

UNITI NELLA FATICA DIVISI DALLA LEGGE



ACCOGLIENZA LAVORO SICUREZZA LEGALITÀ INTEGRAZIONE



FILLEA CGIL

FEDERAZIONE ITALIANA LAVORATORI LEGNO EDILI E AFFINI

■ WWW.FILLEACGIL.IT

APPROFONDIMENTO IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE E LAVORO NELLE COSTRUZIONI

IN APPENDICE

“LA CASSETTA DEGLI ATTREZZI”

INFORMAZIONI UTILI PER I LAVORATORI MIGRANTI

A CURA DI
AVV. FEDERICO VENTURA
AVV. PENELOPE VECLI

INDICE DEL DOCUMENTO

INTRODUZIONE	3
NORME IN MATERIA DI LAVORO	5
LA INDIVIDUAZIONE DEL SOGGETTO TITOLARE DI OBBLIGHI E RESPONSABILITÀ: DAL DIVIETO DI INTERPOSIZIONE ALL'ART. 29 DEL D.LGS. 276/03	6
LA TUTELA DELLA RETRIBUZIONE	7
NORME DI "PREVENZIONE" DELLO SFRUTTAMENTO DI MANODOPERA IRREGOLARE ED EVASIONE CONTRIBUTIVA	7
<i>La verifica della anomalia della offerta negli appalti pubblici</i>	8
<i>La congruità nei lavori privati</i>	9
<i>Emersione del lavoro irregolare</i>	9
<i>Il DURC</i>	9
NORME DI REPRESSIONE DELLO SFRUTTAMENTO DI MANODOPERA IRREGOLARE.....	10
ANALISI DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE	11
PRINCIPI GENERALI	11
<i>Normativa di riferimento ed ambito di applicazione</i>	11
<i>La regolamentazione posta dal T.U. in generale</i>	11
<i>Diritti fondamentali dello straniero</i>	11
<i>Doveri del cittadino straniero</i>	12
INGRESSO E RESPINGIMENTO DELLO STRANIERO	13
<i>Ingresso</i>	13
<i>Respingimento (art. 10 T.U.)</i>	14
SOGGIORNO ED ESPULSIONE.....	14
<i>Soggiorno (artt. 5 e 6 T.U.)</i>	14
<i>Espulsione (artt. 12-16 T.U.)</i>	16
<i>Limitazioni alla espulsione</i>	16
<i>Il pacchetto sicurezza e la espulsione dello straniero</i>	16
INGRESSO E SOGGIORNO PER LAVORO	17
<i>Lavoro subordinato</i>	18
<i>Lavoro stagionale ed autonomo</i>	19
CITTADINI COMUNITARI.....	20
<i>I cittadini Neocomunitari</i>	22
CONCLUSIONI. "LA CASSETTA DEGLI ATTREZZI"	23
IL CONCETTO DI "LAVORATORE"	23
IL CONCETTO DI "LAVORATORE AUTONOMO"	25
LA NORMATIVA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE E LE NOVITÀ INTRODOTTE COL PACCHETTO SICUREZZA	26
LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI STRANIERI	27
<i>Retribuzione</i>	28
<i>Tutela previdenziale</i>	28
<i>Diritto alla integrità fisica ed alla sicurezza sul lavoro</i>	28
NORME SUL CONTRASTO ALLA IRREGOLARITÀ (IN PARTICOLARE IL DURC E GLI INDICI DI CONGRUITÀ).....	29

PARTE I

INTRODUZIONE

Il fenomeno della migrazione è di grandissima complessità. Una sua analisi dal punto di vista delle cifre richiede uno studio estremamente approfondito che non può, naturalmente, essere adeguatamente trattato in questa sede. Tuttavia, per avere una idea delle sue proporzioni è utile analizzare la tabella seguente, che evidenzia l'andamento del numero di immigrati presenti sul territorio nazionale dal 2005 al 2009 (dati ISTAT).

Anno	Popolazione straniera residente sul territorio nazionale al 1° gennaio
2005	2.402.157
2006	2.670.514
2007	2.938.922
2008	3.432.651
2009	3.891.295

La tabella riportata sottolinea che in pochi anni il numero degli stranieri residenti nel nostro paese è aumentato di oltre 1.400.000 unità, arrivando a sfiorare i 4 milioni di persone (circa il 6,5% del totale dei residenti).

Si tenga presente che le cifre riportate non tengono, naturalmente, in considerazione il numero di stranieri irregolari. Stime della Unione Europea datate luglio 2008 parlano di circa 570.000 immigrati clandestini presenti nel nostro paese (intorno all'1% della popolazione totale).

È del tutto evidente che un fenomeno così rilevante comporta conseguenze a vari livelli (politico, sociale, culturale ecc.). Una delle materie sulle quali l'immigrazione impatta maggiormente è senza dubbio il lavoro: **proprio il lavoro, infatti, è contemporaneamente lo strumento per garantirsi la sussistenza ed uno dei principali mezzi di integrazione e di interscambio culturale.**

Non bisogna, inoltre, dimenticare che i lavoratori stranieri costituiscono una risorsa di enorme importanza per il tessuto produttivo italiano: lo testimonia la grande domanda di lavoratori stranieri, che sino al 2007 è costantemente aumentata (nel 2008 la richiesta è diminuita, soprattutto a causa della crisi economica, ma è cresciuto di molto il numero di stranieri lavoratori autonomi, fenomeno che si commenterà nel seguito del documento).

Risulta dunque facile comprendere come mai sia sorta, a livello sindacale, l'esigenza di un approfondimento come il presente, che si occupa di studiare **l'incrocio tra la normativa in materia di tutela del lavoratore e quella in materia di immigrazione, verificando quali sono i punti di contatto e di eventuale conflitto tra le due discipline.** Lo scopo è, essenzialmente, di colmare una grave lacuna, posto che negli anni passati la analisi delle problematiche qui sviluppate non hanno trovato adeguata trattazione, nonostante sia evidente che **la questione della tutela dei lavoratori immigrati passa per la consapevolezza di quali siano gli strumenti legislativi a disposizione. L'analisi di tali strumenti diventa, poi, fondamentale per capire cosa è possibile fare, concretamente, per tutelare tutti i lavoratori e favorire il processo di integrazione dei cittadini migranti.**

Nella parte IV del presente lavoro si cerca di mostrare come molti punti la normativa in materia di immigrazione, anche per come si è modificata nel tempo, rende difficile, se non impossibile, applicare gran parte della normativa di protezione dei diritti dei lavoratori.

Ciò è dovuto a diversi fattori, come si vedrà meglio nel documento: in particolare, si vedrà che le procedure che consentono agli stranieri di soggiornare regolarmente sono estremamente complesse e la loro applicazione spesso problematica ed incompleta. Molti immigrati trovano, così, enormi difficoltà ad entrare regolarmente nel nostro territorio o, persino, divengono irregolari pur essendo arrivati in Italia nel rispetto delle norme. La clandestinità è, ovviamente, una condizione di estrema debolezza per lo straniero, che si trova del tutto privo di tutele e addirittura, a seguito dell'entrata in vigore del c.d. pacchetto sicurezza, perseguibile penalmente.

Si crea, così, una situazione estremamente critica, in cui vi sono gravi rischi di tensioni sociali ed una preoccupante carenza di tutele, sia per quanto riguarda i clandestini ma anche, spesso, per quanto concerne gli stranieri regolari. Il presente documento vuole, dunque, affrontare il problema dal punto di vista dell'analisi delle norme vigenti e degli strumenti per creare condizioni di adeguata protezione dei diritti.

La parte II dell'approfondimento analizza alcune norme di tutela dei lavoratori, con particolare riferimento a quelle disposizioni volte a contrastare il fenomeno del lavoro nero o irregolare, dal momento che questo fenomeno molto spesso si intreccia, purtroppo, con la tematica della clandestinità (nonostante non possa certo sfuggire che il problema del lavoro irregolare riguarda anche i lavoratori italiani o quelli stranieri regolarmente soggiornanti).

Nella parte III del presente lavoro si effettuerà una disamina della disciplina in materia di immigrazione come modificata, da ultimo, dalla l. 94/09 (c.d. pacchetto sicurezza). Alcune delle disposizioni che si commenteranno sono state accusate da numerosi commentatori di porsi in contrasto con i diritti fondamentali della persona, senza risolvere il problema della immigrazione irregolare. Si segnala che la analisi del Testo Unico è stata condotta avendo come riferimento il "Manuale sulla normativa dell'immigrazione" pubblicato nel 2008 dalla FILLEA CGIL Nazionale.

Infine, nella parte dedicata alle conclusioni, si effettueranno alcune riflessioni sulla normativa analizzata, tentando, soprattutto, di soffermarsi sull'impatto che la normativa sulla immigrazione genera nell'ambito della disciplina sulla tutela del lavoro e di **evidenziare le prospettive concrete di azione sindacale a tutela dei lavoratori stranieri, regolari e non.**

PARTE II

NORME IN MATERIA DI LAVORO

La disciplina in materia di lavoro è estremamente complessa e variegata. In generale, si può affermare che essa è frutto di un lungo processo di evoluzione normativa che ha subito l'influenza di relevantissimi fenomeni di natura sociale e dei cambiamenti del sistema produttivo. Dal punto di vista del lavoratore, il risultato di tale processo è un sistema di tutele che comprende, solo per fare alcuni esempi, la limitazione alla facoltà di recesso del datore di lavoro e le norme in materia di licenziamento illegittimo, gli istituti di protezione delle lavoratrici madri o dei minori, la tutela previdenziale, oltre ai provvedimenti in tema di sicurezza e prevenzione degli infortuni. Tali disposizioni hanno lo scopo di **garantire protezione al lavoratore, considerato parte debole del rapporto di lavoro, e pongono, in generale, oneri e responsabilità in capo al datore di lavoro.**

Per quanto riguarda i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, si avrà modo di vedere che la normativa del T.U. prevede, all'art. 2, comma 3, la loro totale equiparazione ai lavoratori italiani per quanto riguarda il trattamento economico, previdenziale e tutti i diritti nascenti dal rapporto lavorativo. A garanzia di tale equiparazione, le norme vigenti prevedono alcune misure miranti a reprimere la discriminazione dei lavoratori stranieri (v., ad esempio, l'art. 44 T.U., che disciplina un procedimento antidiscriminatorio volto all'ottenimento, da parte del soggetto vittima di discriminazione per motivi etnici, religiosi razziali o nazionali, di un provvedimento del giudice che ordini la cessazione del comportamento pregiudizievole e l'adozione di ogni misura idonea a rimuovere gli effetti della discriminazione stessa).

Gli stranieri privi di titolo di soggiorno pongono, invece, problematiche del tutto peculiari, che si intrecciano strettamente con la normativa in materia di lavoro, con particolare riferimento alla repressione del lavoro sommerso e irregolare.

La diffusione del lavoro nero costituisce, sicuramente, una questione di massima gravità che rende molto difficile garantire un'adeguata tutela ai soggetti interessati. Circa le cause del fenomeno, dal lato della domanda esse vanno ricercate nella volontà di conseguire un risparmio sul costo del lavoro e i vantaggi extrafiscali connessi (licenziabilità, ecc.): si tratta di ragioni atte a spiegare l'esistenza del lavoro nero in generale e riscontrabili soprattutto in alcuni settori caratterizzati da bassa produttività del lavoro, per i quali la produzione non può essere trasferita nei Paesi in cui la disponibilità di manodopera è maggiore e i costi del lavoro più bassi (tra questi vi è il settore dell'edilizia). Dal lato dell'offerta, può essere lo stesso lavoratore immigrato a "preferire" il lavoro in nero

- se è presente regolarmente sul territorio, perché può essere interessato a massimizzare il guadagno immediato (salario) piuttosto che accumulare quello differito (prestazioni previdenziali);
- se è privo di permesso di soggiorno, perché la via del lavoro sommerso è, di fatto, l'unica praticabile.

Le dimensioni del problema sono, trattandosi di fenomeni illegali, molto difficili da verificare. Ciò che è certo è che il lavoro sommerso riguarda tanto i lavoratori italiani, quanto gli stranieri regolari, quanto quelli irregolari. È con riferimento a questi ultimi, però, che si pongono le questioni più urgenti che riguardano i rapporti tra norme in materia di immigrazione e norme in materia di lavoro.

La questione dei lavoratori clandestini pone rilevanti questioni dal punto di vista sociale (si tratta di soggetti sprovvisti di ogni forma di tutela, che spesso non riescono ad uscire dalla irregolarità). Inoltre, autorevoli sociologi del lavoro (Reyneri, 1998) segnalano che la presenza di un'economia sommersa costituisce fattore di attrazione di nuovi immigrati clandestini, i quali sopportano i costi (pagamenti ai trafficanti) e i rischi di un viaggio avventuroso sapendo che potranno trovare lavoro una volta raggiunto il paese di destinazione.

In questa parte del documento si intende fornire una breve rassegna delle norme in materia di tutela del lavoro, con particolare riferimento a quelle che mirano a individuare e reprimere l'eventuale utilizzo di manodopera irregolare. L'analisi ha la finalità di verificare quale possa essere l'efficacia di queste disposizioni alla luce della normativa in tema di immigrazione che si esaminerà nella seconda parte. Si segnala fin d'ora che alcune delle norme che si commenteranno riguardano gli appalti di lavori pubblici ma consentono, si ritiene, una serie di riflessioni utili anche con riferimento ai lavori privati.

In sintesi, le problematiche che si affronteranno di seguito riguardano:

1. le questioni inerenti alla interposizione di manodopera, perché si tratta di norme volte a garantire certezza nella individuazione del datore di lavoro quale soggetto titolare di obblighi e responsabilità nei confronti del lavoratore e degli enti previdenziali; tali questioni assumono, in ambito di lavoro in edilizia, particolari connotazioni, data la estensione di fenomeni quali il c.d. caporalato, lo sfruttamento di manodopera irregolare e i c.d. appalti fittizi, con particolare diffusione del fenomeno nei confronti di lavoratori extracomunitari;
2. la tutela della retribuzione, dal momento che la protezione del lavoratore, sia esso regolare oppure no, postula la necessità di garantire l'effettività di tale diritto;
3. le norme di "prevenzione" del lavoro irregolare e della evasione contributiva, che hanno lo scopo di eliminare dal mercato le imprese scorrette e di favorire la emersione e la regolarizzazione del lavoro nero; in tale ambito, si

ritiene utile, come si accennava, inserire una analisi di un istituto che riguarda le procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici, posto che esso contiene alcuni meccanismi (in particolare la verifica della anomalia delle offerte con verifica della congruità del costo sostenuto per la manodopera) che si ritiene siano di interesse giacché mirano ad individuare le imprese che praticano condizioni economiche fuori mercato utilizzando manodopera irregolare;

4. le norme che mirano a reprimere l'utilizzo di lavoro nero e la evasione contributiva, che dovrebbero intervenire, in via successiva e sussidiaria, in caso di intervenute violazioni.

La individuazione del soggetto titolare di obblighi e responsabilità: dal divieto di interposizione all'art. 29 del d.lgs. 276/03

L'ordinamento lavoristico dell'immediato dopoguerra era caratterizzato dal collocamento pubblico, con divieto di mediazione privata in tale attività, e dal divieto di interposizione e intermediazione nel rapporto di lavoro, disciplinato dapprima dall'art. 2127 cod. civ. e successivamente dalla l. 1369/60.

Tale ultima legge aveva lo scopo di impedire il c.d. fenomeno della interposizione, che si verifica quando i lavoratori assunti da un soggetto (intermediario) prestano, in realtà, la loro attività in favore di un altro soggetto (committente o utilizzatore). La *ratio* del divieto risiedeva nello sfavore con cui il legislatore vedeva il decentramento produttivo, visto come una forma di elusione della disciplina protettiva del lavoratore subordinato a causa della dissociazione tra soggetto che giuridicamente riveste la posizione di datore di lavoro e soggetto che utilizza la prestazione. Tali fenomeni facevano sì che intermediari si "intromettessero" tra lavoratore e datore di lavoro e speculassero, trattenendo la differenza tra il salario pagato al lavoratore e il compenso ottenuto dal datore di lavoro-utilizzatore della prestazione. Ciò era vietato in via assoluta, in quanto si voleva scongiurare che gli imprenditori utilizzassero manodopera assunta formalmente da terzi (comprimendo così il costo del lavoro), evitando di assumere i lavoratori direttamente e di accollarsi gli obblighi relativi.

La legge, in sostanza, distingue tra:

- **appalto di mere prestazioni di lavoro** mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita direttamente dall'intermediario, che era **sempre vietato** (così come era vietato l'affidamento ad intermediari, dipendenti o terzi, di lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori assunti e retribuiti da tali intermediari);
- **appalti leciti** (c.d. appalti interni, in cui l'imprenditore appaltava opere o servizi da eseguirsi all'interno dell'azienda con organizzazione e gestione proprie dell'appaltatore), nel qual caso l'utilizzatore e l'appaltatore-datore di lavoro erano tenuti in solido a corrispondere ai lavoratori dell'appaltatore un trattamento minimo inderogabile e a garantire parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltatore e dipendenti dell'utilizzatore.

Nel primo caso si trattava di appalti fittizi, in quanto, in realtà, nascondevano mere somministrazioni di manodopera, perché non esisteva in capo all'appaltatore alcuna organizzazione imprenditoriale, né gestione a proprio rischio, requisiti entrambi richiesti dall'art. 1655 cod. civ., che definisce il contratto di appalto genuino. La sanzione era data dal fatto che i lavoratori utilizzati erano considerati a tutti gli effetti dipendenti dell'imprenditore che ne aveva utilizzato le prestazioni.

Nel secondo caso, invece, si trattava di appalti genuini, ma il fatto che gli stessi fossero affidati all'interno di una impresa li sottoponeva ad una disciplina protettiva dei dipendenti dell'appaltatore (solidarietà tra appaltatore e utilizzatore e parità di trattamento con i dipendenti dell'utilizzatore). Si sottolinea che la giurisprudenza ha esteso notevolmente il concetto di appalto interno, considerando tale ogni affidamento di opere o servizi legato al ciclo produttivo della impresa, anche se fisicamente eseguito all'esterno di essa.

I mutamenti del sistema produttivo, sempre più caratterizzato da decentramento ed esternalizzazioni, ha portato al superamento della disciplina sopra riportata, dapprima con la introduzione del lavoro temporaneo (l. 196/97) e successivamente con la abrogazione, per opera del d.lgs. 276/03, della l. 1369/60 e la introduzione della somministrazione di lavoro.

La nuova disciplina, tralasciando gli aspetti di dettaglio circa la disciplina della somministrazione, non distingue più tra appalto interno ed esterno ed abbandona la tutela specifica della parità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente.

In particolare, i primi due commi dell'art. 29 del d.lgs. 276/03, nella formulazione vigente:

- compiono una distinzione tra somministrazione ed appalto, al fine di individuare eventuali forme di somministrazione non in linea con le limitazioni poste dalla normativa, affermando che *"il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa"*;
- mantengono un regime di solidarietà tra appaltatore e committente, poiché in caso di appalto di opere o servizi *"il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti"*.

Da quanto sin qui esposto, si può affermare che ad oggi la normativa che si occupa di tutelare il lavoratore sotto il profilo della individuazione del datore di lavoro distingue tra:

- somministrazione lecita, ossia rispettosa dei principi di cui agli artt. 20 e ss. del d.lgs. 276/03;
- altre forme di dissociazione tra datore di lavoro ed utilizzatore della prestazione, all'interno delle quali è possibile distinguere ulteriormente tra appalto vero e proprio (se sono presenti tutti gli elementi di cui all'art. 1655 cod. civ.) e interposizione illecita, sanzionata sia penalmente sia civilmente (in quanto il lavoratore può agire per ottenere il riconoscimento di un rapporto di lavoro diretto con chi ne ha utilizzato la prestazione).

Il regime di solidarietà tra appaltatore e committente richiamato, che riguarda il trattamento retributivo e i contributi previdenziali, porta alla mente un'altra disposizione, l'art. 35, comma 28 della l. 248/06, la quale sancisce che *"l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore"*. Si tratta di un principio importante per contrastare fenomeni di elusione fiscale e lavoro sommerso nell'ambito dei subappalti reso, però, praticamente inoperante a causa della abrogazione dei commi da 29 a 35 del medesimo articolo, i quali ponevano le modalità di attuazione della citata disposizione. Tale abrogazione è avvenuta ad opera della l. 129/08.

La nuova disciplina è, certamente, in linea con le modifiche subite dal sistema produttivo, sempre più portato (come si è visto) ad esternalizzare parte dei processi e delle lavorazioni. Tuttavia, si deve segnalare che le innovazioni, anche se hanno risposto ad esigenze reali del mondo del lavoro, pongono problematiche concrete sul fronte delle tutele del lavoratore: l'abbandono della parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltatore e dipendenti del committente ha, infatti, eliminato il principale disincentivo all'utilizzo degli appalti interni. Questo fattore ha portato alla grande diffusione di questi contratti, i quali molto spesso si traducono in affidamenti a lavoratori autonomi. Ancora una volta, preme sottolineare che tali appalti possono essere pienamente legittimi, se rispondenti all'art. 1655 cod. civ., oppure nascondere rapporti di lavoro subordinato. In altre parole, l'impresa che vuole risparmiare sul costo del lavoro ed evitare di assumere dipendenti può "costringere" i lavoratori ad aprire una partita iva e, anziché, stipulare con loro contratti di lavoro subordinato, concludere contratti di appalto ma trattare, di fatto, tali lavoratori autonomi come propri dipendenti, dirigendoli ed organizzandoli.

La diffusione di tale fenomeno con riferimento ai lavoratori stranieri si pone in parallelo con la grande crescita del numero di permessi di soggiorno per lavoro autonomo. Da un lato, questo denota un percorso di crescita economica e sociale dei lavoratori immigrati, ma dall'altro, in molti casi la scelta viene fatta dalle imprese che vogliono evitare di sopportare i costi del lavoro dipendente costringendo gli stranieri a "fingersi" autonomi, pur continuando a prestare la loro opera per il medesimo datore, perdendo in tal modo le tutele e le garanzie del lavoro. In tal modo, una esigenza dell'impresa di ridurre i costi viene interamente "pagata" dal lavoratore, il quale si vede sottratti i suoi diritti.

La tutela della retribuzione

L'obbligazione retributiva costituisce l'adempimento tipico dovuto dal datore di lavoro in esecuzione del contratto e come corrispettivo per la prestazione del lavoratore.

A prescindere dalla peculiarità della corrispettività nel contratto di lavoro, ciò che qui preme evidenziare è che il legislatore ha approntato particolari strumenti al fine di garantire il credito del prestatore di lavoro nei confronti dell'impresa ed in particolare:

- sancendo la inderogabilità delle norme che riconoscono il diritto alla retribuzione;
- sancendo la pignorabilità del credito retributivo solo entro determinati limiti (generalmente un quinto);
- qualificando il credito del lavoratore nei confronti del datore di lavoro come privilegiato nei confronti dei diritti di altri creditori.

Inoltre, per ciò che attiene al *quantum retributivo*, si evidenzia come la giurisprudenza abbia affermato la applicabilità *ultra partes* dei contratti collettivi di lavoro, per ciò che concerne la loro parte economica, in applicazione del principio della sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 cost.

Oltre a queste garanzie, ove il lavoratore abbia prestato la propria opera durante la esecuzione di un contratto di appalto, lo stesso gode di una ulteriore forma di protezione, fornita dall'art. 1676 cod. civ., in base al quale *"coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda"*.

Norme di "prevenzione" dello sfruttamento di manodopera irregolare ed evasione contributiva

La registrazione dei lavoratori nei libri obbligatori e l'invio delle denunce agli enti previdenziali all'atto della assunzione (nonché l'effettuazione delle denunce periodiche) costituisce un adempimento necessario ai fini della regolarità del rapporto di lavoro.

Il lavoro nero si ha quando il lavoratore non è stato registrato nei libri paga e matricola e il rapporto di lavoro risulta totalmente inesistente al competente centro per l'impiego, poiché non è mai stata comunicata la assunzione. Accanto a tale

ipotesi, si pongono altre forme di lavoro irregolare, il c.d. *lavoro grigio*, caratterizzate dal fatto che il lavoratore è denunciato agli enti competenti, ma in modo parziale, in quanto svolgono la loro attività senza una piena applicazione delle norme vigenti.

Tale fenomeno riguarda in primo luogo i lavoratori subordinati, ma possono essere considerati in nero anche i lavoratori parasubordinati, nonché i lavoratori autonomi, allorché sconosciuti agli enti previdenziali (v. circ. INPS 111/2006 e circ. INAIL 45/2006 in materia di applicazione dell'art. 36 bis della l. 248/06, sulla quale si dirà oltre).

Il problema è estremamente rilevante nel campo degli lavori sia pubblici, sia privati: esigenze di riduzione dei costi creano spesso condizioni che paradossalmente favoriscono imprese che utilizzano manodopera irregolare a basso costo. Da qui nasce la esigenza di combattere la irregolarità mediante strumenti in grado di individuare queste imprese al fine di escluderle dal mercato ed applicare le sanzioni previste dall'ordinamento.

Nell'ambito degli appalti pubblici questo problema è stato affrontato a più riprese, in primo luogo attraverso la elaborazione di un insieme di requisiti di carattere generale (c.d. di moralità) che tutti gli operatori economici devono possedere per partecipare a procedure di selezione per l'affidamento di contratti pubblici (cfr. art. 38 d.lgs. 163/06 ss.mm.ii.). Detti requisiti riguardano, ad esempio, il non aver commesso reati che incidono sulla affidabilità e la moralità professionale, l'essere in linea con la normativa in materia di lavoro dei disabili, il non avere commesso gravi violazioni alle norme in tema di sicurezza, l'essere in regola col pagamento di tasse e contributi previdenziali.

La verifica della anomalia della offerta negli appalti pubblici

Nell'ambito di procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, si definiscono "anomale" quelle offerte le cui condizioni economiche eccessivamente favorevoli sono tali da far dubitare della serietà dell'offerta stessa. In particolare, tra le condizioni che consentono alle imprese di fare offerte economiche con ribassi eccessivamente elevati, vi è l'evasione fiscale, il mancato rispetto di norme, l'utilizzo di manodopera irregolare.

Nel tempo, la legislazione in materia di verifica della anomalia dell'offerta si è evoluta notevolmente.

La l. 109/94 prevedeva che le offerte anomale fossero individuate, ed escluse automaticamente, attraverso un calcolo matematico basato sulla divergenza dalla media dei ribassi offerti da tutti i concorrenti. Tale metodologia è stata, però oggetto di censure da parte delle autorità comunitarie, le quali hanno ravvisato una compressione indebita della concorrenza in un sistema che non consentiva alla impresa di giustificare il ribasso offerto fornendo la dimostrazione che lo stesso era frutto di vantaggi produttivi e non di elusioni di norme di legge.

A seguito di tale intervento, la applicabilità della esclusione automatica è stata fortemente limitata (attualmente, in base all'art. 122, comma 9 del d.lgs. 163/06 ss.mm.ii., le stazioni appaltanti possono ricorrervi per i soli appalti di importo inferiore a 1.000.000 di euro e unicamente se le offerte ammesse sono dieci o più). In tutti i casi in cui non è utilizzabile tale metodo, la individuazione della eventuale anomalia avviene sottoponendo la offerte che presentano un ribasso "sospetto" (in quanto superiore alla soglia calcolata con la medesima formula che un tempo serviva per determinare l'esclusione automatica) ad una procedura di verifica in contraddittorio con il concorrente, il quale è chiamato a fornire giustificazioni in merito alle condizioni economiche offerte. Si sottolinea che in ogni caso le stazioni appaltanti possono verificare la eventuale anomalia di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 86, comma 3 d.lgs. 163/06 ss.mm.ii.).

In ogni caso, al norma che pone il principio fondamentale in materia è l'art. 86, comma 3 bis del d.lgs. 163/06 ss.mm.ii., la quale introduce il concetto di **congruità della incidenza del costo per la manodopera**: *"nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte ... gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione".*

Il concetto che sta alla base della norma è certamente molto importante: per verificare se una impresa offre condizioni particolarmente vantaggiose non perché è efficiente e produttiva, ma perché abbate i costi con l'utilizzo di lavoro irregolare, può essere molto utile evidenziare già in sede di predisposizione dei documenti di gara quale è la percentuale di incidenza presunta della manodopera. I tal modo, è possibile utilizzare tale valore per verificare la congruità delle offerte pervenute, con specifico riferimento a quelle che dichiarano una incidenza inferiore a quella indicata dalla amministrazione.

Da ciò discende che la individuazione della percentuale di incidenza dovrebbe, pertanto, essere effettuata in sede di progettazione. L'esigenza di effettuare le analisi dei costi già in tale fase era emersa, del resto, anche in altre norme, oggi abrogate (ad esempio, la l. 463 del 21 giugno 1964 disponeva che il bando dovesse contenere *"l'indicazione delle quote di incidenza sul costo complessivo dell'opera tanto della manodopera quanto dei materiali, dei trasporti e dei noli, in modo che la loro somma raggiunga l'importo totale dell'appalto. Le quote di incidenza sono stabilite in sede di progettazione delle opere, ... L'invito per l'appalto concorso deve contenere l'obbligo, per il presentatore del progetto, di indicare le quote di*

incidenza"; si sottolinea, però, che tale disposizione riguarda il differente istituto della revisione dei prezzi e non rileva, pertanto, ai fini del presente lavoro).

Ad ogni buon conto, non può certo sfuggire la difficoltà di individuare correttamente quale sia la corretta incidenza del costo della manodopera in relazione al progetto di ciascuna singola opera. Risulta quindi di grande rilievo l'iniziativa assunta dalle parti sociali (sindacati ed associazioni di categoria) le quali il 17 maggio del 2007 hanno siglato **L'Avviso comune che reca gli indici di congruità dell'incidenza del costo del lavoro** per ciascuna categoria di lavorazione. Esse costituiscono percentuali minime, al di sotto delle quali scatta la presunzione di non congruità delle imprese. Lo stesso avviso comune specifica che detti indici sono da ritenersi validi unicamente per effettuare una *"prima e graduale azione di emersione delle imprese irregolari e, pertanto, non possono essere utilizzati ad altri fini o comunque quali indicatori per i prezzi degli appalti"*.

La congruità nei lavori privati

La verifica della congruità del costo sostenuto per la manodopera può essere uno strumento utile per verificare la regolarità delle imprese anche nel settore privato. Infatti, la legge finanziaria per il 2007 (l. 296/06) all'art. 1, commi 1173 e 1174 aveva previsto la individuazione di indici di congruità suddivisi per settore, per categorie di imprese e per territorio al fine di promuovere la regolarità contributiva quale requisito per la concessione dei benefici e degli incentivi previsti dall'ordinamento. L'individuazione di tali indici si sarebbe dovuta effettuare ad opera del Ministro del lavoro e delle politiche sociali mediante la emanazione di un decreto, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze nonché i Ministri di settore interessati e le organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori.

Si segnala che l'Avviso comune delle parti sociali cui si è accennato poco sopra, riporta nelle premesse un richiamo ai citati commi 1173 e 1174 dell'art. 1 della l. 296/06, a testimonianza del fatto che era intenzione proporre l'utilizzo degli indici individuati anche ai fini di tale normativa. Nonostante ciò, il Ministero del lavoro aveva iniziato la elaborazione di un differente schema di indici di congruità, basato su un sistema informativo ed un modello di stima e valutazione articolato su vari parametri (dimensione, intensità dell'impiego del fattore lavoro ecc.) per essere applicabile alle ispezioni effettuate su ciascuna impresa. Il cambio di esecutivo ha, però, determinato l'abbandono di tale progetto.

Emersione del lavoro irregolare

Tra gli strumenti di contrasto al lavoro nero, si segnalano quelli volti alla graduale emersione delle imprese che hanno utilizzato manodopera irregolare (ad es. i contratti di riallineamento: essi mirano a pervenire all'integrale applicazione del CCNL attraverso aumenti retributivi scaglionati lungo un arco determinato di tempo, ma con l'immediata estensione dell'efficacia della sua parte normativa, presso quelle aziende che si sono sottratte - in tutto o in parte - al rispetto delle regole contrattuali fondamentali).

Da ultimo, si segnala la l. 296/06, che ha disciplinato una procedura volta al riallineamento retributivo e contributivo da parte delle imprese irregolari, e la recente sanatoria riguardante lavoratori domestici e di assistenza alla persona, approvata con l. 102/09.

II DURC

In materia di lotta al lavoro irregolare, deve essere menzionato il DURC, documento unico di regolarità contributiva emesso con riferimento a ciascuna impresa e con riferimento tanto ai lavori pubblici quanto a quelli privati, dalla Cassa Edile competente per territorio. tale documento, come noto, riguarda la regolarità della impresa con riferimento al pagamento dei contributi dovuti agli enti previdenziali e a quelli paritetici.

Tralasciando l'esame della disciplina in materia di richiesta, rilascio e validità del DURC, ciò che si ritiene di dover evidenziare in questa sede è la norma di cui al comma 6 bis dell'art. 118 del d.lgs. 163/06 ss.mm.ii., come modificato dal d.lgs. 152/08. La disposizione stabilisce, al primo periodo, che *"al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato"*.

Dall'esame della disposizione emerge chiaramente come il concetto di congruità sia diventato ormai un perno delle misure a contrasto del lavoro nero, tanto da divenire oggetto della verifica operata in sede di emissione di DURC, il quale diventa, in tal modo, uno strumento idoneo a verificare non solo la correttezza contributiva (ossia il fatto che l'impresa ha regolarmente pagato tutti i contributi dovuti per i lavoratori denunciati), ma anche la congruità della stessa, segnalando eventuali irregolarità dovute all'utilizzo di manodopera totalmente o parzialmente sommersa.

La norma citata, poi, prosegue indicando le modalità della verifica di congruità da effettuare in sede di DURC, la quale dovrebbe essere effettuata *"dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali"*. Il richiamo all'Avviso comune del 17 maggio 2007 pare assai chiaro. Ma si deve sottolineare che, in mancanza di approvazione o recepimento dello stesso da parte del Ministero del lavoro, la disposizione analizzata rimane inapplicabile, vanificando le potenzialità del DURC quale strumento di lotta al lavoro nero.

Norme di repressione dello sfruttamento di manodopera irregolare

Dopo avere brevemente esaminato le norme che mirano a individuare le imprese che utilizzano il lavoro irregolare e venendo all'esame delle sanzioni applicabili, deve essere rilevato che la l. 248/06 ha introdotto, in aggiunta alle sanzioni già previste, la c.d. "maxisanzione amministrativa" di cui all'art. 36 bis, che consiste nel pagamento di una somma tra un minimo di 1.500 euro ed un massimo di 12.000 euro per ciascun lavoratore irregolare, maggiorata di 150 euro per ciascuna giornata di lavoro effettivo. A ciò si aggiunge la sanzione civile per la evasione contributiva (pagamento di una somma non inferiore a 3.000 euro per ciascun lavoratore in nero indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata).

Inoltre, l'art. 14 del d.lgs. 81/08 (Testo unico in materia di sicurezza) prevede che gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche, possono adottare provvedimenti di sospensione in relazione alla parte dell'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni quando riscontrano l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro individuate con decreto del Ministero del lavoro.

Tale provvedimento di sospensione, che ha durata variabile a seconda della percentuale di lavoratori irregolari riscontrata, comporta, oltre alla applicazione delle altre sanzioni previste, la emanazione di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche.

PARTE III

ANALISI DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE

Principi generali

Normativa di riferimento ed ambito di applicazione

Il T.U. delle norme sull'immigrazione (D.lgs. 286/98 ss.mm.ii., di qui in avanti, per brevità, T.U.) e il suo Regolamento di attuazione (dpr 334/99 ss.mm.ii.) **si applicano**, salvo sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi; tutti tali soggetti sono definiti dalla legge "cittadini stranieri".

Il T.U. **non si applica** ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo per quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario¹.

Per i cittadini dell'Ue e dello Spazio Economico Europeo (Norvegia, Islanda e Liechtenstein) si applica il D.lgs. 30/07, come modificato dal D.lgs. 32/08.

Inoltre, la normativa di riferimento in materia di immigrazione comprende altri provvedimenti normativi, non oggetto del presente studio, tra i quali si annoverano la l. 91/92 in materia di acquisto della cittadinanza e la normativa in tema di diritto di asilo.

La regolamentazione posta dal T.U. in generale

L'art. 3 del T.U. disciplina in modo generale la regolamentazione delle politiche migratorie e il loro coordinamento con le norme comunitarie. Tale norma prevede la elaborazione, ogni tre anni, di un documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato.

Tale documento deve indicare azioni e interventi che lo Stato si propone di attuare in materia, i criteri generali per definire i flussi in ingresso e deve delineare gli interventi pubblici per favorire le relazioni familiari l'inserimento sociale e la integrazione culturale degli stranieri residenti.

La norma prevede, al comma 4, che entro il 30 novembre di ogni anno sia effettuata la definizione annuale delle quote massime di stranieri da ammettere nel territorio nazionale per lavoro subordinato, anche per esigenze stagionali, e per lavoro autonomo.

Diritti fondamentali dello straniero

In base al T.U., sono garantiti a tutti, **comunque presenti** nel territorio nazionale, i diritti fondamentali della persona (art. 2, comma 1). Tra questi si annoverano, in particolare, i diritti universali uomo (art. 2 Cost.), il diritto di asilo (art. 10 Cost.), la inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.), la inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), la inviolabilità della corrispondenza (art. 15 Cost.), la libertà religiosa (art. 19 Cost.), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), la tutela giurisdizionale dei diritti (art. 24 Cost.), la assistenza sanitaria per le cure essenziali (art. 32 Cost.), la protezione della maternità, della famiglia e della infanzia (artt. 29-31 Cost.).

¹ L'art. 1, comma 2 T.U., che prevedeva "il presente testo non si applica ai cittadini membri dell'UE se non in quanto si tratti di norme più favorevoli", è stato recentemente modificato ad opera della l. 133/08 ed attualmente dispone che "il presente TU non si applica ai cittadini degli stati membri dell'UE salvo quanto previsto dalle norme dell'ordinamento comunitario". La modifica è stata oggetto di pesanti contestazioni in quanto accusata di consentire discriminazioni a svantaggio dei cittadini c.d. neocomunitari (rumeni e bulgari): la normativa in materia di cittadini comunitari, infatti, non contiene alcuna norma di salvaguardia relativa, ad esempio, all'accesso alle cure mediche essenziali. La modifica legislativa non consente più di applicare standard minimi di protezione nei confronti di tali categorie di cittadini.

La norma in questione non pone soltanto una importante affermazione di principio: essa pone il criterio con il quale interpretare, in modo costituzionalmente orientato, tutta la normativa in materia di immigrazione. Si segnala, in particolare, la sentenza Corte Cost. 17 luglio 2001 n. 252, la quale ha affermato che il diritto alla salute prevale sull'interesse pubblico al regolare ingresso di stranieri nel territorio dello Stato.

Per quanto attiene ai diritti civili, il godimento degli stessi è garantito allo straniero regolarmente soggiornante, salvo diversa previsione contenuta in convenzioni internazionali o nel T.U. medesimo.

Altri diritti fondamentali garantiti al cittadino straniero dal T.U. allo straniero **regolarmente soggiornante**:

- parità di trattamento con il cittadino italiano per quanto attiene ai rapporti con la P.A., la tutela giurisdizionale dei diritti ed interessi legittimi e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge (art. 2, comma 5);
- piena parificazione con il lavoratore italiano nell'ambito del rapporto di lavoro (art. 2, comma 3);
- diritto di partecipazione alla vita pubblica locale, il che comprende la libertà di espressione, di riunione, di associazione di partecipazione a organi consultivi finalizzati a rappresentare i residenti stranieri a livello locale in riferimento a quanto stabilito dalla Convenzione Europea per la partecipazione dello Straniero alla vita pubblica a livello locale, del 1992².

Sono garantiti a tutti, a prescindere dalla loro posizioni rispetto alla normativa in materia di ingresso e soggiorno:

- il diritto a ricevere i documenti inerenti ingresso, soggiorno ed espulsione tradotti in una lingua comprensibile al soggetto interessato (art. 2, comma 6) o, se ciò non è possibile, in inglese francese o spagnolo - con preferenza data alla lingua indicata dall'interessato stesso;
- il diritto a prendere contatto con la rappresentanza diplomatica del paese di origine.

Assistenza sanitaria - Hanno l'obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale e hanno parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia dal servizio sanitario nazionale e alla sua validità temporale:

- gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento;
- gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza.

Assistenza sociale - Gli stranieri titolari della **carta di soggiorno** o di (... **permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno** ...), nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti.

Edilizia pubblica - Gli stranieri titolari di **carta di soggiorno** e gli stranieri regolarmente soggiornanti **in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano** una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali eventualmente predisposte da ogni regione o dagli enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione.

Doveri del cittadino straniero

Il principale dovere cui è assoggettato lo straniero è quello all'osservanza degli obblighi previsti dalla normativa vigente (art. 2, comma 9 del T.U.).

A norma dell'art. 6, comma 2 del T.U., inoltre, il permesso di soggiorno e il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo devono essere esibiti agli uffici della pubblica amministrazione per **rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti** di interesse dello straniero comunque denominati (fatta eccezione per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, **per quelli**

² l'Italia ha ratificato tale Convenzione con la l. 8.03.1994 n° 203, ad eccezione dei capitoli che estendono il diritto di voto amministrativo ai cittadini stranieri

inerenti all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'articolo 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie³). Colui che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, **non esibisce, senza giustificato motivo**, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno è punito con l'arresto fino a un anno e ammenda fino a euro 2.000⁴.

Altri obblighi dello straniero:

- comunicare al questore competente per territorio entro i quindici giorni successivi, le **eventuali variazioni del proprio domicilio abituale**;
- rinnovare all'ufficiale di anagrafe la **dichiarazione di dimora abituale** nel comune dove risiede entro sessanta giorni dal rinnovo (e non dalla data di scadenza) del permesso di soggiorno, fornendo la copia dello stesso.

Ingresso e respingimento dello straniero

Ingresso

L'ingresso del cittadino straniero nel territorio dello stato può avvenire esclusivamente attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti (art. 4 T.U.).

Sono requisiti per l'ingresso⁵:

- passaporto valido o documento equipollente;
- visto di ingresso (rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello stato di origine o di stabile residenza dello straniero). Il visto è l'autorizzazione concessa agli stranieri per l'ingresso in Italia e nell'Area Schengen e contiene gli elementi essenziali dell'autorizzazione all'ingresso e cioè la validità, i motivi e la durata. Non è possibile rilasciare un visto di ingresso – tanto meno consentire una proroga di validità ad un visto precedentemente concesso – al cittadino straniero che si trovi già presente sul territorio nazionale. Il visto non è necessario nei casi di esenzione. Il Decreto del Ministero degli Affari Esteri del 12.07.2000 ha definito le condizioni e i requisiti specifici necessari per l'ottenimento dei visti di ingresso, a seconda della loro motivazione. La rappresentanza diplomatica a fronte di una richiesta di rilascio di un visto valuta il possesso dei requisiti da parte del richiedente dei requisiti previsti dalla normativa per il visto richiesto e la documentazione prodotta; esegue infine una serie di verifiche inerenti la sfera della sicurezza;
- disponibilità di mezzi di sussistenza per il viaggio, per la durata del soggiorno – compresa la dimostrazione della disponibilità di una sistemazione alloggiativa – e, salvo che l'ingresso in Italia avvenga per motivi di lavoro, il rientro in patria (i mezzi di sussistenza sono definiti con direttiva del Ministero dell'Interno);
- documentazione che giustifichino lo scopo e le condizioni del viaggio;
- assenza di cause ostative all'ingresso.

Sono cause ostative all'ingresso:

- aver riportato anche a seguito di patteggiamento, di una condanna per reati previsti dall'art. 380 commi 1 e 2 CPP, per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina 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;
- che lo straniero interessato sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone;
- che lo straniero sia segnalato ai fini della non ammissione anche in base agli Accordi internazionali sottoscritti dall'Italia ("Accordo di Schengen") ovvero espulso dal Territorio Nazionale, salvo abbia ottenuto la speciale autorizzazione del Ministro dell'Interno o che sia trascorso il periodo di divieto di ingresso.

³ Modificato dal pacchetto sicurezza (testo previgente: "fatta eccezione per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo e per quelli inerenti agli atti di stato civile o all'accesso a pubblici servizi"). Anche in questo caso si tratta di una disposizione che ha dato origine a numerose polemiche, specie in sede di discussione delle modifiche.

⁴ Modificato dal pacchetto sicurezza (testo previgente: "sei mesi e l'ammenda fino a lire ottocentomila").

⁵ La normativa prevede anche l'ingresso per un periodo di breve durata (non superiore a 90 giorni) per visite, affari, turismo e studio, il quale richiede il possesso di requisiti differenti.

Entro otto giorni lavorativi dall'ingresso il cittadino straniero deve chiedere il rilascio del permesso di soggiorno alla Questura della provincia dove dimorerà (pena la espulsione e salvo la forza maggiore).

La l. 94/09 ha inserito due cause ostative all'ingresso:

- Í l'aver commesso reati contro le leggi in materia di diritto d'autore;
- Í l'aver subito sentenze di condanna per determinati reati, **anche non definitive**.

Respingimento (art. 10 T.U.)

La polizia di frontiera respinge (non ammette sul territorio nazionale) i cittadini stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza essere in possesso dei requisiti previsti per l'ingresso nel territorio dello Stato (comma 1).

Inoltre è disposto da parte del Questore il respingimento con accompagnamento alla frontiera per gli stranieri che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; oppure quando, pur sottraendosi ai controlli di frontiera sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso (comma 2).

Il respingimento non è previsto nei casi previsti dalle disposizioni che disciplinano le procedure riguardanti il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria e che prevedono l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari.

Per lo straniero respinto è prevista assistenza necessaria presso i valichi di frontiera. I respingimenti sono registrati dalla autorità di P.S.

Soggiorno ed espulsione

Soggiorno (artt. 5 e 6 T.U.)

Sono autorizzati a soggiornare gli stranieri⁶:

- entrati regolarmente in Italia, che abbiano rispettato le disposizioni previste per l'ingresso (art. 4) e che si siano muniti di un titolo di soggiorno in corso di validità (carta di soggiorno o permesso di soggiorno⁷);
- titolari di un titolo di soggiorno valido rilasciato dalle autorità preposte;
- che siano in possesso di un titolo di soggiorno valido rilasciato dalla competente autorità di uno Stato appartenente all'Unione europea, nei limiti ed alle condizioni previsti da specifici accordi.

Per gli stranieri che intendono soggiornare in Italia per un periodo non superiore a 30 giorni non è previsto il rilascio del permesso di soggiorno.

Nella richiesta del permesso di soggiorno devono essere indicati:

- le proprie generalità e quelle di eventuali figli minori;

⁶ Disposizioni particolari sono previste per i cittadini stranieri che fanno ingresso in Italia per periodi di soggiorno di breve durata per visite, affari, turismo e studio.

⁷ La carta di soggiorno è oggi sostituita dal **permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo** valido per almeno cinque anni automaticamente rinnovabile alla scadenza. In recepimento della direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 (Gazz.Uff.Un.Eur. L 16/44 del 23.01.2004) *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*. **I titolari di permesso CE – slp possono essere espulsi:**

- per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato, nonché nell'ambito del contrasto del terrorismo internazionale
- quando lo straniero appartiene ad una delle categorie a cui possono essere applicate **misure di prevenzione** perché ritenuto dall'autorità di Pubblica sicurezza, sulla base di elementi di fatto, **dedito ad attività delittuose** per le quali sono state adottate misure di prevenzione personali.

Il pacchetto sicurezza ha innovato il permesso CE per soggiornanti di lungo periodo subordinando il suo rilascio al superamento di un test di lingue (comma 2 bis art. 9 T.U.).

- il luogo di residenza all'estero;
- il luogo del soggiorno in Italia;
- il motivo del soggiorno;

I documenti da esibire sono:

- il passaporto o altro documento equipollente;
- la documentazione nei casi di soggiorno diversi da quelli per motivi di lavoro, attestante la disponibilità dei mezzi per il ritorno nel Paese di provenienza;

La Questura può richiedere documentazione tesa a comprovare:

- l'esigenza del soggiorno per il tempo richiesto;
- la disponibilità dei mezzi di sussistenza sufficienti commisurati ai motivi e alla durata del soggiorno, in relazione alle persone a carico;
- la disponibilità di altre risorse o dell'alloggio ...;

Lo straniero che richiede il rilascio del permesso di soggiorno è sottoposto ai rilievi fotodattiloscopici (impronte digitali).

In materia di rilascio del permesso di soggiorno, il pacchetto sicurezza ha inserito all'art. 5 il comma 2-ter, che stabilisce che la richiesta di rilascio e di rinnovo del permesso di soggiorno è sottoposta al versamento di un contributo, il cui importo è fissato fra un minimo di 80 e un massimo di 200 euro con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno, che stabilisce altresì le modalità del versamento. Non è richiesto il versamento del contributo per il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno per asilo, per richiesta di asilo, per protezione sussidiaria, per motivi umanitari.

Il permesso di soggiorno è rilasciato dalla Questura competente entro 20 giorni dalla presentazione della domanda. Dall'11 dicembre 2006, anche in Italia è stato adottato il permesso di soggiorno elettronico, nel caso in cui lo straniero soggiorni per periodi superiori ai 90 giorni. Tale documento consiste in una tessera magnetica provvista di un microchip e di una banda a memoria ottica che contengono i dati anagrafici, la fotografia e le impronte del titolare in formato digitale; il permesso può contenere i soli dati biometrici individuati dalla normativa.

Per i minori di anni 14 è prevista la CARTA MINORI, allegata al permesso di soggiorno dei genitori.

La durata del permesso di soggiorno **rilasciato per motivi differenti da quelli per lavoro** è quella prevista dal **visto d'ingresso**, nei limiti stabiliti dal T.U. o in attuazione degli accordi e delle convenzioni internazionali in vigore.

Il rinnovo del permesso di soggiorno va richiesto al Questore della provincia in cui lo straniero dimora **sessanta giorni** prima della scadenza in tutti i casi (tale disposizione è stata modificata dalla l. 94/09, mentre la disciplina previgente prevedeva termini distinti tra i vari tipi di permesso).

La domanda di rinnovo del permesso di soggiorno è sottoposta alla verifica delle condizioni previste per il rilascio del permesso stesso e degli altri requisiti previsti dal T.U.. Il permesso di soggiorno è rinnovato entro 20 giorni dalla presentazione della domanda.

Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono **rifiutati** e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando **mancano o vengono a mancare** i requisiti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salva la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno per **ATTESA OCCUPAZIONE** come previsto dall'art. 22 comma 11 del TU **e sempre che non siano sopraggiunti** nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili. Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore della l. 94/09, vi è la revoca o il rifiuto del permesso di soggiorno anche nel caso in cui sia violato il divieto di ricongiungimento familiare di più coniugi per la stessa persona (art. 29, comma 1 ter T.U.).

La condanna con provvedimento definitivo per uno dei reati relativi alla tutela del diritto di autore e relativi alla vendita di marchi contraffatti comporta la revoca del permesso di soggiorno rilasciato allo straniero e l'espulsione del medesimo con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Salvo che debba disporsi il respingimento o l'espulsione immediata con accompagnamento alla frontiera, quando il permesso di soggiorno è **rifiutato** il Questore avvisa l'interessato, facendone menzione nel provvedimento di rifiuto, che, sussistendone i presupposti, si procederà nei suoi confronti per l'applicazione dell'espulsione.

Con tale provvedimento, il Questore concede allo straniero un termine non superiore a quindici giorni lavorativi, per presentarsi al posto di polizia di frontiera indicato per lasciare volontariamente il territorio dello Stato, con l'avvertenza che, in mancanza sarà adottato il provvedimento amministrativo di espulsione.

Espulsione (artt. 12-16 T.U.)

L'espulsione è disposta dal Prefetto quando il cittadino straniero:

- è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto;
- si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine di otto giorni, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore;
- quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato oppure è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo;
- è ritenuto socialmente pericoloso.

Il Prefetto, su delega del Ministro dell'Interno, può disporre l'espulsione del cittadino straniero quando si ritiene che la sua presenza in Italia agevoli organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali.

È, infine, prevista l'adozione di un provvedimento di espulsione in sostituzione o in alternativa alla pena detentiva (art. 16).

Quanto alla esecuzione dell'espulsione, la stessa avviene sempre con l'accompagnamento immediato alla frontiera, tranne nei casi in cui si verificano alcune particolari circostanze indicate nel T.U.. In ogni caso, l'esecuzione del provvedimento è possibile soltanto dopo la convalida dello stesso da parte del Giudice di Pace. Contro il decreto di espulsione può essere presentato il ricorso al Giudice di Pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione entro sessanta giorni dalla data emissione dello stesso.

Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione, il Questore dispone il trattenimento del cittadino straniero in un Centro di identificazione ed espulsione, quando è necessario:

- soccorrere lo straniero;
- effettuare accertamenti di identità o di nazionalità;
- acquisire documenti per il viaggio;
- per la mancanza del vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo.

Lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato per un periodo di dieci anni, salvo che nel decreto di espulsione non sia previsto un termine più breve che comunque non può essere inferiore a cinque anni. Lo straniero espulso può rientrare nel territorio dello Stato prima della scadenza del divieto di reingresso soltanto se ottiene una speciale autorizzazione dal Ministro dell'Interno. E' previsto un trattamento più favorevole nel caso di ingresso per ricongiungimento familiare.

Limitazioni alla espulsione

È vietata la espulsione verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali o verso uno Stato da dove rischia di essere inviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

Non è consentita l'espulsione, tranne che per motivi di **ordine pubblico** e sicurezza dello Stato, nei confronti:

- degli stranieri minori di anni diciotto; è fatto salvo per il minore il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi;
- degli stranieri in possesso del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, tranne nei casi espressamente previsti;
- dei cittadini stranieri conviventi con il coniuge o con parenti entro il quarto grado, di nazionalità italiana;
- delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

Il pacchetto sicurezza e la espulsione dello straniero

Il pacchetto sicurezza ha modificato in modo significativo le norme in materia di espulsione:

- il nuovo comma 5ter dell'art. 14 T.U. prevede che in tutti i casi di inottemperanza all'ordine di allontanamento del Questore si emette un nuovo decreto di espulsione con accompagnamento alla frontiera (era già prevista la espulsione con accompagnamento alla frontiera per inottemperanza

all'ordine del Questore, ma la norma aveva sollevato alcuni dubbi). In ogni caso, tale modifica è stata oggetto di critiche basate sul fatto che, con la nuova norma, il solo fatto materiale della inosservanza dell'ordine comporta la nuova espulsione, senza dare rilevanza ad eventuali giustificati motivi, i quali avranno casomai rilievo unicamente ai fini della esclusione di responsabilità penale ai sensi dell'art. 10 bis.

- è introdotta la nuova espulsione per revoca del permesso conseguente alla perdita dei crediti derivanti dall'accordo di integrazione (art. 4 bis T.U., che introduce il cosiddetto permesso di soggiorno a punti che sarà effettivo dopo la emanazione di un regolamento attuativo).
- quanto alle modalità di esecuzione della espulsione, con l'inserimento degli ultimi 4 periodi al comma 5 dell'articolo 14 si modifica la disciplina dei C.I.E. (Centri di identificazione ed espulsione, prima denominati C.P.T., centri di permanenza temporanea); i presupposti che legittimano il trattenimento nei Centri non mutano⁸, però aumenta di molto la durata massima della permanenza, che passa da 30 giorni (prorogabili di altri 30 in casi eccezionali) a 60 prorogabili per due volte di altrettanti 60 (per un totale 180 giorni). Le proroghe sono chieste dal Questore e concesse o negate dal Giudice, senza contraddittorio e senza che questi possa sindacare sulla durata⁹.
- è introdotto il reato di **"Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato"**. Si tratta della modifica forse più dibattuta. agli effetti pratici consiste unicamente nella irrogazione di una ammenda da 5.000 a 10.000 euro.
- è istituito il "fondo rimpatri", con la introduzione dell'art. 14bis, finanziato con il contributo introdotto per il rilascio del permesso di soggiorno¹⁰.

Ingresso e soggiorno per lavoro

Entro il 30 novembre dell'anno precedente a quello di riferimento, sulla base dei criteri generali individuati nel Documento Programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri, con un apposito decreto, il Presidente del Consiglio dei Ministri definisce le quote massime di cittadini stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato, lavoro subordinato di tipo stagionale e per lavoro autonomo, tenuto conto dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea eventualmente predisposte.

Vi è la possibilità che i decreti stabiliscano quote riservate (ad esempio a cittadini di paesi con i quali l'Italia ha **sottoscritto accordi** finalizzati alla regolamentazione dei flussi d'ingresso, a cittadini con origine italiana o per **specifiche qualifiche professionali e/o settori di lavoro**).

I visti di ingresso e i permessi di soggiorno sono quindi rilasciati nei limiti delle quote fissate, fatto salvo l'art. 27 T.U., che prevede ipotesi particolari (dirigenti o personale altamente specializzato, lettori universitari, traduttori, lavoratori marittimi, personale artistico, distacco di lavoratori stranieri ecc.)

Il Ministero del Lavoro ripartisce a livello regionale e successivamente a livello provinciale la quota complessiva nazionale. Ogni provincia pertanto si troverà assegnata una propria quota di lavoratori stranieri residenti all'estero che possono essere ammessi a lavorare nel singolo territorio.

Per l'ingresso per motivi di lavoro è necessario:

- il nulla osta all'ingresso;
- il contratto di soggiorno.

⁸ Sono centri istituiti per dare esecuzione ai provvedimenti di espulsione con accompagnamento alla frontiera e non hanno alcuna connessione con responsabilità penali. In base all'art. 13 comma 3 Cost. la autorità di pubblica sicurezza può emettere provvedimenti restrittivi della libertà personale solo *"in casi eccezionali"*. Ma il problema nasce già con la Bossi Fini, che ha sancito la immediata esecutività dei provvedimenti di espulsione prefettizi, facendo diventare il trattenimento in tali centri il modo ordinario di dare esecuzione ai provvedimenti espulsivi. Naturalmente il problema si accentua dal momento che il trattenimento

⁹ Dubbi di costituzionalità riguardano il diritto di difesa e la riserva di giurisdizione che riguarda i provvedimenti di restrizione della libertà personale.

¹⁰ Anche in questo caso, a parere di chi scrive, risulta indicativo dell'atteggiamento generale del legislatore il fatto che il 50% del ricavato del contributo sia destinato alle spese per i rimpatri, invece che ad attività volte all'integrazione ed alla promozione di azioni positive.

L'ottenimento del Nulla-Osta avviene per via telematica collegandosi al sito del Ministero dell'Interno. Il datore di lavoro direttamente o per mezzo di un patronato o di una associazione di categoria preventivamente accreditata, ha la possibilità di attivare la procedura per l'invio della richiesta di rilascio. La domanda può essere spedita a partire dalla data e dall'orario stabiliti dal decreto flussi. Il soggetto che ha inviato la domanda riceverà via e-mail dal Ministero dell'Interno l'avviso del ricevimento della domanda inviata con indicati il giorno e l'orario dello stesso. In seguito è stilata una graduatoria dalla quale si attinge per il rilascio dei nulla-osta.

Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato è stipulato tra un datore di lavoro italiano o straniero regolarmente soggiornante e un prestatore di lavoro non Ue o apolide e contiene:

- 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;
- l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle **spese di viaggio per il rientro** del lavoratore nel paese di provenienza.

Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato e di tipo stagionale è **rilasciato a seguito della stipula del contratto di soggiorno per lavoro**, sottoscritto presso lo Sportello Unico per l'Immigrazione.

Lavoro subordinato

In caso di ingresso per lavoro subordinato la domanda di nulla-osta è inoltrata dal datore di lavoro (avente ad oggetto un lavoratore nominativamente individuato o una o più persone iscritte nelle liste previste dagli accordi bilaterali di regolamentazione dei flussi sottoscritti dall'Italia con i Paesi di provenienza dei cittadini stranieri presenti in Italia).

In ogni caso, la domanda deve contenere i seguenti elementi:

- le generalità del datore di lavoro, del titolare o legale rappresentante dell'impresa, la ragione sociale, la sede e l'indicazione del luogo di lavoro;
- nel caso di richiesta nominativa, le complete generalità del lavoratore straniero che si intende assumere comprensive della residenza all'estero e, nel caso di richiesta numerica, il numero dei lavoratori da assumere;
- il trattamento retributivo ed assicurativo, nel rispetto delle leggi vigenti e dei contratti collettivi nazionali di lavoro applicabili;
- la durata del contratto di lavoro (tempo indeterminato o determinato), il CCNL applicato, l'orario di lavoro svolto (non deve essere inferiore a 20 ore settimanali), l'inquadramento professionale, la mansione la retribuzione (nel caso di lavoro domestico, la retribuzione mensile non può essere inferiore al minimo previsto per l'assegno sociale);
- l'impegno a fornire una sistemazione alloggiativa idonea che deve risultare anche nella proposta di contratto di soggiorno per lavoro e al pagamento da parte dello stesso datore di lavoro delle spese di rimpatrio del cittadino straniero nel Paese di provenienza ;
- l'impegno del datore di lavoro a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro.

La durata del procedimento per il rilascio del Nulla-osta è di 40 giorni dalla data della presentazione della domanda.

Lo Sportello Unico per l'Immigrazione trasmette le richieste ricevute al Centro per l'impiego competente per l'accertamento della indisponibilità di lavoratori italiani o comunitari o cittadini stranieri regolarmente soggiornanti disoccupati a svolgere l'attività di lavoro per la quale il datore lavoro richiede l'ingresso in Italia del lavoratore straniero. Il Centro per l'impiego comunica l'esito di tale verifica entro 20 giorni. Nel caso in cui vi fosse la disponibilità da parte di un lavoratore a svolgere detta attività, la procedura di rilascio del Nulla-osta all'ingresso è sospesa e il datore di lavoro è chiamato a confermare la propria di richiesta di autorizzazione all'ingresso del lavoratore straniero richiesto.

Lo Sportello unico richiede al Questore tramite procedura telematica, la verifica nei confronti del lavoratore straniero di eventuali motivi che impediscono l'ingresso ed il soggiorno in Italia.

Qualora tutte le verifiche sopra riportate hanno esito positivo, lo Sportello unico convoca il datore di lavoro perché fornisca la documentazione inerente:

- l'iscrizione dell'impresa alla Camera di commercio, industria ed artigianato, per le attività per le quali tale iscrizione è richiesta;

- la posizione previdenziale e fiscale atta a comprovare, secondo la tipologia di azienda, la capacità occupazionale e reddituale del datore di lavoro;
- per il lavoro domestico, il reddito netto deve essere non inferiore al doppio dell'ammontare della retribuzione e della contribuzione dovuta al lavoratore; al raggiungimento della soglia di reddito possono concorrere anche i redditi di parenti di primo grado non conviventi o di altri soggetti che autocertifichino di essere tenuti al mantenimento del datore di lavoro o della persona per la quale il lavoratore viene assunto; la dimostrazione del reddito non è richiesta nel caso in cui il datore di lavoro o la persona da assistere sia affetta da patologie invalidanti).
- le condizioni contenute nella proposta di contratto di soggiorno (la disponibilità di un alloggio idoneo per il lavoratore, l'impegno al pagamento delle eventuali spese di rimpatrio dello stesso etc ...)

Se quest'ultima verifica ha esito positivo, al datore di lavoro viene rilasciato il nullaosta, valido sei mesi a partire dalla data del rilascio.

Il datore di lavoro informa il lavoratore straniero dell'avvenuto rilascio del nullaosta, al fine di inoltrare la **richiesta del visto d'ingresso** alla rappresentanza diplomatica o consolare competente, che deve avvenire entro sei mesi dalla data di rilascio del nullaosta.

Fatte le verifiche previste dalla normativa, la rappresentanza diplomatica o consolare comunica al cittadino straniero la proposta di contratto di soggiorno per lavoro e **rilascia il visto d'ingresso**, comprensivo del codice fiscale, entro 30 giorni dalla data di richiesta. Il lavoratore straniero è tenuto a presentarsi allo Sportello Unico entro 8 giorni dall'ingresso in Italia per **sottoscrivere il contratto di soggiorno** e conseguentemente per formalizzare la richiesta di rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato. Quest'ultima è predisposta dallo Sportello Unico per l'Immigrazione e sarà spedita da parte del cittadino straniero alla Questura di competenza tramite l'ufficio postale.

La perdita del posto di lavoro non rappresenta la ragione per revocare il permesso di soggiorno al lavoratore straniero ed ai suoi familiari legalmente soggiornanti.

Col permesso di soggiorno per lavoro si può accedere ad edilizia pubblica, iscriversi al S.S.N., accedere alla istruzione ed alla formazione di tutti i livelli, usufruire della assistenza sociale.

Il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato è legato al **contratto di soggiorno per lavoro**, nonché alla consegna di una autocertificazione del datore di lavoro attestante la sussistenza di un alloggio "idoneo" da parte del lavoratore, fornito dei parametri richiamati dall'articolo 5-bis, comma 1, lettera a), del T.U..

La **prosecuzione del rapporto di lavoro durante la fase di rinnovo** è consentita, salvo diverso orientamento espresso dalla Procura della Repubblica competente per territorio, consultata preventivamente dalle Direzioni Provinciali del Lavoro¹¹.

A norma dell'art. 22, comma 12 T.U. 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.

Lavoro stagionale ed autonomo

Il procedimento descritto per il permesso di soggiorno per lavoro subordinato è simile per il lavoro stagionale. Le differenze sono le seguenti:

- il nulla-osta al lavoro può essere rilasciato per lo svolgimento di una attività di lavoro - anche con riferimento all'accorpamento di gruppi di lavori di più breve periodo da svolgere presso diversi datori di lavoro - della durata minima di 20 giorni e massima di 9 mesi;
- la richiesta di nulla-osta può essere presentata dalle associazioni di categoria che hanno sottoscritto una convenzione con il Ministero dell'Interno, per conto dei propri associati;

¹¹ In Italia, esistono realtà in cui il Servizio Ispettivo del Lavoro della DPL (Direzione Provinciale del Lavoro) segnala all'Autorità Giudiziaria la posizione del datore di lavoro che mantiene alle proprie dipendenze il lavoratore straniero con il permesso di soggiorno scaduto ancorché in fase di rinnovo, per l'eventuale applicazione delle sanzioni previste dalla normativa in materia di immigrazione.

- il Nulla-osta al lavoro stagionale deve essere rilasciato entro 20 giorni dalla data di presentazione della domanda.

Il procedimento è, inoltre, simile per il permesso di soggiorno per **lavoro autonomo**.

Il cittadino straniero che intende esercitare in Italia una attività industriale, professionale, artigianale o commerciale, ovvero costituire società di capitale o di persone o accedere a cariche societarie:

- deve dimostrare di disporre di risorse adeguate per l'esercizio dell'attività medesima;
- anche per attività che non richiedono il rilascio di alcun titolo abilitativo o autorizzatorio, è tenuto ad acquisire presso la Camera del Commercio competente o presso l'ordine professionale competente, l'attestazione dei parametri di riferimento riguardanti la disponibilità delle risorse finanziarie occorrenti per l'esercizio dell'attività;
- deve dimostrare di essere in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana per l'esercizio della singola attività, compresi, ove richiesti, i requisiti per l'iscrizione in albi e registri;
- deve essere in possesso di una attestazione dell'autorità competente che dichiara che non sussistono motivi ostativi al rilascio dell'autorizzazione o della licenza prevista per l'esercizio dell'attività che lo straniero intende svolgere.

Il lavoratore straniero deve comunque dimostrare di **disporre di una idonea sistemazione alloggiativa** e di un **reddito annuo**, proveniente da fonti lecite, di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l'esenzione della partecipazione alla spesa sanitaria.

Il cittadino straniero in possesso dei requisiti descritti e della documentazione sopra riportata, anche tramite procuratore, deve **richiedere alla Questura il nulla-osta provvisorio** per l'ingresso; quest'ultimo deve essere rilasciato entro 20gg dalla data di richiesta, dopo che è stato verificato che non sussistono motivi ostativi all'ingresso e al soggiorno in Italia nei confronti dell'interessato.

Con il Nulla-Osta provvisorio, il cittadino straniero si rivolgerà alla rappresentanza diplomatica italiana all'estero competente che rilascia il visto di ingresso dopo aver verificato i requisiti previsti dalla normativa e nel rispetto dei limiti numerici previsti dalle quote per lavoro autonomo.

L'Ambasciata inoltre rilascia la certificazione dell'esistenza dei requisiti previsti per il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro autonomo.

Il Visto di ingresso è rilasciato entro 120 giorni dalla richiesta e deve essere utilizzato entro 180 giorni dal rilascio.

Il permesso di soggiorno per lavoro autonomo deve essere richiesto alla Questura competente entro otto giorni dall'ingresso tramite l'invio dello specifico kit attraverso gli uffici postali. Il permesso è rilasciato con la durata di due anni.

Inoltre, possono svolgere una attività di lavoro autonomo i titolari di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, Carta di soggiorno per familiari stranieri di cittadini dell'Unione Europea e di permesso di soggiorno rilasciato per: lavoro subordinato, per motivi familiari, per asilo politico, per protezione sussidiaria, per motivi umanitari, permesso per richiesta di asilo e integrazione del minore (a determinate condizioni).

Il pacchetto sicurezza non ha modificato la procedura per il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro né subordinato, né autonomo, né stagionale.

Cittadini comunitari

L'ingresso e il soggiorno del cittadino dell'Unione Europea e dei suoi familiari (anche con cittadinanza di un Paese non appartenente all'Ue) sono regolati dal D.lgs. 30/2007 (che recepisce la Direttiva Ce 2004/38/CE), successivamente modificato dal D.lgs. 32/2008. La normativa precedentemente in vigore è stata definitivamente abrogata.

I cittadini dell'Unione hanno il diritto di soggiornare nel territorio nazionale per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, purché siano in possesso di un documento d'identità valido per l'espatrio secondo la legislazione dello Stato di cui hanno la cittadinanza.

I cittadini dell'Unione ed i loro familiari mantengono il diritto di soggiorno per periodi fino a tre mesi finché:

- hanno le risorse economiche come definite dall'art. 29 comma 3 lettera b) del T.U. per non diventare un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante;
- finché non costituiscono un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Il cittadino dell'Unione può presentarsi ad un ufficio di polizia per dichiarare la propria presenza nel territorio nazionale secondo le modalità che dovrebbero essere stabilite con un decreto del Ministro dell'Interno, ad oggi non ancora adottato. Diversamente, si presume, salvo prova contraria, che il soggiorno si sia protratto da oltre tre mesi.

Al cittadino dell'Unione che intende soggiornare in Italia per un periodo superiore a tre mesi, si applicano le disposizioni normative in materia di anagrafe valide per i cittadini italiani. Il cittadino comunitario pertanto, è tenuto all'iscrizione all'anagrafe del Comune di abituale dimora, quando sono trascorsi tre mesi dall'ingresso in Italia. In tale circostanza è rilasciata immediatamente una attestazione contenente l'indicazione del nome e della dimora del richiedente, nonché la data della richiesta. Per l'iscrizione anagrafica oltre a quanto normalmente previsto per tale adempimento, il cittadino dell'Unione deve produrre specifica documentazione a seconda della motivazione del soggiorno.

Il cittadino dell'Unione ha diritto di soggiornare nel territorio nazionale per un periodo superiore a tre mesi quando:

- **è lavoratore subordinato o autonomo nello Stato** (in questo caso è tenuto a produrre al Comune la documentazione attestante lo svolgimento di una attività lavorativa, subordinata o autonoma);
- **dispone per sé stesso e per i propri familiari** di risorse economiche sufficienti, per non diventare un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato durante il periodo di soggiorno e di un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo comunque denominato che copra tutti i rischi nel territorio nazionale;
- **è iscritto presso un istituto pubblico o privato riconosciuto per seguirvi come attività principale un corso di studi o di formazione professionale e dispone**, per sé stesso e per i propri familiari di risorse economiche sufficienti, per non diventare un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato durante il suo periodo di soggiorno, da attestare attraverso una dichiarazione o con altra idonea documentazione e di un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo che copra tutti i rischi nel territorio nazionale;€
- **e' familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione Europea che ha diritto di soggiornare per uno dei motivi riportati in precedenza.**

Il cittadino dell'Unione Europea può dimostrare di disporre, per sé e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti a non gravare sul sistema di assistenza pubblica, anche attraverso l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47 del dpr. 445/2000.

Il diritto di ingresso e di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, qualsiasi sia la loro cittadinanza, può essere limitato con apposito provvedimento solo per:

- **motivi di sicurezza dello Stato;**
- **motivi imperativi di pubblica sicurezza** (che sussistono quando la persona da allontanare abbia tenuto comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica, rendendo urgente l'allontanamento perché la sua ulteriore permanenza sul territorio è incompatibile con la civile e sicura convivenza);
- **altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.**

I provvedimenti di allontanamento:

- sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità;
- non possono essere motivati da ragioni di ordine economico, da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato che rappresentino una minaccia concreta e attuale all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza;
- non possono essere adottati unicamente per l'esistenza di condanne penali;
- possono essere adottati quando vengono a mancare le condizioni che hanno consentito l'acquisizione del diritto di soggiorno (in questo caso è adottato dal Prefetto anche su segnalazione motivata del sindaco del Comune di residenza o di dimora dell'interessato e non contiene divieto di reingresso).

Nel provvedimento di allontanamento viene indicato:

- il termine entro il quale il destinatario deve lasciare il territorio nazionale che non può essere inferiore ad un mese dalla data di notifica e, in casi urgenti, a dieci giorni; se tale termine non dovesse essere rispettato dall'interessato, il Questore esegue immediatamente il provvedimento;

- la durata del divieto di reingresso che non può essere superiore a dieci anni nei casi di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato e a cinque negli altri casi; se detto termine non dovesse essere rispettato, il destinatario del provvedimento è punito con la reclusione.

L'allontanamento è immediatamente eseguito dal Questore quando è stato adottato per motivi di sicurezza dello Stato e per motivi imperativi di pubblica sicurezza. Tutti i provvedimenti emessi dal Questore devono essere convalidati dal Tribunale ordinario in composizione monocratica competente.

I cittadini Neocomunitari

Sono considerati cittadini neocomunitari i cittadini della Bulgaria e della Romania, paesi entrati a far parte dell'Unione Europea dal 1.01.2007. Di fatto queste persone sono equiparate a tutti gli effetti ai cittadini dell'Ue e agli Italiani sotto molti aspetti, tranne che per alcune questioni. Tra queste la più rilevante è quella legata all'accesso allo svolgimento di una attività di lavoro dipendente, in quanto attualmente è in vigore un regime transitorio di cui il Governo ha deciso di avvalersi dapprima sino al 31.12.2008 e successivamente prorogato al 31.12.2009, prima di una totale liberalizzazione dell'accesso al lavoro subordinato. Il regime transitorio prevede, in ogni caso, l'apertura immediata di alcuni settori produttivi, tra i quali vi è anche quello della edilizia.

Per tutti i settori non ancora liberalizzati, la assunzione di un lavoratore neocomunitario durante tutto il periodo transitorio avviene mediante una procedura semplificata di rilascio del nulla osta alla assunzione.

Italia e Finlandia sono gli unici paesi che prevedono poi espulsioni automatiche quando i cittadini dell'UE commettano crimini di una certa gravità.

La Commissione europea ha rivolto agli stati membri molte critiche sul recepimento della Direttiva in materia di ingresso e soggiorno di cittadini comunitari. La relazione finale del gennaio 2009 consiglia agli stati membri di migliorare le loro leggi e soprattutto le pratiche amministrative al fine di riconoscere i diritti sanciti ai cittadini dell'unione europea e dei loro familiari extracomunitari. Secondo il rapporto della commissione tutti i paesi dell'Unione hanno adottato leggi nazionali per proteggere il diritto dei cittadini dell'UE e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'unione, ma nessuno ha recepito in modo effettivo e corretto l'intera direttiva. Le scorrette interpretazioni dei diritti dei cittadini comunitari e dei loro familiari nell'esercizio del diritto di libera circolazione sul territorio dell'UE si constata soprattutto in relazione ai seguenti fenomeni:

- il diritto d'ingresso e soggiorno di familiari cittadini di paesi terzi, con problemi che vengono posti nella prassi in relazione al visto d'ingresso o all'attraversamento delle frontiere, condizioni imposte per ottenere il diritto soggiorno ma non previste dalla direttiva, oltre al ritardo delle carte di soggiorno;
- l'obbligo per i cittadini dell'UE di presentare a sostegno della domanda di soggiorno documenti non previsti dalla direttiva, si pensi per esempio alla documentazione riguardante il reddito o la documentazione richiesta dagli ufficiali dell'anagrafe riguardo l'idoneità d'alloggio, cosa che tra l'altro è stata regolata con alcune ordinanze dei sindaci maggiormente visibili per il loro atteggiamento discriminatorio.

PARTE IV

“LA CASSETTA DEGLI ATTREZZI”

Il concetto di “lavoratore”

La forma del contratto di lavoro subordinato, fonte del rapporto di lavoro tra datore e lavoratore, è generalmente libera, non essendo previste particolari modalità per la manifestazione del consenso (in ossequio al principio di libertà delle forme nel contratto, in base al quale, se il legislatore non stabilisce altrimenti, le parti possono manifestare la propria volontà nel modo che preferiscono, salva poi la necessità di dimostrare in sede di eventuale giudizio che tale manifestazione vi è stata).

Ciò significa che per l'ordinamento ha rilievo anche il contratto di lavoro concluso verbalmente o persino tacitamente, poiché assume valore preminente il comportamento fattuale della esecuzione della prestazione lavorativa, rispetto alla manifestazione formale della loro volontà. Tale principio opera a tutela del lavoratore, nel senso che lo stesso potrà limitarsi a dare dimostrazione di avere effettivamente svolto una prestazione lavorativa per vedere accolta la sua domanda di riconoscimento del rapporto, anche in assenza di contratto, mentre il datore di lavoro dovrà dimostrare, per negare tale costituzione, che la prestazione si è svolta contro la sua volontà.

Solo eccezionalmente è richiesta da norme specifiche la redazione del contratto di lavoro (ad es. il contratto di apprendistato) o di parti di esso (ad es. il patto di prova) in forma scritta, generalmente ai soli fini della prova e solo raramente per la validità degli stessi. In ogni caso la richiesta di forma scritta opera anch'essa a tutela del lavoratore (Corte Cost., sent. 283/05, la quale afferma che la mancanza di forma scritta richiesta dalla legge a pena di nullità non travolge integralmente il contratto, ma determina la qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato).

Anche tutti gli obblighi in capo al datore di lavoro in materia di comunicazione della assunzione, di denunce periodiche e di pagamento di contributi agli enti previdenziali (nonché le relative sanzioni) sono a tutela del lavoratore, parte debole del rapporto e destinatario della prestazione previdenziale.

Dato il quadro sinteticamente tratteggiato, quali sono le tutele alle quali può ricorrere un lavoratore in nero per vedere regolarizzata la propria posizione o per reagire ad un licenziamento illegittimo?

Un lavoratore italiano ha la possibilità di ricorrere alla tutela giudiziaria per vedere riconosciuta la esistenza di un rapporto di lavoro subordinato ed ottenere la condanna del datore di lavoro al versamento di tutte le prestazioni retributive e contributive dovute, nonché alla reintegrazione o al risarcimento del danno per la eventuale illegittimità del licenziamento.

Resta, dunque, da verificare quale sia la sorte di un lavoratore clandestino che ha prestato la sua opera lavorativa nelle medesime condizioni di irregolarità.

Preme, primo luogo effettuare due considerazioni preliminari:

- il diritto alla retribuzione è costituzionalmente garantito dall'art. 36 cost., il quale sancisce che **il lavoratore** ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa;
- la protezione che l'ordinamento assicura al lavoratore, anche in considerazione della irripetibilità della sua prestazione, si estende anche ai casi di opera prestata in esecuzione di un contratto nullo, a norma dell'art. 2126 cod. civ. (il quale dispone che 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 illiceità derivi da illiceità dell'oggetto o della causa); a tal proposito, si sottolinea come la maggioranza della dottrina consideri nullo, per violazione di norme imperative di legge, il contratto di lavoro eventualmente stipulato con il lavoratore straniero privo di titolo di soggiorno, con la conseguente permanenza, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale (v. Corte Cass., sez. lav., 13 ottobre 1998, n. 10128), dei soli diritti relativi ai crediti retributivi e contributivi maturati nel corso del rapporto già eseguito, secondo quanto previsto dall'art. 2126 c.c.¹².

¹² Si veda, circa la applicabilità dell'art. 2126 cod. civ. allo straniero privo del permesso di soggiorno, Cass. civ., sez. lav., 11/07/01 n. 9407, che ha affermato che “il permesso di lavoro è richiesto non ai fini della validità del contratto,

Da tali considerazioni discende che, in linea teorica, parrebbe che il lavoratore clandestino goda di tutela analoga a quella del lavoratore irregolare italiano (ove, circostanza resa improbabile dal timore di una espulsione, decidesse di rivolgersi ad un giudice), almeno nel caso di reazione ad un illegittimo allontanamento dal posto di lavoro.

Questa importante considerazione ha trovato conferma in alcune pronunce della giurisprudenza: la sentenza del Tribunale di Padova del 19 ottobre 2007 ha affermato che “il contratto di lavoro stipulato dal cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno non è affetto da nullità per illiceità della causa e il lavoratore ha diritto alla tutela giurisdizionale con riferimento ai diritti garantiti dall'art. 2126 c.c.; detta tutela trova peraltro fondamento anche nell'art. 2 t.u. immigrazione, che garantisce a tutti gli stranieri comunque presenti sul territorio nazionale i diritti fondamentali della persona, tra i quali rientra il diritto alla retribuzione ex art. 36 cost.”. Inoltre, nella sentenza del Tribunale di Milano del 13 aprile 2007 si legge che “Il lavoratore extracomunitario sprovvisto di permesso di soggiorno ha diritto di adire l'autorità giudiziaria italiana giacché il diritto alla tutela giurisdizionale appartiene al novero dei diritti fondamentali della persona, che l'art. 2 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 accorda a tutti gli stranieri presenti sul territorio nazionale indipendentemente dall'esistenza di un valido titolo di soggiorno; la tutela che detto lavoratore può far valere è quella prevista dall'art. 2126 c.c. giacché la mancanza del permesso di soggiorno non configura un'ipotesi di nullità del rapporto per illiceità dell'oggetto o della causa contrattuale”.

Accanto a pronunce come quelle citate si deve, però, segnalare l'emersione di un indirizzo diverso. Il riferimento è alla recente sentenza del Tribunale di Como (18 febbraio 2008), la quale ha stabilito che “il contratto di lavoro stipulato dal cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno deve ritenersi contrario all'ordine pubblico e dunque nullo per illiceità della causa ex art. 1343 c.c.; conseguentemente detto lavoratore non gode della tutela ex art. 2126 c.c. e non ha diritto di agire in giudizio in quanto i diritti che esso vorrebbe esercitare non sono “legittimi” e di essi dunque egli non ha il libero esercizio ai sensi dell'art. 75 c.p.c.”.

Si ritiene che la normativa sulla immigrazione, alla luce delle innovazioni apportate con il pacchetto sicurezza, avalli indirizzi come quello di tale ultima pronuncia, avendo, addirittura, attribuito rilevanza penale alla clandestinità. Ne conseguirebbe una totale mancanza di diritti per il lavoratore clandestino. Anzi, lo stesso si vedrebbe addirittura privato, agli effetti pratici, della stessa identità di “lavoratore”.

In conclusione:

- la introduzione del reato di clandestinità rende ancora più improbabile che uno straniero clandestino denunci la propria condizione di lavoratore in nero, rendendolo, di fatto, ancora più ricattabile;
- in ogni caso, pare dare sostegno a indirizzi assai discutibili, in applicazione dei quali la prestazione lavorativa anche già eseguita resterebbe totalmente priva di qualunque tutela giurisdizionale, in aperto contrasto con principi costituzionali quali quello del diritto alla retribuzione e del diritto di ricorrere alla tutela giurisdizionale.

Pare più rispettoso dei diritti umani e della persona, di converso, affermare che il cittadino straniero che presta il proprio lavoro, anche se privo di permesso di soggiorno, è comunque un lavoratore (l'art. 2094 cod. civ. definisce il prestatore di lavoro subordinato, e non il contratto di lavoro, affermando che è tale colui che “*si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze a sotto la direzione dell'imprenditore*”). Come lavoratore, tale soggetto deve avere quelle tutele minime che puntano a garantire una esistenza libera e dignitosa.

Nell'ambito evidenziato, dal punto di vista degli strumenti di tutela fattiva del lavoratore, si effettuano due considerazioni:

- ***il problema rilevato, che riguarda la tutela giudiziaria dei lavoratori stranieri irregolari per il riconoscimento dei diritti nascenti dal rapporto, può divenire oggetto di cause davanti ai giudici del lavoro: in tal caso, il sindacato, e nello specifico l'Ufficio Vertenze, ha il compito di sostenere la applicabilità della tutela di cui all'art. 2126 cod. civ., contrastando il nascente indirizzo giurisprudenziale che afferma la nullità di tali contratti per contrarietà all'ordine pubblico, lasciando i lavoratori privi di ogni tutela, anche per quanto riguarda le prestazioni già eseguite;***

ma solo ai fini della sua efficacia. Nell'ipotesi, poi, in cui il contratto riceva di fatto esecuzione anche durante un periodo di carenza del permesso, sembra ipotizzabile l'applicabilità in via estensiva dell'art. 2126 cc”. Rimane, però, da verificare la tenuta di tale principio (che garantisce un minimo di tutela al lavoratore clandestino) alla luce delle modifiche portate dal pacchetto sicurezza.

- *nella pratica, però, ben difficilmente lo straniero clandestino sarà disponibile ad andare incontro ad una espulsione per richiedere il riconoscimento di quanto gli spetta; non solo, la recente criminalizzazione della clandestinità, con l'introduzione del relativo illecito penale, pare andare nella direzione di una ulteriore sottrazione di tutele, scoraggiando ancor di più lo straniero irregolare (che, ad esempio, si vede negata la retribuzione) ad agire in giudizio per vedere riconosciute le sue ragioni: occorrerebbe, dunque, una azione da un punto di vista politico, a livello nazionale, contrastare il reato di clandestinità a fronte invece di misure, come il rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio per regolarizzare la propria posizione, che incoraggino i lavoratori a regolarizzare la propria posizione, nell'interesse proprio e della collettività.*

Il concetto di "lavoratore autonomo"

Come accennato nella introduzione, uno dei fenomeni che stanno maggiormente prendendo piede con riferimento alla immigrazione riguarda l'aumento del numero di lavoratori autonomi. Il fenomeno riguarda in particolare i settori delle costruzioni e del commercio. Dal punto di vista quantitativo, i dati Unioncamere-Infocamere Movimprese, riportano una crescita di ben 8 punti percentuali delle imprese individuali gestite da titolari immigrati da paesi non appartenenti alla UE nel corso del 2007. Tale incremento si concentra per il 40% nelle costruzioni (6.603 unità in più rispetto al 2006), "tradizionale settore di attività per un gran numero di cittadini immigrati che - soprattutto in questi anni di forte sviluppo del comparto - hanno finito per trasformare un rapporto di dipendenza in una forma di lavoro autonomo"¹³.

La consistenza del fenomeno impone alcune considerazioni, anche alla luce di quanto esposto nelle parti precedenti del presente lavoro. Da un lato, non si può certo negare che l'aumento della imprenditoria da parte di cittadini stranieri è il frutto di una crescita sociale e professionale dei cittadini stranieri. Si tratta di un fenomeno tipico, che tende a verificarsi nei paesi a più lunga tradizione migratoria nel momento in cui la presenza di stranieri inizia a divenire stabile e a consentire una significativa integrazione degli stessi nel tessuto sociale e produttivo.

Sotto un diverso profilo, però, il fenomeno deve essere letto in parallelo con quanto osservato a proposito dei fenomeni di dissoluzione del sistema produttivo tradizionale: le sempre più frequenti esternalizzazioni portano, infatti, le imprese a ricorrere agli appalti con sempre maggiore frequenza. Ciò non comporta problemi specifici nel momento in cui il ricorso al contratto di appalto è reale, cioè nel momento in cui l'imprenditore esternalizza parte della sua attività, affidandola ad un altro imprenditore, che la esegue con propria organizzazione di mezzi e assumendosi il relativo rischio. L'esternalizzazione dovrebbe però riguardare processi produttivi peculiari, altamente specializzati ed essere rivolta a soggetti che hanno specifiche competenze settoriali.

Se, però, l'affidamento ha per oggetto attività e lavorazioni di base e di facile esecuzione ed è rivolta nei confronti di un lavoratore autonomo il quale solo apparentemente gestisce in proprio la sua attività, perché in realtà è diretto dal committente, che lo tratta alla stregua di un proprio lavoratore subordinato, siamo di fronte ad un appalto fittizio: l'impresa sta semplicemente evitando di sopportare i costi e gli oneri connessi all'assunzione di lavoratori dipendenti, costringendo soggetti economicamente deboli e ricattabili ad aprire una partita iva fingendosi lavoratori autonomi

In tal modo questi soggetti vanno incontro alla perdita delle garanzie tipiche della posizione di lavoratore dipendente: si pensi alle tutele derivanti dai CCNL (sia con riferimento alla parte economica, sia a quella normativa) o agli obblighi del datore di lavoro in materia di sicurezza, che non sono dovuti nei confronti dei lavoratori autonomi i quali debbono, addirittura, affrontare in proprio le spese per la formazione ed i dispositivi di protezione (cfr. art. 21 d.lgs. 81/08 ss.mm.ii.).

Ancora, può accadere che l'esternalizzazione non avvenga nemmeno mediante contratto di appalto o contratto d'opera, fattispecie sulle quali il legislatore ha tentato di creare qualche forma di tutela, ma attraverso accordi del tutto simili negli effetti concreti anche se giuridicamente differenti come, a titolo esemplificativo, i c.d. noli a caldo o le forniture con posa in opera. In questi casi il lavoratore, non viene coinvolto nel ciclo produttivo con vincolo né si subordinazione né di prestazione autonoma, ma viene "venduto" insieme ai materiali forniti (con compiti di posa in opera) o insieme ai mezzi noleggiati (come manovratore del mezzo).

Da questo punto di vista, le azioni positive che il sindacato potrebbe intraprendere riguardano la sorveglianza dei cantieri ed il presidio dei contratti stipulati nell'ambito del settore delle costruzioni. Lo strumento del monitoraggio e dell'osservazione dei fendimi, anche con analisi statistiche e di frequenza

¹³ Infocamere, "Immigrati: nel 2007 imprese in crescita dell'8%", comunicato stampa - Roma 18 febbraio 2008.

degli avvenimenti, divine qui basilare per conoscere e capire il reale tessuto produttivo locale ed i modi di organizzarsi dello stesso. Qui sono i protocolli di intesa e gli accordi di monitoraggio ad essere strumento utile se non indispensabile.

Inoltre, è necessario tenere presente che ove il lavoratore autonomo sia, in realtà, un lavoratore subordinato perché la sua attività si svolge alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro, è possibile agire di fronte al giudice del lavoro per far valere la simulazione ed ottenere il riconoscimento dei diritti del prestatore d'opera.

La normativa in materia di immigrazione e le novità introdotte col pacchetto sicurezza

La legislazione in materia di immigrazione è stata oggetto di analisi nella seconda parte di questo documento. Sono state, altresì, indicate e brevemente commentate le modifiche recentemente introdotte col c.d. pacchetto sicurezza le quali, come si ricorderà, hanno innovato soprattutto aspetti relativi alla espulsione mentre ben poco hanno cambiato per quanto attiene alle procedure per l'ottenimento dei titoli di soggiorno.

Tali modifiche hanno nel complesso innegabilmente, per espressa rivendicazione degli organi di governo che le hanno fortemente volute, comportato un deciso inasprimento dell'atteggiamento complessivo nei riguardi degli immigrati clandestini. Si deve sottolineare che da più parti sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale con riferimento ad alcune delle novità introdotte (si veda, ad esempio, il commento alla norma che consente il trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione per un periodo complessivo di 180 giorni).

L'espulsione era già prevista dalle precedenti normative, sia in conseguenza della carenza di valido titolo di soggiorno, sia in sostituzione o alternativa alla pena detentiva (art. 16 T.U.). La rilevanza penale attribuita alla condotta ha, in definitiva, il solo effetto di rendere applicabili sanzioni pecuniarie (l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro) le quali, però, saranno di difficile concreta attuazione, posto che i soggetti in questione sono privi di documenti, con tutte le difficoltà che ciò comporta per rintracciarli ed eseguire coattivamente eventuali condanne.

Inoltre, sono diverse le linee di tendenza manifestate a livello comunitario, come testimoniato dalla Direttiva 2009/52/Ce del 18 giugno 2009 in tema di sanzioni **ai datori di lavoro che utilizzano lavoratori stranieri privi di regolare titolo di soggiorno**. Tra i considerando della direttiva si legge, ad esempio che *“un fattore fondamentale di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea è la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo status giuridico richiesto. È quindi opportuno che l'azione contro l'immigrazione e il soggiorno illegali comporti misure per contrastare tale fattore di richiamo”* (considerando 2) e che *“il perno di tali misure dovrebbe essere un divieto generale di assunzione dei cittadini di paesi terzi non autorizzati a soggiornare nell'Unione europea accompagnato da sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che lo violano”* (considerando 3). Tale direttiva dovrà essere recepita entro il 20 luglio 2011.

Per quanto concerne, invece, le procedure per ottenere il permesso di soggiorno per lavoro subordinato non si può che rinviare alla esposizione che precede per metterne in evidenza la estrema complessità e lunghezza. Tale procedura non tiene in dovuta considerazione la presenza sul territorio di immigrati non regolari i quali, se vogliono ottenere il permesso di soggiorno, devono rientrare nei loro paesi di origine per richiedere il visto di ingresso e chiedere ai datori di lavoro di dare l'avvio alla procedura per l'assunzione, col risultato che questi soggetti sono in una posizione di estrema debolezza e rischiano di essere soggetti a ricatti, quando non richieste estorsive, da parte di datori di lavoro con pochi scrupoli.

Il clandestino che voglia regolarizzarsi, pertanto, ha come unica alternativa a questo sistema (reso molto difficoltoso dalla mancata adozione dei decreti che determinano le quote) attendere una sanatoria (strumento di delicatissimo utilizzo, specie dal punto di vista politico). Ciò che consegue è, di fatto, che molti lavoratori stranieri si trovano “bloccati” in una situazione di clandestinità per la mancanza di adeguati strumenti che ne regolarizzino la presenza sul territorio.

Di seguito si riportano quelle che si ritiene siano le questioni principali sul tema.

- In primo luogo, la mancata emanazione del documento programmatico per il triennio 2007-2009 (predisposto dal precedente governo, ma mai adottato a causa del cambio di esecutivo) fa sì che manchi quell'orizzonte di medio periodo tale da garantire che le politiche in materia di immigrazione si svolgano nell'ambito di una corretta programmazione e non sotto la spinta di istanze politiche strumentali. Non solo: la mancanza di documento di programmazione cancella il ruolo di molti dei soggetti chiamati dalla normativa ad esprimersi sulle linee di fondo in materia di immigrazione (si pensi, in particolare, proprio ai sindacati, che a norma dell'art. 3 del T.U. debbono essere consultati in sede di predisposizione del documento programmatico triennale).

- Un altro problema fondamentale, che discende in parte dalla mancata adozione del documento programmatico ed in parte dalla strumentalizzazione politica della materia relativa alla immigrazione, riguarda la emanazione, negli ultimi anni, dei c.d. decreti flussi. Il decreto del 2007, primo anno di utilizzo della procedura informatizzata, prevedeva, per l'anno successivo, l'ingresso di 170.000 lavoratori non comunitari. Il decreto del 2008, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 10 dicembre, prevedeva 150.000 ingressi (di cui ben 105.400 riservati a lavoratori domestici o di assistenza alla persona) da individuare, però, solo entro le domande presentate nell'ambito del decreto precedente. Nel 2009 vi è stata la emanazione di un unico decreto relativo a 80.000 ingressi per lavoro stagionale mentre, per quanto riguarda i lavoratori non stagionali, non pare sia in preparazione alcun decreto. Gli ultimi stranieri ammessi sono, dunque, quelli che hanno presentato le domande nell'ambito del decreto del 2007.
- Per quanto riguarda i tempi di smaltimento delle richieste, basti evidenziare che nell'ottobre del 2008, un anno dopo la emanazione del decreto, erano stati rilasciati poco più della metà dei nulla osta necessari; se si considera che il rilascio del nulla osta è solo il primo passaggio della complessa procedura descritta nella seconda parte del documento, si comprende agevolmente quali siano le difficoltà poste dalla legislazione vigente sia alle imprese che richiedono manodopera non ancora presente sul territorio, sia agli stranieri irregolari che stanno tentando di sanare la loro posizione. Tali difficoltà non fanno, si ritiene, che incentivare la clandestinità.

Da quanto sin qui succintamente esposto, si ritiene di poter affermare che la normativa attualmente vigente in materia pone più di un dubbio sulla sua reale efficacia nel contemperare le diverse esigenze di imprese e lavoratori stranieri.

La combinazione di fenomeni come la mancata programmazione dei flussi di ingresso, spesso utilizzata a fini politici per fare credere che evitando nuovi ingressi si favoriranno i lavoratori nazionali, la lentezza delle procedure di rilascio dei documenti, il tutto unito alla richiesta di manodopera non qualificata in settori come quello edile (ad esclusione degli ultimissimi periodi, caratterizzati da un generale calo della domanda di lavoro) incentiva, a parere di chi scrive, il ricorso alla manodopera irregolare. In questo contesto, anche gli strumenti legislativi che mirano alla emersione del lavoro nero, si pensi, ad esempio, al riallineamento contributivo di cui alla l. 296/06, non paiono utilizzabili, almeno con riferimento a tutti quei lavoratori che non rientrano nella programmazione dei flussi del 2007. detti soggetti rimangono, quindi, intrappolati in una situazione di clandestinità, perché non possono ottenere il permesso di soggiorno, e di irregolarità.

Da questo punto di vista, le azioni da intraprendere sono di natura essenzialmente politica e riguardano la sfera nazionale: è necessario premere affinché

- ***vengano emanati, con il coinvolgimento delle parti sociali, i documenti programmatori previsti dalla normativa;***
- ***siano correttamente programmati i flussi di ingresso, coerentemente con i documenti di cui al punto precedente, con i bisogni delle imprese e con la necessità di regolarizzazione dei soggetti già presenti;***
- ***siano assegnate maggiori risorse agli organi ispettivi, i quali debbono intervenire per individuare e sanzionare gli imprenditori che utilizzano lavoratori in nero.***

La tutela dei diritti dei lavoratori stranieri

Dall'esame della normativa in tema di immigrazione e dalle considerazioni che precedono, emerge chiaramente come lo straniero clandestino sia un soggetto estremamente ricattabile ed in posizione di estrema debolezza.

Le considerazioni fatte fino ad ora avevano lo scopo di segnalare come l'atteggiamento dimostrato dal lavoratore rischi di avvallare indirizzi in base ai quali il clandestino che presta la sua opera non sarebbe nemmeno un lavoratore.

Ciò posto, le problematiche concrete che il lavoratore clandestino si trova a dover affrontare sono molto differenti: ben difficilmente egli si troverà, data la sua condizione di irregolare, ad adire un giudice per impugnare un licenziamento che reputa illegittimo e ben difficilmente, dunque, ci si troverà a discutere della applicabilità o meno dell'art. 2126 cod. civ. ai contratti di lavoro conclusi da immigrati clandestini.

Ciò che preme, a questo punto dell'analisi, considerare è la condizione del cittadino straniero durante la esecuzione del rapporto di lavoro, per riflettere su quali siano le tutele delle quali dispone nei riguardi dei suoi diritti fondamentali, ossia:

- il diritto alla retribuzione;
- il diritto alla tutela previdenziale;
- il diritto alla integrità fisica ed alla sicurezza.

Retribuzione

Come già ricordato, l'art. 36 cost. dichiara che *“il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa”*.

È, però, evidente che lo straniero irregolare, ed in generale il lavoratore in nero, in quanto soggetto in posizione di estrema debolezza, viene privato della garanzia alla retribuzione, che spesso non gli viene corrisposta proprio approfittando della scarsità di mezzi di reazione di cui il lavoratore può disporre. Inutile sottolineare i rischi di tensioni sociali creati da fenomeni di questa natura.

Inoltre, ciò che più conta, la carenza di garanzie dal punto di vista retributivo, dal momento che disattende un principio costituzionale fondamentale come quello di cui all'art. 36 cit., pone una serie di interrogativi assai importanti: non è forse lo stesso art. 2 del T.U. ad affermare che sono garantiti a tutti, **comunque presenti** nel territorio nazionale, i **diritti fondamentali della persona**? E, al di là delle elencazioni della dottrina di tali diritti, si può affermare che la retribuzione per il lavoro prestato e la garanzia di un'esistenza libera e dignitosa possano non farne parte?

Tutte le considerazioni svolte debbono, oltre tutto, essere lette alla luce delle generali linee di condotta dell'ordinamento le quali, criminalizzando il clandestino, scoraggiano qualunque sua iniziativa a difesa dei propri diritti.

Tutela previdenziale

Le considerazioni svolte in materia di retribuzione valgono, naturalmente, anche con riferimento ai contributi ed alle prestazioni previdenziali, sulla cui importanza dal punto di vista della tutela del lavoratore, non occorre dilungarsi.

Si ritiene, però, di evidenziare che la evasione contributiva crea, oltre ad un danno al singolo lavoratore, anche un grave danno a tutto il sistema di protezione sociale, a causa del mancato introito.

Questo aspetto si ritiene possa trovare adeguata trattazione in protocolli di intesa che coinvolgano gli organismi paritetici, che si ritiene debbano riaffermare il diritto dei lavoratori ad adeguati livelli retributivi al fine di incentivare la responsabilità sociale delle imprese.

Diritto alla integrità fisica ed alla sicurezza sul lavoro

Come noto, la disciplina sulla sicurezza nel lavoro è oggi contenuta nel d.lgs. 81/08 ss.mm.ii. Secondo tale provvedimento è lavoratore la *“persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari”* (art. 2, comma 1).

Non è questa la sede per intrattenersi circa la importanza della normativa in materia di prevenzione degli infortuni e di adeguata formazione in tal senso di tutti i lavoratori. Nemmeno occorre, si ritiene, evidenziare la importanza della questione nel settore edile. Basti sottolineare che il legislatore ha imposto per detto settore, con il chiaro scopo di garantire la effettività delle norme in materia, l'obbligo di comunicare l'assunzione del lavoratore alla direzione provinciale del lavoro il giorno antecedente la instaurazione del rapporto, mediante documentazione avente data certa (art. 36 bis l. 248/06).

Inoltre, a sottolineare l'importanza della formazione in ambito edile, è di grande rilievo la previsione contenuta nel CCNL di settore del 2008, che impone, per tutti i neo assunti e prima dell'ingresso in cantiere, una formazione di mestiere e attenta alla sicurezza di 16 ore presso la più vicina Scuola Edile.

Ancora una volta, è necessario ribadire che la condizione di irregolarità propria del clandestino, privando lo stesso delle garanzie citate, lo pone in una condizione di estrema debolezza, aggravata dalle seguenti considerazioni:

- il lavoratore non formato, in una realtà come quella del cantiere, crea pericoli a sé ed agli altri lavoratori;
- la prestazione in materia di formazione e prevenzione sulla sicurezza è molto differente dalla prestazione retributiva: se non viene adempiuta correttamente, non può essere ripetuta in un secondo

momento. In genere, le mancanze in questo campo emergono quando si sono già verificati gli infortuni che la normativa vuole, per l'appunto, prevenire.

In sostanza, si ritiene che la formazione in materia di sicurezza (in quanto temi strettamente connessi con la tutela della integrità fisica e della salute) rientri anch'essa tra quei diritti fondamentali della persona di cui all'art. 2, comma 1 del T.U., quegli stessi diritti che dovrebbero essere garantiti a tutti, comunque presenti sul territorio nazionale. Ed ancora una volta si deve rimarcare come la normativa in fatto di tutela del lavoro sia resa vana dalla disciplina sulla immigrazione, che non consente a tutti di accedere alla formazione in materia di sicurezza, ma che, al contrario, restringe i servizi ai quali il cittadino può accedere senza dover esibire la documentazione comprovante la sua regolarità (cfr. parte prima in tema di modifiche all'art. 6, comma 2 del T.U. ad opera del pacchetto sicurezza).

Da questo punto di vista, gli organismi maggiormente indicati ad intervenire paiono essere le Scuole Edili, attraverso le iniziative formative in tema di sicurezza rivolte a tutti i lavoratori. Inoltre, si segnala l'opportunità che la questione diventi oggetto di accordi integrativi a livello locale e di protocolli di intesa che prevedano il coinvolgimento dei Comitati Paritetici Territoriali (CPT) per le problematiche in esame.

Norme sul contrasto alla irregolarità (in particolare il DURC e gli indici di congruità)

Come già più volte sottolineato, il fenomeno del lavoro irregolare è un problema crescente ed estremamente difficile da contrastare. Esso riguarda anche numerosi cittadini stranieri clandestini, privati di tutte le tutele esaminate nel presente lavoro e spesso bloccati in una situazione di illegalità a causa della loro debolezza contrattuale e di una normativa assai punitiva nei loro confronti.

Oltre alle numerose osservazioni già svolte che riguardano il T.U., se ne aggiunga una ulteriore che testimonia, a parere di chi scrive, come la normativa in tema di immigrazione e quella in tema di contrasto al lavoro nero abbiano più di un problema di coordinamento: se, da un lato, nessuno può mettere in discussione il diritto di qualunque lavoratore in nero di denunciare il proprio datore di lavoro, pare evidente che tale diritto sia negato al lavoratore straniero, il quale, rivolgendosi alle autorità, può solo ottenere un provvedimento di espulsione. Per questo motivo alla fine del 2006 era in atto una modifica alla normativa, mai varata, che consentiva al lavoratore clandestino che denunciava il datore di lavoro di ottenere un permesso di soggiorno provvisorio che gli consentisse di regolarizzare la propria posizione.

A fronte di proposte di questo tipo, che hanno il merito di tentare di dare qualche strumento di protezione a soggetti del tutto sprovvisti di ogni salvaguardia, si deve registrare la introduzione del reato di clandestinità, che, al contrario, non fa che rendere i clandestini ancora più "invisibili" e ricattabili da parte di imprenditori scorretti.

Per quanto riguarda la congruità, si è già detto, nella parte del presente lavoro dedicata all'esame della normativa in materia di lavoro, che si reputa il concetto di congruità del costo della manodopera uno strumento di estrema utilità. Ciò in quanto permette di esaminare il costo sostenuto per la manodopera e di raffrontarlo con indici presuntivi (basati sul tipo di lavoro o sulla caratteristiche della impresa) in grado di evidenziare eventuali anomalie.

Al di là del metodo utilizzato per la determinazione degli indici di congruità, è fondamentale notare come lo strumento sia attualmente drammaticamente sottoutilizzato rispetto alle sue reali potenzialità.

Ci si riferisce, in particolare, all'utilizzo di tali indici per quanto riguarda i lavori privati (a seguito della mancata individuazione degli indici da parte del Ministero del lavoro) e per quanto riguarda il DURC (che potrebbe diventare uno strumento di verifica della congruità a seguito della approvazione dell'Avviso comune già siglato dalle parti sociali).

La questione degli indici di congruità è già stata, come evidenziato, oggetto di trattazione da parte del sindacato. Si ritiene particolarmente utile proseguire sulla strada intrapresa, inserendo gli indici all'interno di protocolli di intesa o accordi integrativi a livello locale, rendendoli, così, strumenti di effettiva tutela a vantaggio dei lavoratori e delle imprese socialmente responsabili.