiano *Il Sole 24 Ore*, pubblicato il 13 settembre 2016 e intitolato, per l’appunto, [Istat: economia sommersa e illegale «vale» 206 mld, il 12,9% del Pil](#).

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 TU 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 permanenza³, si comprende come anche chi abbia fatto regolarmente ingresso in Italia possa, in seguito, cadere in una condizione di irregolarità amministrativa.

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 consenti-

³ 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.

to/dato luogo a una produzione “istituzionale” di clandestinità. Essa alimenta il lavoro sommerso e «garantisce una flessibilità di fatto dei mercati settoriali e locali del lavoro»⁴, 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 giornalisticamente più noto, quello del c.d. “pacchetto sicurezza” del 2009⁵).

5. La direttiva 2009/52/CE

Ad ogni modo, le norme di legge più calzanti sul tema dello sfruttamento lavorativo sono, probabilmente, quelle di matrice

⁴ M. TIRABOSCHI, *Extracomunitari e lavoro «atipico»*, in *DRI*, 2001, n. 4, 507. L’A., a sua volta, cita le posizioni di Caruso e Ambrosiani.

⁵ 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” (l. n. 94/2009) è stato introdotto il reato di *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato* (art. 10-*bis* TU), introduzione che, negli anni, ha suscitato critiche roventi. In particolare, l’art. 10-*bis* TU è stato definito una «norma-manifesto di matrice ideologica, che nella pratica ha generato parecchi problemi, senza risolverne alcuno» (F. PASTORE, *op. cit.*, 596). 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*](#), in www.asgi.it, 11 gennaio 2016.

comunitaria: il riferimento è alla direttiva europea 2009/52/CE (direttiva sanzioni)⁶.

Con tale direttiva, il legislatore dell'Unione ha inteso contrastare le pratiche di assunzione illegale e sfruttamento lavorativo⁷; lo ha fatto, in particolare, introducendo sanzioni e provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare⁸ (si noti che, ovviamente, «L'espressione "irregolare" va intesa, dunque, alla luce degli ordinamenti statali interessati»⁹).

⁶ Prima dell'emanazione di tale direttiva e della sua trasposizione da parte del legislatore italiano, l'unica disposizione di legge, in tema di assunzione illegale di stranieri irregolari, si trovava all'art. 22, comma 12, TU. 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».

⁷ 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*, in www.altalex.com, 17 luglio 2013).

⁸ Nel considerando 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*.

⁹ G. CELLAMARE, *Diritto dell'Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, in *RGL*, 2011, n. 4, I, 877.

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»¹⁰. 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 effetti distorsivi della concorrenza che, senz'altro, il fenomeno dello sfruttamento produce¹¹. È di intuitiva evidenza che il datore di lavoro che non si comporta secondo le regole, potendosi avvalere di manodopera magari sottopagata e sotto-tutelata, si avvantaggia slealmente rispetto ai propri concorrenti, i quali scelgono 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.

¹⁰ Ivi, 878.

¹¹ *Ibidem*.

All'art. 6¹² 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 lavoro deve versare «tutte le imposte e i contributi previdenziali che avrebbe pagato in caso di assunzione legale»¹³; si afferma, inoltre, che i diritti in esame devono necessariamente formare oggetto di comunicazione nei confronti degli stranieri.

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 d.lgs. n. 109/2012¹⁴. In particolare, l'art. 3 del decreto «prevede espressamente, a carico del datore di lavoro che assume lavoratori irregolari, l'obbligo del pagamento di tutte le somme, dovute a titolo

¹² In via di completezza, si sceglie di riportare le prime disposizioni dell'art. 6, § 1, della direttiva sanzioni: «Per ogni violazione del divieto di cui all'articolo 3 [divieto di assunzione illegale], gli Stati membri garantiscono che il datore di lavoro sia responsabile del pagamento di: a) ogni retribuzione arretrata ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente. Il livello di remunerazione concordato è considerato pari almeno alla retribuzione prevista dalle leggi applicabili sui salari minimi, dai contratti collettivi o conformemente a una prassi consolidata nei relativi settori occupazionali, salvo prova contraria fornita dal datore di lavoro o dal lavoratore, nel rispetto, ove opportuno, delle disposizioni nazionali vincolanti in materia salariale; b) un importo pari a tutte le imposte e i contributi previdenziali che il datore di lavoro avrebbe pagato in caso di assunzione legale del cittadino di un paese terzo, incluse le penalità di mora e le relative sanzioni amministrative».

¹³ G. CELLAMARE, *op. cit.*, 881.

¹⁴ Pure in questo caso, il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva europea essendo ormai scaduto il termine utile per farlo regolarmente.

retributivo, contributivo e fiscale, che egli avrebbe dovuto pagare in caso di assunzione legale»¹⁵.

Fra l'altro, sempre all'art. 3 si aggiunge una presunzione a vantaggio del lavoratore irregolare¹⁶. Si presume che il rapporto di lavoro fra lui e il datore sia durato almeno 3 mesi¹⁷. 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 3 mesi).

¹⁵ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2013, 197.

¹⁶ Tale "aggiunta", invero, dà solo puntuale attuazione alla corrispondente norma europea *ex art. 6, § 3*, direttiva 2009/52/CE.

¹⁷ 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 vieppiù 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.

5.1.2. *La situazione ante 2012*

A questo punto, è opportuno rivolgersi un quesito: se il legislatore del d.lgs. n. 109/2012 non avesse apprestato espressamente la tutela descritta (obbligo, per il datore di lavoro, di pagare tutte le somme dovute, ecc.), 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 contratto¹⁸ stipulato con il datore di lavoro)?

¹⁸ 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, A. GUARISO, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011, 199). 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 risulta-

re colpevole per il reato *ex art. 22, comma 12, TU*, 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. 31 agosto 2011, n. 32934, in *Riv. Pen.*, 2011, n. 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, comma 12, TU* (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» (W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 200; P.A., in particolare, cita Cass. 11 luglio 2001, n. 9407). Se si abbraccia tale posizione interpretativa non si può, poi, sostenere che al venir 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 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 fare 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 (W. CHIAROMONTE, *op. 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, comma 2, lett. b, TU*. 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.¹⁹. 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 [primo comma]. 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 [secondo comma]». 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 d.lgs. n. 109/2012.

In primo luogo, bisogna superare ogni eventuale dubbio circa la legittimazione attiva dello straniero. In dottrina, si riconosce che l'accesso alla tutela giurisdizionale – per diritti e interessi legittimi

¹⁹ Non si davano infatti, prima del d.lgs. n. 109/2012, norme specificamente dedicate al tema dell'assunzione di stranieri irregolari, eccezion fatta per l'importante (e già citata) disposizione *ex art.* 22, comma 12, TU. Si vuole, ad ogni modo, sottolineare che non si davano disposizioni speciali circa il rapporto civilistico fra datore e prestatore di lavoro.

– forma garanzia *fondamentale*²⁰. 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, comma 5, TU, d'altronde, si afferma senza ulteriori specificazioni o distinguo che allo straniero deve essere riconosciuta «parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi»²¹.

²⁰ W. CHIAROMONTE, *op. 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.

²¹ 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 offrirgli tutela, lo straniero in genere rischia l'espulsione; e ciò nonostante stia «denunciando la propria condizione od esercitando i propri diritti» (L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), [*La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti. Guida agli strumenti giuridici per la tutela delle vittime*](#), ASGI, 2015, 7). 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, § 2, della convenzione ILO C143 del 1975, dove «In case of dispute about the rights referred to in the preceding paragraph, the worker shall have the possibility of presenting his case to a competent body, either himself or through a representative». 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

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 primo comma²² dell'articolo in parola.

Il contratto stipulato fra datore di lavoro e prestatore straniero "clandestino" è certamente nullo, *ex art.* 1418 c.c.²³ (contrarietà a norme imperative). Tale nullità – se si sostiene che l'art. 2126, primo comma, c.c. 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 avan-

davvero in numero ridotto. Mettendo per un attimo da 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 (cfr. L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, ASGI, 2015, 7, 8 e 51). Si coglie peraltro occasione per dire che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, TU, 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).

²² *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».

²³ *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 parlare 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*).

zata 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 primo comma dell’art. 2126 c.c., a condizione tuttavia di non aversi illiceità di *oggetto* o *causa*.

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 poter parlare di “illiceità” ai fini del primo comma dell’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»²⁴.

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 c.c.

²⁴ M. FERRERO, A. GUARISO, *op. cit.*, 200. Gli AA. richiamano, a fondamento della propria affermazione, ampia giurisprudenza: Cass. 8 aprile 1987, n. 3473; C. cost. 19 giugno 1990, n. 296, in *FI*, 1991, I, 3016; C. Stato 26 luglio 2001, n. 4134; più recentemente C. Stato 21 febbraio 2007, n. 4.

A questo punto, chiarito con quale concetto di “illiceità” si ha a che fare, bisogna che tale illiceità sia rapportata alla “causa” e all’“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” come “funzione economico-sociale” del contratto (lo fa una certa parte di giurisprudenza), 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 causa²⁵ e, quindi, la mancata integrazione della prima condizione negativa di cui all’art. 2126, primo comma, 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 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 la illiceità o meno della causa del contratto, fosse preso in considerazione lo *scopo* in ragione del quale le parti hanno instaurato il

²⁵ *Ibidem*. I due AA. citano delle sentenze nelle quali la “causa” del contratto è interpretata come sua “funzione economico-sociale”; 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](#), in *GLav*, 2010, n. 17, 72, disponibile anche in [www.bollettinoadapt.it](#), [Indice A-Z](#), voce [Lavoro “in nero”](#), sezione *Giurisprudenza italiana*).

rapporto di lavoro²⁶. 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»²⁷ (“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, primo comma, 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”²⁸.

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 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 lecite²⁹. Per tale ragione, abbracciata la nozione di “illiceità assoluta” dell'oggetto,

²⁶ M. FERRERO, A. GUARISO, *op. cit.*, 200. Gli AA. – 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, primo comma, 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 AA. Cass. 4 giugno 1999, n. 5516.

²⁷ M. FERRERO, A. GUARISO, *op. cit.*, 201.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 198.

l'art. 2126, primo comma, 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)³⁰ 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»³¹.

In conclusione, terminato lo studio circa l'integrabilità delle due ipotesi negative *ex art.* 2126, primo comma, c.c., si può affermare che, anche prima del d.lgs. n. 109/2012, 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

³⁰ M. FERRERO, A. GUARISO, *op. cit.*, 201. Fra le sentenze citate dagli AA., cfr. Cass. 13 agosto 2008, n. 215191; Cass. 16 febbraio 2006, n. 3399, in *D&L*, 2006, n. 2, 548, con nota di T. LARATTA, *Lavoro giornalistico: quali conseguenze in caso di mancata iscrizione all'albo?*

³¹ M. FERRERO, A. GUARISO, *op. cit.*, 201.

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 retribuzione»³². Sul tema, oltremodo signifi-

³² G. CELLAMARE, *op. cit.*, 882. Non a caso, sul tema, L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 48, richiamano l'art. 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 e di 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 AA. affermano che poiché esiste il principio «di automaticità» in parola, anche quando il datore di lavoro non abbia versato i contributi previdenziali all'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 di lavoro ai 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'art. 2114 c.c. (cui l'art. 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 sot-

cativa deve ritenersi essere stata la [sentenza della Corte di Cassazione n. 7380/2010](#), cit. (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»³³.

Insomma, quand'anche il legislatore italiano non avesse dato attuazione alla norma *ex* art. 6 della direttiva sanzioni con l'art. 3 del d.lgs. n. 109/2012, sulla base dell'art. 2126, *primo comma*, c.c., 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 dell'art. 2126 c.c., quanto dal *secondo comma*³⁴ («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»). «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»³⁵. 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,

tolineato che anche i lavoratori “clandestini” hanno interesse a denunciare gli episodi, appunto, di infortunio o malattia professionali).

³³ G. CELLAMARE, *op. cit.*, 882.

³⁴ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 46.

³⁵ [Ivi](#), 46-47. Gli AA., a sostegno della propria posizione critica, richiamano in particolare le norme di cui ai commi 2 («idonea documentazione indicante le modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore») e 5 (necessario «rispetto delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile»).

potesse ricevere tutela non solo attraverso l'applicazione dell'art. 2126, primo comma, c.c. ma pure attraverso il secondo comma del medesimo articolo.

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 d.lgs. n. 109/2012, *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)³⁶. E tuttavia, come d'altronde lascia intendere la stessa denominazione *supra* utilizzata per la 2009/52/CE (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

³⁶ 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 espresa. 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).

illegittimo, nonché dei meccanismi efficaci di ispezione e controllo³⁷ (un aspetto, questo, fondamentale per dare effettività alle norme sanzionatorie).

Nonostante l'apprezzabilità delle ambizioni europee (contrasto allo sfruttamento lavorativo degli irregolari e contrasto alla immigrazione "clandestina"), in dottrina si ritiene che l'attuazione italiana sia stata minimale e insoddisfacente³⁸. Tale affermazione verrà via via motivata.

5.2.1. *La sanzione penale*

Per quanto concerne le modifiche al Testo Unico sull'immigrazione, queste hanno riguardato l'art. 22. In particolare, l'art. 1 del d.lgs. n. 109/2012 ha introdotto all'art. 22 TU i commi 5-*bis*, 5-*ter* (analizzati *supra*) e, soprattutto, 12-*bis*-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 lavoro³⁹ che abbia alle proprie dipendenze

³⁷ A. GUADAGNINO, *op. cit.*

³⁸ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 58.

³⁹ Per quanto riguarda il soggetto agente che pone in essere la condotta delittuosa, occorre fare una precisazione. All'art. 22, comma 12, TU 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, *op. cit.*). Fra l'altro, si ritiene che il datore di lavoro non debba necessariamente caratterizzarsi per il

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, comma 12*, è definibile come un delitto: infatti, si prevedono le pene della *reclusione* (da 6 mesi a 3 anni) e della *multa* (5mila euro per ogni lavoratore impiegato illegalmente).

In ragione della presenza, all'interno del nostro sistema, dell'art. 22, comma 12, s'è ritenuto che la normativa italiana fosse già armonica rispetto alle previsioni *ex art. 9*, direttiva 2009/52/CE. 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, 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.

possesso di particolari qualifiche, ad esempio, in quanto “imprenditore”. L'art. 22, comma 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 comma 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).

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, comma 12, TU, articolo in cui è configurato un illecito penale al quale sono certamente riconducibili le varie fattispecie finora considerate⁴⁰.

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 1/3 alla metà. Ciò significa, ad esempio, che se il giudice decidesse di condannare l'imputato applicando la pena edittale massima (3 anni) e, altresì, riconoscesse l'integrazione di una delle circostanze aggravanti *ex* art. 22, comma 12-*bis*, la pena della reclusione potrebbe arrivare ai 4 anni e mezzo, al netto di tutte le ulteriori possibili valutazioni circa la sussistenza di circostanze attenuanti generiche, ecc.

Per quanto concerne, poi, il contenuto delle ipotesi contemplate all'art. 22, comma 12-*bis*, si ha che la pena è aumentata: «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

⁴⁰ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 36. Se è corretto affermare che non si è rivelato necessario modificare la fattispecie descritta all'art. 22, comma 12, bisogna dire tuttavia che il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 109/2012, è intervenuto sul versante delle sanzioni collegate a detto reato. Rimaste ferme le sanzioni penalistiche *ex* comma 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».

del codice penale». In dottrina sono mosse, in riferimento alle prime due ipotesi citate, delle critiche di merito⁴¹, 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 lett. *a* e *b* (più di 3 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)⁴².

Se sembra non cogliere nel segno la critica in virtù della quale risulterebbe inadeguato fissare la soglia numerica di almeno 3 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 «in età non lavorativa», di cui alla lett. *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, comma 12, TU*, 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

⁴¹ [Ivi](#), 38.

⁴² 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.

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)⁴³.

Per quanto concerne, quindi, la circostanza aggravante *ex art. 22*, comma 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 norma può formare motivo di perplessità⁴⁴. Il fatto è che il terzo comma in esame non contiene alcuna definizione delle «condizioni lavorative 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 inverso⁴⁵.

In conseguenza di tale (incauto?) rimando all'art. 603-*bis*, terzo comma, c.p., a livello interpretativo può ritenersi che la condizione aggravante *ex art. 22*, comma 12-*bis*, lett. *c*, TU 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 direttiva 2009/52/CE, occorre fare riferimento all'art. 2 dello

⁴³ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 37.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ Va osservato, peraltro, che non al terzo comma bensì al secondo comma dell'art. 603-*bis* c.p. sono forniti degli indici dello sfruttamento lavorativo del prestatore.

stesso d.lgs. n. 109/2012. 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 di cui all'articolo 22, comma 12-bis» del Testo Unico sull'immigrazione. Evidentemente, il legislatore richiede che il reato *ex art. 22, comma 12*, sia aggravato da una delle circostanze previste al comma 12-*bis* (la dizione «delitto di cui all'articolo 22, comma 12-bis» è imprecisa): solo così può venire irrogata la sanzione pecuniaria in esame. Tale disposizione di cui all'art. 2, del d.lgs. n. 109/2012, serve a dare attuazione all'art. 12 della direttiva 2009/52/CE, laddove si prevede che le sanzioni penali per l'occupazione di stranieri irregolari (sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive») siano estese anche alle persone giuridiche.

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»⁴⁶; si ha, invece, del “lavoro nero”. Il datore può quindi divenire destinatario non solo delle specifiche sanzioni previste all'art. 22, commi 12 e 12-*bis*, TU 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 datoriali⁴⁷. È lo stesso Mini-

⁴⁶ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 42.

⁴⁷ Rispetto a tale generale affermazione, tuttavia, urge una precisazione. Una circolare del Ministero del lavoro (circ. 14 gennaio 2002, n. 2) ha chiarito che alcune delle ipotesi sanzionatorie previste in via generale non trovano applicazione nel caso dell'assunzione illegale di lavoratori stranieri ir-

stero del lavoro e delle politiche sociali, d'altronde, con [circolare 12 novembre 2010, n. 38](#)⁴⁸, a precisare che il delitto di occupazione di manodopera irregolare convive con la c.d. “maxisanzione per lavoro nero”⁴⁹. Bisogna allora distinguere i piani della ri-

regolari. 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 Testo Unico sull'immigrazione 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.

⁴⁸ Disponibile in www.bollettinoadapt.it, [Indice A-Z](#), voce [Lavoro “in nero”](#), sezione *Documentazione nazionale*.

⁴⁹ 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, comma 1, della l. n. 183/2010. L'articolo in parola modifica il dettato dell'art. 3 del d.l. n. 12/2002 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 73/2002). 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 12mila euro per ciascun lavoratore irregolare; inoltre, tale importo deve essere maggiorato di 150 euro per ogni giornata di lavoro effettivo svolta dal prestatore irregolare.

flessione: da una parte, si ha la possibile configurazione della fattispecie penale *ex art. 22*, comma 12 (la rimproverabilità per la quale richiede, com'è ovvio, il vaglio con esito positivo in ordine alla integrazione della condotta obiettiva vietata, alla antigiuridicità della stessa e 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")⁵⁰.

L'importo della maxisanzione cambia – da mille a 8mila 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 dà qualche ulteriore informazione sulle sanzioni civili connesse all'evasione dei contributi (nel caso, chiaramente, del lavoratore irregolare). «Con circolare n. 157 del 2010 l'Inps ha precisato che» dette sanzioni «continueranno ad essere calcolate nella misura del trenta per cento in ragione d'anno della contribuzione evasa fino ad un massimo del sessanta per cento [...]. L'importo così determinato dovrà essere maggiorato del cinquanta per cento» (A. GUADAGNINO, *op. cit.*).

⁵⁰ 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 accessibile al migrante). Tale intreccio muove a riflettere circa le caratteristiche del corretto svolgimento delle fun-

5.2.3. *Un focus sulla presunzione relativa ex art. 3, d.lgs. n. 109/2012*

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 d.lgs. n. 109/2012, 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 3 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 lavora-

zioni 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 di attuazione del Codice di procedure penale (A. GUADAGNINO, *op. cit.*). Tale art. 220 afferma: «Quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono 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, *op. cit.*).

tivo e la natura subordinata del medesimo: per tali cruciali profili, valgono le normali regole di ripartizione dell'onere probatorio stabilite all'interno Codice civile⁵¹.

Ebbene, è assolutamente opportuno che il legislatore del 2012 abbia definito una presunzione di carattere *relativo*, trasponendo la direttiva sanzioni⁵². Come il legislatore europeo, all'art. 6, § 3, della direttiva, fa salva la «prova contraria fornita dal datore di lavoro o dal lavoratore» rispetto ai presunti 3 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, comma 12, TU*, 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 2005⁵³, dichiarato costituzionalmente illegit-

⁵¹ 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 [primo comma]. 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 [secondo comma]».

⁵² L'art. 6, § 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».

⁵³ «Corte Cost. 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 ammi-

tima (*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 nell'art. 3 del d.lgs. n. 109/2012, dedicata al tema non coincidente ma parallelo della tutela civilistica.

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, 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 soggiorno⁵⁴.

nistrativa 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, *op. cit.*

⁵⁴ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 6.

5.3.1. *Un titolo autorizzativo del soggiorno per il migrante vittima di grave sfruttamento lavorativo*

A tale possibilità ha dedicato apposita previsione⁵⁵ 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 TU⁵⁶. Al comma 1 di detto articolo è prevista,

⁵⁵ L'art. 13, § 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».

⁵⁶ Si sceglie di riportare il testo del comma 1 dell'art. 18 TU, 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

tutt'oggi, la concessione di un permesso di soggiorno per motivi di protezione 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 schiavitù⁵⁷. Evidentemente, il campo di applicazione della norma *ex art. 18*, comma 1, TU non può dirsi coincidente con quello della disposizione *ex art. 13*, § 4, direttiva sanzioni: la prima norma risulta applicabile soltanto quando siano integrate circostanze obiettive di ben maggiore gravità e complessità che non il mero “sfruttamento lavorativo”.

5.3.2. *L'art. 22, comma 12-quater, TU*

Stante l'inadeguatezza dell'art. 18, comma 1, a far considerare attuata la previsione *ex art. 13*, § 4, direttiva sanzioni, il legislatore del 2012 è intervenuto aggiungendo all'art. 22 TU il comma 12-*quater*. Vi si prevede che sia rilasciato dal Questore, su proposta o parere favorevole del Procuratore della Repubblica (meccanismo

alla violenza ed ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale».

⁵⁷ 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. Cfr. L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 54.

speculare a quello dell'art. 18 TU), un permesso di soggiorno⁵⁸ ai sensi dell'art. 5, comma 6, TU⁵⁹. Invero, tale permesso può essere rilasciato a fronte dell'avveramento di diverse condizioni: in primo luogo, non solo deve essere in corso un procedimento penale nei confronti del datore di lavoro per il reato *ex art. 22, comma 12, TU*, ma deve pure essere stata ipotizzata l'integrazione di una almeno delle circostanze aggravanti *ex art. 22, comma 12-bis*⁶⁰; in

⁵⁸ 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 6 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.

⁵⁹ All'art. 5, comma 6, TU 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 del regolamento di attuazione.

⁶⁰ 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

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, comma 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” si realizza la circostanza aggravante di cui alla lett. *a*, comma 12-*bis*): si sostiene che tali minori avrebbero potuto comunque ricevere tutela in tema di permesso di soggiorno grazie al combinato disposto degli artt. 19⁶¹ e 32⁶² TU⁶³.

Le perplessità maggiori, ad ogni modo, concernono il caso in cui, non essendo integrate né la circostanza aggravante *ex art. 22, comma 12-bis, lett. a*, né quella *ex lett. b*, la concessione del permesso *ex comma 12-quater* sia subordinata alla realizzazione della condizione *ex lett. c* (sempre art. 22, comma 12-*bis*). *Supra*, infatti, s'è già avuto modo di vedere che il contenuto della lett. *c* è sostanzialmente criticabile⁶⁴. Essa, facendo rinvio al terzo comma

alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603-bis del codice penale».

⁶¹ All'art. 19, comma 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, comma 1, TU*, di espulsione per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato, espulsione che può essere disposta dal Ministro dell'interno).

⁶² All'art. 32 TU 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.

⁶³ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 59.

⁶⁴ Occorre ricordare che (in modo criticabile per le ragioni spiegate *supra*) l'art. 22, comma 12-*bis, lett. c*, non rinvia al secondo comma dell'articolo

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 sicurezza⁶⁵. Quando solamente tale “semplice” violazione fosse riscontrata, il caso concreto non potrebbe dirsi sussumibile nella fattispecie *ex art. 603-bis*, terzo comma, c.p. ossia la fattispecie cui è fatto rinvio dalla lett. *c*, bensì entro la fattispecie *ex art. 603-bis*, secondo comma, c.p. (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 terzo comma, che non la mera violazione di una norma di legge come sarebbe stato se il rinvio fosse stato al secondo comma. La maggiore difficoltà dipende, chiaramente, dal bisogno di avere prova concreta dell'esposizione a grave pericolo, come pure dal fatto che tale pericolo (apprezzato in relazione alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni lavorative) «si presta a valutazioni caso per caso alquanto incerte»⁶⁶. Coloro che, intervenendo, possono vantare conoscenze specialistiche adeguate per dire se il migrante sia o meno espo-

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.

⁶⁵ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 60.

⁶⁶ [Ivi](#), 59.

sto 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 probatorio⁶⁷. 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 si abbia una certa oscillazione dovuta alla componente discrezionale dell'apprezzamento tecnico.

In ragione delle difficoltà interpretativo-applicative connesse al contenuto della lett. *c*, art. 22, comma 12-*bis* – e vista la limitata pregnanza del rinvio operato alla lett. *a* dello stesso articolo (limitata pregnanza dovuta ai motivi esposti *supra*) –, si deve ritenere che, ai fini della concessione del permesso *ex* art. 22, comma 12-*quater*, l'unico indicatore della gravità dello sfruttamento lavorativo “che funzioni bene” sia quello quantitativo, consistente nel riconosciuto impiego illegale di *almeno 4* migranti irregolari (lett. *b*, art. 22, comma 12-*bis*, TU). 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 per-

⁶⁷ 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, comma 12-*quater*, per evidenti ragioni l'esigenza fondamentale – sottesa alla normativa in questione – della tutela della persona del lavoratore migrante dovrebbe dirsi radicalmente frustrata.

messo di soggiorno, a differenza di quello comunque spettante *ex art. 18 TU* ai minori non età di lavoro), nonostante la sua applicazione non trovi ostacoli a livello pratico (s'è detto della difficoltà, invece, di dare prova della situazione di grave pericolo *ex lett. c, comma 12-bis*), si sostiene che non possa essere condivisa la volontà politica ad essa realmente sottostante. 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 – ovvero i settori maggiormente interessati dallo sfruttamento, se si eccettua l'agricoltura»⁶⁸.

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, § 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 ri-

⁶⁸ L. TRUCCO, M. PAGGI, F. NICODEMI (a cura di), *op. cit.*, 60.

spetto 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 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, ecc.).

5.4. Le attività di controllo

Il legislatore del 2012 dedica alle attività di controllo l’art. 4 del d.lgs. n. 109/2012. 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 sfrut-

tamento è più presente⁶⁹, la disposizione dell'art. 4, comma 1, appare timida, quasi una generica affermazione d'intenti. Al contrario, la direttiva sanzioni del 2009 dedica grande considerazione al tema delle ispezioni, le quali debbono essere «efficaci e adeguate» nel territorio perché non sorgano divari oggettivi nel grado di attuazione della direttiva fra i diversi Paesi membri (considerando 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» (considerando 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 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 direttiva 2009/52/CE. Non a caso, l'art. 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 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

⁶⁹ La realizzazione di una “programmazione annuale” e di focus differenziati sui settori a rischio rappresentano strategie caldegiate dal legislatore europeo (considerando 29, direttiva sanzioni).

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 § 2 dell'art. 14 della direttiva, il suo secondo periodo («Relativamente a ciascuno di tali settori, gli Stati membri, entro il 1° 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») è trasposto in modo pedissequo all'interno del comma 2 dell'art. 4, d.lgs. n. 109/2012⁷⁰.

6. La “disposizione transitoria” ex art. 5, d.lgs. n. 109/2012

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 terminare l'analisi del d.lgs. n. 109/2012. L'art. 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.

⁷⁰ L'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 109/2012 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».

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, assurta a reale fulcro delle politiche migratorie italiane»⁷¹.

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 i bisogni concreti del sistema economico-produttivo.

⁷¹ A. BOLLANI, S. SPATARO, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005, 326.

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 d.lgs. n. 109/2012, 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 3 mesi con stranieri "clandestini": a tal proposito, è possibile fin da subito svolgere due considerazioni. In primo luogo, è opportuno dare conto della intrinseca ambivalenza⁷² 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 di 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 può che rimanere perplessi⁷³. 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

⁷² Ivi, 330.

⁷³ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 138.

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, 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»⁷⁴).

6.2.2. La regolarizzazione del 2012. Le condizioni stabilite dal legislatore

Tornando allo specifico contenuto prescrittivo dell'art. 5 del d.lgs. n. 109/2012, 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 3 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 la permanenza (irregolare) continuativa del migrante in Italia sia utilizzata sola

⁷⁴ M. FERRERO, F. PEROCCO, *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *op. cit.*, 39.

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 «criteri di intrinseca ragionevolezza»⁷⁵.

Altra prescrizione, prevista all'art. 5 del d.lgs. n. 109/2012 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, s'è ritenuta convincente la proposta interpretativa secondo cui, in tali casi, dovrebbe essere fornita documentazione delle cause dell'impedimento a fare proseguire la procedura⁷⁶ (ad esempio, il licenziamento)⁷⁷; per quanto interessa il lavoratore straniero, si ritiene che questi debba essere assimilato ai prestatori presi in con-

⁷⁵ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 138.

⁷⁶ A. BOLLANI, S. SPATARO, *op. cit.*, 343.

⁷⁷ A dire il vero, non riesce del tutto opportuno parlare 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 parlare di una cessazione di fatto del rapporto lavorativo informale intercorso fra datore e prestatore straniero.

siderazione dall'art. 22, comma 11, TU⁷⁸ e, perciò, gli debba essere rilasciato un permesso di soggiorno⁷⁹ per la ricerca di un impiego. Situazione simile, ma non coincidente con 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 soggiorno⁸⁰.

Ancora, sempre in relazione alle norme *ex* art. 5, d.lgs. n. 109/2012, 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 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

⁷⁸ A. BOLLANI, S. SPATARO, *op. cit.*, 343.

⁷⁹ In virtù dello specifico passaggio dell'art. 22, comma 11, TU – che recita: «per un periodo non inferiore ad 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.

⁸⁰ A. BOLLANI, S. SPATARO, *op. cit.*, 346. La soluzione appena decritta, invero, è stata suggerita dagli AA. con riferimento alle difficoltà pratiche connesse alla regolarizzazione avutasi nel 2002.

lavoro part-time dal campo di applicazione della sanatoria sia alquanto irragionevole⁸¹.

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, d.lgs. n. 109/2012*, 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"⁸².

6.2.3. Il carattere controproducente degli interventi di sanatoria

In conclusione di questa breve analisi dell'art. 5 del d.lgs. n. 109/2012 (la cui disciplina è stata intesa da chi scrive 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 forfettario di mille euro; inoltre, sono esclusi i datori di lavoro che, prima del 2012, siano stati condannati per reati concernenti l'immigrazione clandestina.

⁸¹ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 138.

⁸² A. BOLLANI, S. SPATARO, *op. cit.*, 337.

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 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 pedisse-

qua 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 si rivela miope e, in specie, riesce difficile raccordare l'afflusso di manodopera dall'estero 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 che questi lucidamente abbia inteso contrastare le «dinamiche spontanee sottostanti al fenomeno migratorio»¹, 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)², 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.

¹ A. TURSI, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2004, n. 14, 8.

² *Ibidem*.

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 ricevuto un'offerta di lavoro tanto solida, che il datore si dimostra disponibile ad avviare e portare a conclusione la procedura, farraginoso 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 abbiano «svolto un percorso formativo nei loro paesi di origine, sulla base di programmi di formazione professionale approvati da enti e amministrazioni italiane»³ (art. 23 TU), 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, ad ogni modo, 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 concessione del visto d'ingresso, 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

³ [Ivi](#), 16.

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) 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 straniere, 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 – 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 macro-tema “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*)⁴.

⁴ Chi sono i “richiedenti asilo”? Per dare risposta adeguata (ancorché sintetica) a tale quesito non è possibile prescindere da alcuni importanti riferi-

menti normativi. In primo luogo, si consideri l'art. 10, terzo comma, Cost., 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, terzo comma*, 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, terzo comma, Cost. alle ultime e più rilevanti affermazioni, compiute dalla giurisprudenza, in tema di diritto d'asilo. Come ben sintetizza l'avvocato S. ROSSI, [*I concetti: il rifugiato, la protezione internazionale, sussidiaria e umanitaria*](#), 2010, 4, 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 [...] (così Cass. 25028/2005)». L'esercizio del diritto d'asilo, insomma, permette l'ingresso (legale) nel Paese, nonché la permanenza (legale) dello straniero almeno fin tanto 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, terzo comma, Cost.* 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'art. 1, sez. A, § 2, della Convenzione di Ginevra del 1951 (sullo status 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 d.lgs. n. 251/2007). 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, cioè 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'International Refugees Organization (IRO). Si ha dunque che, all'art. 1, sez. A, § 2, della Convenzione di Ginevra (come pure all'art. 2, lett. c, della direttiva europea 2004/83/CE), è definito come rifugiato «chiunque, [...] nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a 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 sia la sede adatta 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» (S. ROSSI, *op. cit.*, 8). 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» (*ivi*, 9). 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 arrivare all'accoglimento della domanda d'asilo (è di immediata evidenza che può

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 geo-politica, in relazione alle realtà del mondo nelle quali si produce negazione dei diritti fon-

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, *op. cit.*); «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» (ivi, 13). 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» (ivi, 12) 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”.

damentali 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 geo-politica 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 mutamento è messo in relazione con il quadro giuridico (ricostruito all'interno del presente lavoro) 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 accolto⁵. Più della metà delle richieste, dunque, s'è ritenuto provenisse non da persone suscettibili di rientrare nella definizione di rifugiato così come contenuta nell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, ma da migranti che, semplicemente, potrebbero essere definiti come “economici”⁶.

⁵ Cfr. F. FUBINI, [*L'Europa apre: progetti pilota per i migranti in cerca di lavoro*](#), in *Corriere della Sera*, 23 settembre 2017. 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 subsahariana e, certo, bisogna considerare (se si guarda all'Asia) le guerre e le persecuzioni in Siria, Iraq e Afghanistan.

⁶ 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 terrorista 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 7° Paese al mondo per popolazione (si stimano circa 160 milioni di nigeriani); ciò significa che 1/6 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

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) risolta; 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 ca-

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 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, ecc.) del macro-gruppo degli *asylum seekers* del 2016, ben si comprende come di 95.419 richieste d'asilo, circa 57mila siano state respinte (si tratta di numeri considerevolissimi).

si), egli si può dare alla clandestinità, magari sfruttando la collocazione dell'Italia all'interno dell'area Schengen per cercare di superare i confini nazionali (sfruttando, a tal fine, i controlli non sempre rigorosi posti in essere dalle autorità di frontiera italiane)⁷.

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*”).

⁷ 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.

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.

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)⁸. È chiaro che la concessione più agevole di visti tu-

⁸ Durante le sue lezioni all’Università degli Studi 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, peral-

ristici 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 il "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.

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.

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 princi-

tro, che sono somiglianti per sistema politico, livello di sviluppo economico, caratteristiche della vita pubblica, ecc.

pio di uguaglianza affermato all'art. 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 altro studio.

Bibliografia

- AA.VV., *National Report, United Kingdom*, 2017, realizzato nell'ambito del progetto *Bargaining for Productivity*
- AA.VV., *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, 2017
- AA.VV., *From Refugees to Workers. Mapping Labour Market Integration Support Measures for Asylum-Seekers and Refugees in EU Member States. Volume I: Comparative Analysis and Policy Findings*, Bertelsmann Stiftung, 2016
- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010
- ALSTON P., *'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, n. 3, 457-521
- AMBROSINI M., *Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: un "lavoro povero" riservato agli stranieri?*, intervento al convegno ASGI *Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: uguaglianza formale e disuguaglianza sostanziale*, Milano, 27 novembre 2017
- ANDERSON B., *Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers*, in *Work, Employment and Society*, 2010, vol. 24, n. 2, 300-317
- AZZERUOLI V., *Crisi e discriminazioni: uno studio di caso*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011
- BELLO B.G., *Discriminazioni multiple e intersezionalità: queste sconosciute!*, in *www.asgi.it*, 11 maggio 2015
- BENHABIB S., *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, Il Mulino, 2008

- BETTINI M., *Italiani veri, presunti e per metà. Riflessioni antropologiche sulla "Bossi-Fini"*, in *Il Mulino*, 2002, n. 5, 831-843
- BOBBIO N., [Razzismo, oggi](#), in [Norbertobobbiodieciannidopo](#), 27 marzo 2014
- BOGG A., NOVITZ T., *Links between Individual Employment Law and Collective Labour Law: Their Implications for Migrant Workers*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014
- BÖHNING R., *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, in *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, 698-709
- BOLLANI A., SPATARO S., *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005
- BONTEMPELLI S., [Il governo dell'immigrazione in Italia: il caso dei «decreti flussi»](#), in P. CONSORTI (a cura di), *Tutela dei diritti dei migranti*, Plus, 2009
- BORELLI S., *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*, ESI, 2012
- BRIGUGLIO S., [Oltre la legge Bossi-Fini, le riforme possibili](#), in [Lavoce.info](#), 8 gennaio 2014
- CALAFÀ L., *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*, ESI, 2012
- CALAFÀ L., *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona: la stagione degli ossimori?*, in *LD*, 2011, n. 3, 527-556
- CASAMASSIMA V., VRENNA M., *Autonomia negoziale e tutela antidiscriminatoria*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011
- CASTELLI N., *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, in *LD*, 2003, n. 2, 289-331
- CASTELVETRI L., SCARPELLI F., *Il lavoro degli immigrati*, in *RIDL*, 2003, n. 1, III, 11-17

- CELLAMARE G., *Diritto dell'Unione Europea e lavoro degli extracomunitari irregolari*, in RGL, 2011, n. 4, I, 873-887
- CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione*, 2017
- CHIAROMONTE W., [*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, 2015, n. 122
- CHIAROMONTE W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2013
- CHIAROMONTE W., *Mobilità intraeuropea e sicurezza sociale*, in L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, M. PERUZZI (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*, ESI, 2012
- CHIAROMONTE W., *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 DLRI, 2008, n. 117, 101-145
- CHOLEWINSKI R., *International Perspective on Highly Skilled Migration in Light of the Blue Card Directive and its Transposition in EU Member States*, in C. GRÜTTERS, T. STRIK (a cura di), [*The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*](#), Wolf Legal Publishers, 2013, consultabile in <http://repository.uhn.ru.nl/>
- CILLO R., *Economia sommersa e lavoro degli immigrati*, in M. FERRERO, F. PERROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011
- CILLO R., DELLA PUPPA F., *Come applicano la Race Equality Directive i sindacati e le imprese in Italia?*, in M. FERRERO, F. PERROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011
- COLDIRETTI, [*Un terzo di pioggia in meno, Italia a secco*](#), in www.coldiretti.it, 9 febbraio 2018
- D’ADDIO F., *L’evoluzione della disciplina dei tirocini e i rapporti con i concetti di occupabilità e professionalità*, in *Professionalità Studi*, 2018, n. 3, 1-20
- DE LANGE T., *The EU Blue Card Directive: A Low Level of Trust in EU Labour Migration Regulation*, in C. GRÜTTERS, T. STRIK (a cura di), [*The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*](#), Wolf Legal Publishers, 2013, consultabile in <http://repository.uhn.ru.nl/>
- DE MARGHERITI M.L., *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189*

del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002, Giappichelli, 2005

DE PONTE F., ZANOTTI R., [Decreto flussi, ecco i dati del flop. Permesso solo a un richiedente su tre](#), in *La Stampa*, 19 luglio 2017

DELL'OLIO F., *Immigration after Nice: From 'Zero Immigration' to Market Necessity*, in A. ARNULL, D. WINCOTT (a cura di), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002

DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura di), [Settimo rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia](#), Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 2017

DONDI G., *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Cedam, 2001

ELLIS E., *The Principle of Non-Discrimination in the Post-Nice Era*, in A. ARNULL, D. WINCOTT (a cura di), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002

FAVÈ E., *La normativa italiana antidiscriminatoria applicata al rapporto di lavoro*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011

FERRARESI M., *Le discipline speciali: lavoratori stagionali, sportivi, infermieri professionali*, in A. TURSÌ (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005

FERRERO M., *Il recepimento faticoso del diritto antidiscriminatorio europeo in Italia*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011

FERRERO M., GUARISO A., *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011

FERRERO M., PEROCCO F., *Razzismo, lavoro, discriminazioni, diritto*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011

FÓTI K., [Labour market integration of refugees and asylum seekers: Current status and future needs for research](#), Eurofound Working Paper, 2017

- FREEDLAND M., COSTELLO C., *Migrants at Work and the Division of Labour Law*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014
- FRÍÐRIKSDÓTTIR B., *Negotiations on the Blue Card Directive in the Working Party on Migration and Expulsion*, in C. GRÜTTERS, T. STRIK (a cura di), *The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, 2013, consultabile in <http://repository.uhn.ru.nl/>
- FUBINI F., *L'Europa apre: progetti pilota per i migranti in cerca di lavoro*, in *Corriere della Sera*, 23 settembre 2017
- FUSARO V., *Impiego di lavoratori extracomunitari e vigilanza*, in *DPL*, 2017, n. 38, 2282-2294, consultabile in www.dottrinalavoro.it, 10 ottobre 2017
- GALLINO L., *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007
- GIUBBONI S., *Immigrazione e politiche dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, in *DLRI*, 2005, n. 106, 205-250
- GOTTARDI D., *Il ricongiungimento familiare*, in A. TURSÌ (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005
- GUADAGNINO A., *Stranieri irregolari e comportamenti ispettivi*, in www.altalex.com, 17 luglio 2013
- GUARISO A., *Diritto antidiscriminatorio e contrasto al lavoro povero*, intervento al convegno ASGI *Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: uguaglianza formale e disuguaglianza sostanziale*, Milano, 27 novembre 2017
- GUARISO A., *L'azione civile contro la discriminazione: un bilancio dei problemi aperti*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011
- GUILD E., *The EU's Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014
- HASENAU M., *ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, in *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, 687-697

- ICHINO P., [*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, in www.pietroichino.it – NWSL, 2016, n. 411
- IL SOLE 24 ORE, [*Istat: economia sommersa e illegale «vale» 206 mld, il 12,9% del Pil*](#), 13 settembre 2016
- JEFFERYS S., *Sindacati e imprese di fronte alla Race Equality Directive: il variegato panorama europeo*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011
- LANGILLE B.A., [*Core Labour Rights – The True Story \(Reply to Alston\)*](#), in [*European Journal of International Law*](#), 2005, vol. 16, n. 3, 409-437
- LARATTA T., *Lavoro giornalistico: quali conseguenze in caso di mancata iscrizione all'albo?* (nota a Cass. 16 febbraio 2006, n. 3399), in *D&L*, 2006, n. 2, 551-556
- LIVI BACCI M., *Cronache di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in *Il Mulino*, 2011, n. 3, 432-442
- LIVI BACCI M., [*Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati*](#), in www.pietroichino.it – NWSL, 2011, n. 162
- LUDOVICO G., [*Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti. Gli obiettivi e i risultati del Jobs Act tra flessibilità e incentivi economici*](#), Working Paper ADAPT, 2017, n. 14
- MAGNANI M., *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2013
- MARINELLI F., *Il divieto di discriminazione del lavoratore subordinato: ILO versus Unione Europea*, in *DRI*, 2018, n. 1, 197-221
- MAUPAIN F., [*Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights*](#), in [*European Journal of International Law*](#), 2005, vol. 16, n. 3, 439-465
- MCBRITTON M., *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*](#), 2017, n. 2, 1-17
- MCBRITTON M., *Prestazione di fatto e lavoro immigrato* (nota a [*Cass. 26 marzo 2010, n. 7380*](#)), in *RGL*, 2010, n. 3, II, 549-558
- MENZ G., *Employers and Migrant Legality: Liberalization of Service Provision, Transnational Posting, and the Bifurcation of the European Labour Market*, in

- C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014
- MINISTRO DELL'INTERNO, [Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia](#), gennaio-giugno 2017
- MUSSELLI L., CEFFA C.B., *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 2014
- OLIVETTI L., BONETTI P., [Permesso di soggiorno ce per soggiornanti di lungo periodo. Scheda pratica ASGI](#), ASGI, 2012, in www.asgi.it
- OLNEY S., CHOLEWINSKI R., *Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014
- PAGGI M., *Rinnovo del permesso per lavoro e abrogazione del contratto di soggiorno: non solo formalità*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, n. 2, 85-90
- PAGGI M., *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, n. 3, 22-32
- PAPA V., *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *DRI*, 2017, n. 2, 363-396
- PASTORE F., *Zombie policy. Politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, in *Il Mulino*, 2016, n. 4, 593-600
- PEROCCO F., *Le discriminazioni razziali nel lavoro: un fenomeno sistematico e multidimensionale*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011
- PERROTTA D., [Ben oltre lo sfruttamento: lavorare da migranti in agricoltura](#), in *Il Mulino*, 2014, n. 1, 29-37
- PERROTTA D., *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, in *Meridiana*, 2014, n. 79, 193-220
- PEZZINI B., *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, 2010
- ROCCELLA M., *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion Pratica*, 2010, n. 2, 419-438
- ROSAFALCO A., [Una blue card per gli immigrati highly skilled. Il punto della situazione](#), in [Boll. ADAPT](#), 2018, n. 4

- ROSAFALCO A., [Corte di giustizia europea: anche i cittadini dei Paesi terzi hanno diritto all'Assegno familiare](#), in [Boll. ADAPT](#), 2017, n. 24
- ROSSI S., [I concetti: il rifugiato, la protezione internazionale, sussidiaria e umanitaria](#), 2010
- RUHS M., *Immigration and Labour Market Protectionism: Protecting Local Workers' Preferential Access to the National Labour Market*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014
- SANTINI F., *L'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005
- SANTINI F., *Le procedure ordinarie di selezione e assunzione del lavoratore straniero*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005
- SAVIO G., [Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà](#), in [www.asgi.it](#), 11 gennaio 2016
- SCIARRA S., CHIAROMONTE W., *Migration Status in Labour and Social Security Law: Between Inclusion and Exclusion in Italy*, in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014
- STRIK T., GRÜTTERS C., *Introduction* a C. GRÜTTERS, T. STRIK (a cura di), [The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States](#), Wolf Legal Publishers, 2013, consultabile in <http://repository.ubn.ru.nl/>
- STUPPINI A., *Il contributo finanziario dei lavoratori immigrati: un bilancio in rosso per chi?*, in M. FERRERO, F. PEROCCO (a cura di), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Franco Angeli, 2011
- TIRABOSCHI M., *Extracomunitari e lavoro «atipico»*, in *DRI*, 2001, n. 4, 503-511
- TRUCCO L., PAGGI M., NICODEMI F. (a cura di), [La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti. Guida agli strumenti giuridici per la tutela delle vittime](#), ASGI, 2015

- TURSI A., *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2004, n. 14
- VETTOR T., *I diritti sociali dei lavoratori stranieri: le innovazioni della legge n. 189/2002*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell’immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, 2005
- VISCOMI A., *Giuslavoristi ed immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile*, in *LD*, 1992, n. 1, 163-176

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

1. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro: una riforma a metà del guado**, 2012
2. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro: una riforma sbagliata**, 2012
3. M. Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2012
4. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2012**, 2012
5. AA.VV., **I programmi alla prova**, 2013
6. U. Buratti, L. Casano, L. Petruzzo, **Certificazione delle competenze**, 2013
7. L. Casano (a cura di), **La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?**, 2013
8. F. Fazio, E. Massagli, M. Tiraboschi, **Indice IPCA e contrattazione collettiva**, 2013
9. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, **In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine**, 2013
10. M. Tiraboschi (a cura di), **Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale**, 2013
11. U. Buratti, **Proposte per un lavoro pubblico non burocratico**, 2013
12. A. Sánchez-Castañeda, C. Reynoso Castillo, B. Palli, **Il subappalto: un fenomeno globale**, 2013
13. A. Maresca, V. Berti, E. Giorgi, L. Lama, R. Lama, A. Lepore, D. Mezzacapo, F. Schiavetti, **La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231**, 2013
14. F. Carinci, **Il diritto del lavoro in Italia: a proposito del rapporto tra Scuole, Maestri e Allievi**, 2013

15. G. Zilio Grandi, E. Massagli (a cura di), **Dal decreto-legge n. 76/2013 alla legge n. 99/2013 e circolari “correttive”:** schede di sintesi, 2013
16. G. Bertagna, U. Buratti, F. Fazio, M. Tiraboschi (a cura di), **La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero**, 2013
17. R. Zucaro (a cura di), **I licenziamenti in Italia e Germania**, 2013
18. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2013**, 2013
19. L. Mella Méndez, **Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo**, 2014
20. F. Carinci (a cura di), **Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n. 231/2013**, 2014
21. M. Tiraboschi (a cura di), **Jobs Act - Le misure per favorire il rilancio dell'occupazione, riformare il mercato del lavoro ed il sistema delle tutele**, 2014
22. M. Tiraboschi (a cura di), **Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese - Prime interpretazioni e valutazioni di sistema**, 2014
23. G. Gamberini (a cura di), **Progettare per modernizzare. Il Codice semplificato del lavoro**, 2014
24. U. Buratti, C. Piovesan, M. Tiraboschi (a cura di), **Apprendistato: quadro comparato e buone prassi**, 2014
25. M. Tiraboschi (a cura di), **Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro**, 2014
26. F. Carinci (a cura di), **Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014**, 2014
27. S. Varva (a cura di), **Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento**, 2014
28. R. Scolastici, **Scritti scelti di lavoro e relazioni industriali**, 2014
29. M. Tiraboschi (a cura di), **Catastrofi naturali, disastri tecnologici, lavoro e welfare**, 2014
30. F. Carinci, G. Zilio Grandi (a cura di), **La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto I**, 2014

31. E. Massagli (a cura di), **Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva**, 2014
32. F. Carinci (a cura di), **La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto II**, 2014
33. S. Stefanovichj, **La disabilità e la non autosufficienza nella contrattazione collettiva italiana, alla luce della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020**, 2014
34. AA.VV., **Crisi economica e riforme del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna**, 2014
35. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2014**, 2014
36. M. Tiraboschi (a cura di), **Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche**, 2015
37. F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), **I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni**, 2015
38. M. Soldera, **Dieci anni di staff leasing. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nell'esperienza concreta**, 2015
39. M. Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2015
40. F. Carinci (a cura di), **La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014**, 2015
41. F. Carinci, **Il tramonto dello Statuto dei lavoratori**, 2015
42. U. Buratti, S. Caroli, E. Massagli (a cura di), **Gli spazi per la valorizzazione dell'alternanza scuola-lavoro**, in collaborazione con IR-PET, 2015
43. U. Buratti, G. Rosolen, F. Seghezzi (a cura di), **Garanzia Giovani, un anno dopo. Analisi e proposte**, 2015
44. D. Mosca, P. Tomassetti (a cura di), **La trasformazione del lavoro nei contratti aziendali**, 2015
45. M. Tiraboschi, **Prima lettura del decreto legislativo n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro**, 2015
46. F. Carinci, C. Cester (a cura di), **Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015**, 2015
47. F. Nespoli, F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), **Il Jobs Act dal progetto alla attuazione**, 2015

48. F. Carinci (a cura di), **Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi**, 2015
49. Studio Legale Tributario D. Stevanato (a cura di), **Introduzione al processo tributario**, in collaborazione con ADAPT ANCL Padova e Regione Veneto, 2015
50. E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), **Verso il futuro del lavoro**, 2016
51. S. Santagata (a cura di), **Lavoro e formazione in carcere**, 2016
52. A. Cassandro, G. Cazzola (a cura di), **Il c.d. Jobs Act e i decreti attuativi in sintesi operativa**, 2016
53. M. Del Conte, S. Malandrini, M. Tiraboschi (a cura di), **Italia-Germania, una comparazione dei livelli di competitività industriale**, 2016
54. F. Carinci (a cura di), **Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015**, 2016
55. G. Rosolen, F. Seghezzi (a cura di), **Garanzia Giovani due anni dopo. Analisi e proposte**, 2016
56. L. Casano, G. Imperatori, C. Tourres (a cura di), **Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo “Statuto dei lavori” di Marco Biagi?**, 2016
57. G. Polillo, **ROMA – reset. Una terapia contro il dissesto**, 2016
58. J.L. Gil y Gil (dir.), T. Ushakova (coord.), **Comercio y justicia social en un mundo globalizado**, 2016
59. F. Perciavalle, P. Tomassetti (a cura di), **Il premio di risultato nella contrattazione aziendale**, 2016
60. M. Sacconi, E. Massagli (a cura di), **Le relazioni di prossimità nel lavoro 4.0**, 2016
61. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2016**, 2016
62. E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), **La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori ADAPT**, 2017
63. G. Cazzola, D. Comegna, **Legge di bilancio 2017: i provvedimenti in materia di assistenza e previdenza**, 2017
64. S. Fernández Martínez, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro e malattie croniche**, 2017
65. E. Prodi, F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), **Il piano Industria 4.0 un anno dopo**, 2017

67. G. Cazzola, **Storie di sindacalisti**, 2017
68. S. Bruzzone (a cura di), **Salute e persona: nella formazione, nel lavoro e nel welfare**, 2017
69. 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**, 2017
70. AA.VV., **Un anno di Bollettino ADAPT**, 2017
71. E. Massagli, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), **Elezioni 2018: il lavoro nei programmi dei partiti**, 2018
72. V. Ferro, M. Menegotto, F. Seghezzi (a cura di), **Il lavoro temporaneo tra contratti a termine e somministrazione. Prima analisi in vista del c.d. decreto dignità**, 2018
73. M. Menegotto, F. Seghezzi, S. Spattini (a cura di), **Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto-legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)**, 2018

SOCI ADAPT

ANC	Confsal	Gi Group
ANCL Milano	Coopfond-Legacoop nazionale	Gruppo Manutencoop
ANCL Veneto	Cremonini	Ifoa
Angem	Day Ristoservice	IHI Charging Systems International
Aninsei	Edenred Italia	Ikea Italia Retail
Assoimprenditori Alto Adige	Elettra Sincrotrone	Inail
Assolavoro	Enel	INAPP
Assolombarda	Eni	LavoroPiu
ASSTRA	Esselunga	Manageritalia
BPER Banca	FAI CISL	MCL
Bracco Imaging	Farindustria	Quanta
Brembo	Federalberghi	Randstad Italia
Cisl	Federdistribuzione	Scuola Centrale Formazione
Cisl Fp	FederlegnoArredo	Sistema Impresa
CNA	Federmanager	SNFIA
Coldiretti	Federmeccanica	Sodexo Motivation Solutions Italia Srl
Confagricoltura	Femca-Cisl	Synergie Italia
Confagricoltura Verona	Fim-Cisl	Tempor
Confartigianato	Fim-Cisl Asse del Po	UBI Banca
Confcommercio	Fim-Cisl Brescia	Umana
Confcooperative	Fincantieri	Well Work
Confesercenti	Fipe	World Employment Confederation
Confimi Industria	Fondazione Bruno Kessler	
Confindustria Bergamo	Fondazione Mach	
Confindustria Verona	Generali Italia SPA	
Confindustria Vicenza		
Confprofessioni		

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

