

LA REGOLARIZZAZIONE DEL LAVORO DEI MIGRANTI

Il decreto legislativo n. 109 del 16 luglio 2012

di Maria MANGIATORDI

Sommario: 1. La direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009 sulle norme minime relative alle sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi irregolari. 2. Il decreto legislativo n. 109 del 16 luglio 2012 recante la normativa per l'attuazione della direttiva 2009/52/CE.

1. La direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009 sulle norme minime relative alle sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi irregolari

Il decreto legislativo n. 109 dello scorso 16 luglio è stato emanato in attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce le norme minime relative a sanzioni ed a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Già nel 2006¹ il Consiglio europeo ha sottolineato l'importanza di rafforzare la cooperazione fra gli Stati membri nella lotta contro l'immigrazione illegale, in particolare intensificando le misure contro il lavoro illegale sia a livello degli Stati membri, sia a livello di Unione Europea.

La Direttiva 2009/52/CE pone l'accento sulla considerazione 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"* e quindi *"è opportuno che l'azione contro l'immigrazione e il soggiorno illegali comporti misure per contrastare questo fattore di richiamo"*.

"Il perno di tali misure dovrebbe essere un divieto generale di assunzione dei cittadini di paesi ter-

¹ Cfr. GU C 204 del 9.8.2008, pag. 70.

zi non autorizzati a soggiornare nell'Unione europea accompagnato da sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che lo violano".

La Direttiva, quindi, ritiene strategica la ratio di scoraggiare l'immigrazione clandestina con misure efficaci da adottare direttamente nei confronti di quei datori di lavoro che si avvalgono di lavoratori migranti irregolari e che, in molti casi, consapevoli della condizione di irregolarità e quindi di debolezza dei migranti, non solo favoriscono la logica dell'irregolarità, ma spesso non rispettano affatto le tutele e i diritti di cui i migranti dovrebbero godere con riferimento allo status di lavoratore.

Nella prima parte della Direttiva sono date le definizioni di alcuni termini chiave, quale "lavoro" e "datore di lavoro".

Il termine "lavoro" è usato in un'accezione molto ampia e comprende *"le attività che sono o dovrebbero essere retribuite, svolte per o sotto la direzione e/o la supervisione di un datore di lavoro a prescindere dal rapporto giuridico"*, mentre con riferimento alla figura del "datore di lavoro" si precisa che può includere *"un'associazione di persone riconosciuta come avente capacità di compiere atti giuridici senza avere personalità giuridica"*.

È naturale che la direttiva introduca norme minime, per cui gli Stati membri sono *"liberi di adottare o*

mantenere sanzioni e provvedimenti più severi e d'imporre obblighi più rigorosi ai datori di lavoro".

La direttiva invita gli Stati ad *"adoperarsi al massimo per espletare tempestivamente le richieste di rinnovo dei permessi di soggiorno"* proprio *"al fine di facilitare l'adempimento degli obblighi a carico dei datori di lavoro"*: di fatto molto spesso gli Stati membri adottano procedure burocratiche molto complesse e farraginose e ciò induce ulteriormente i datori di lavoro a non regolarizzare.

Sicuramente le ragioni sono spesso di natura economica e previdenziale, sicché i datori preferiscono non regolarizzare anche per ragioni di risparmio in termini economici sia come costo del lavoro inteso come retribuzione da corrispondere al lavoratore, sia soprattutto in termini di costi previdenziali.

Da qui la necessità di adottare sanzioni significative anche sotto il profilo economico: la direttiva precisa che *"per applicare il divieto generale e per prevenire le violazioni è opportuno che gli Stati membri prevedano sanzioni appropriate. Queste dovrebbero includere sanzioni finanziarie e contributi ai costi di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, unitamente alla possibilità di sanzioni finanziarie ridotte per i datori di lavoro che sono persone fisiche laddove l'impiego sia a fini privati"*.

Procedendo nell'analisi del testo, al fine di scoraggiare ulteriormente il ricorso a lavoratori migranti che versino in condizioni di irregolarità, la direttiva prevede che *"è opportuno che gli Stati membri prevedano la possibilità di ulteriori sanzioni nei confronti dei datori di lavoro, come l'esclusione dal beneficio di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, compresi i sussidi agricoli, l'esclusione dalle procedure di appalti pubblici e i rimborsi di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici già concessi, compresi i fondi dell'Unione europea gestiti dagli Stati membri. Gli Stati membri dovrebbero poter decidere di non applicare tali ulteriori sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che sono persone fisiche laddove l'impiego sia a fini privati."*

Interessante è anche la disposizione normativa che disciplina la fattispecie dei subappalti, a cui si ricorre spesso soprattutto in alcuni settori economici. Il Legislatore comunitario afferma: *"dato l'alto numero di subappalti in certi settori interessati, è opportuno garantire che almeno l'appaltante di cui il datore di lavoro è un diretto subappaltatore possa essere considerato responsabile del pagamento di sanzioni finanziarie congiuntamente al datore di lavoro o in sua vece. In casi specifici, altri appaltanti possono essere ritenuti*

responsabili del pagamento di sanzioni finanziarie congiuntamente o in vece di un datore di lavoro che impiega cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Gli arretrati contemplati dalle disposizioni in materia di responsabilità della presente direttiva dovrebbero altresì includere contributi ai fondi ferie nazionali e ai fondi previdenziali disciplinati dalla legge o dagli accordi collettivi."

La direttiva, pertanto, prevede un sistema di corresponsabilità del datore di lavoro e dell'appaltante, disposizione questa degna di nota giacché sono numerosi i casi di subappalto (anche con riferimento alle esternalizzazioni di servizi nel pubblico impiego), con riferimento ai quali molto spesso i controlli anche sulla regolarità dei rapporti instaurati scarseggiano o comunque non sono efficaci.

Il Legislatore comunitario ritiene che *"il rispetto delle norme può o dovrebbe essere rafforzato con l'applicazione di sanzioni penali"* e, ancora, che *"per garantire la piena efficacia del divieto generale in oggetto si rendono quindi necessarie sanzioni più dissuasive nei casi gravi quali le violazioni costantemente reiterate, l'assunzione illegale di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, condizioni lavorative di particolare sfruttamento, la consapevolezza, da parte del datore di lavoro, che*

il lavoratore è vittima della tratta degli esseri umani e l'assunzione illegale di un minore. La presente direttiva obbliga gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a tali gravi violazioni. Essa non crea obblighi per quanto riguarda l'applicazione di tali sanzioni o di altri sistemi di applicazione della legge disponibili, in casi specifici".

La direttiva ritiene comunque opportuno che "in tutti i casi ritenuti gravi conformemente alla presente direttiva, la violazione, se commessa intenzionalmente, sia considerata reato nell'intera Comunità", ferma restando - fra l'altro - la normativa comunitaria relativa alla lotta alla tratta degli esseri umani².

Ancora, "i reati dovrebbero essere punibili con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive. L'obbligo di assicurare sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive a norma della presente direttiva lascia impregiudicato l'ordinamento interno del diritto penale sostanziale e processuale negli Stati membri".

Si prevede anche la responsabilità delle persone giuridiche, in quanto datori di lavoro.

² Il riferimento è alla decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio del 19.07.2002.

Al contrario, è disegnato un sistema di premialità, consistente nella possibilità di "rilasciare permessi di soggiorno di durata limitata, commisurata a quella dei relativi procedimenti nazionali, ai cittadini di paesi terzi che sono stati oggetto di condizioni lavorative di particolare sfruttamento o sono stati minori assunti illegalmente e che cooperano nei procedimenti penali nei confronti dei datori di lavoro. Tali permessi dovrebbero essere concessi con modalità comparabili a quelle applicabili ai cittadini di paesi terzi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti".

Ulteriore obiettivo previsto dalla direttiva 2009/52/CE è quello delle ispezioni che ciascuno Stato membro dovrebbe svolgere durante l'anno al fine di rendere effettivo il controllo e il monitoraggio delle situazioni reali e, quindi, applicare il regime sanzionatorio tutte le volte in cui vengano scoperte irregolarità.

Quello delle ispezioni, di fatto, rappresenta un punto debole, sicchè non sempre la direttiva e la normativa nazionale sono corret-

tamente applicate, giacchè il sistema dei controlli non è efficace come dovrebbe essere.

La direttiva esplicita la ratio della normativa quando ribadisce la possibilità per la Comunità europea di intervenire nel caso in cui gli Stati membri restano inerti.

Infatti, al punto 36) delle premesse si legge *“poichè l’obiettivo della presente direttiva, vale a dire combattere l’immigrazione illegale agendo contro il fattore di richiamo rappresentato dal lavoro, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni e degli effetti della presente direttiva, essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall’articolo 5 del trattato”*.

È singolare che il legislatore comunitario prosegue precisando che *“la presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo”*.

La direttiva si compone di 19 articoli³ e articola all’interno dell’art.

³ Art. 1 Oggetto e ambito di applicazione; art. 2 Definizioni; art. 3 Divieto di assunzione illegale; art. 4 Obblighi dei datori di lavoro; art. 5 Sanzioni finanziarie; art. 6 Pagamento degli arretrati da parte dei datori di lavoro; art. 7 Altre misure; art.

3 il divieto di *“assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”*.

Colpisce particolarmente l’uso di verbi quasi sempre al condizionale o comunque della possibilità, che evidenziano ulteriormente il distacco fra la norma scritta, la *ratio* e le finalità che si vorrebbero raggiungere dalla realtà esistente, fatta di molto sommerso, di disperazione e illegalità, il tutto spesso immerso in un clima misto di omertà e indifferenza.

2. Il decreto legislativo n. 109 del 16 luglio 2012 recante la normativa per l’attuazione della direttiva

Lo scorso 16 luglio il legislatore italiano ha recepito la direttiva 2009/52/CE con un decreto legislativo che si compone di 5 articoli.

L’impianto del decreto è così composto: l’art. 1 introduce le modifiche al decreto legislativo n. 286 del 25.07.1998; l’art. 2 prevede una disposizione sanzionatoria; l’art. 3 disciplina la presunzione

8 Subappalto; art. 9 Fattispecie di reato, art. 10 Sanzioni penali; art. 11 Responsabilità delle persone giuridiche; art. 12 Sanzioni applicabili alle persone giuridiche; art. 13 Agevolazione delle denunce; art. 14 ispezioni; art. 15 Disposizioni più favorevoli; art. 16 Relazioni; art. 17 Recepimento; art. 18 Entrata in vigore, art. 19 Destinatari.

di durata del rapporto di lavoro; l'art. 4 si occupa delle attività di controllo, mentre l'art. 5 contiene le disposizioni transitorie.

È interessante ripercorrere brevemente il percorso fatto in materia dal legislatore nazionale: dopo l'introduzione della disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero con il c.d. T.U. sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), nel 2002 dapprima con il d.l. n. 12 del 22 febbraio, poi convertito con legge n. 73 del 23 aprile si introducono "disposizioni urgenti per il completamento delle operazioni di emersione di attività detenute all'estero e di lavoro irregolare"; nel 2011 viene introdotto il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro con l'inserimento dell'art. 603 bis del codice penale⁴; il 16 aprile 2012 viene adottata dal Consiglio dei Ministri una deliberazione preliminare sul d.lgs. n. 109/2012, seguita da un'ulteriore deliberazione del 6 luglio. Da ultimo, lo scorso 16 luglio è stato emanato il d.lgs. n. 109/2012, recante l'attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che

⁴ L'art. 603 bis c.p. viene introdotto dall'art. 12 del d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 148 del 14 settembre 2011.

impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Il decreto n. 109/2012 inasprisce le misure sanzionatorie nei confronti dei datori di lavoro che risultino condannati negli ultimi 5 anni, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di patteggiamento, per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, nonché per reati di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione ovvero di reato di sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; da ultimo per il reato ex art. 603 bis c.p., ovvero intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

In tutte queste ipotesi il nulla osta al lavoro è rifiutato o, se già rilasciato, revocato.

Il decreto prevede anche l'inserimento del comma 12 quater all'art. 22 del T.U. sull'immigrazione, in base al quale "nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12 bis⁵,

⁵ Il comma 12 bis dell'art. 22 T.U. sull'immigrazione introdotto dal d.lgs. n. 109/2012 prevede che "Le pene per il fatto previsto dal comma 12 sono aumentate da un terzo alla metà: a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre, b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di

è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6".

Il testo normativo prosegue dicendo che *"il permesso di soggiorno di cui al comma 12-quater ha la durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale. Il permesso di soggiorno è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, segnalata dal procuratore della Repubblica o accertata dal questore, ovvero qualora vengano meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio"*⁶.

Il Legislatore, dunque, prevede un meccanismo di premialità in favore dei migranti che collaborino, consistente nel rilascio di un permesso di soggiorno della stessa durata del procedimento penale.

L'art. 3 del d.lgs. n. 109/2012 disciplina espressamente una presunzione di durata del rapporto di lavoro, in base alla quale nel-

le ipotesi di cui all'art. 22, co. 12 del T.U. immigrazione, ai fini della determinazione del quantum dovuto dal datore di lavoro a titolo retributivo, contributivo e fiscale, si presume che il rapporto di lavoro instaurato con il migrante irregolare abbia almeno una durata trimestrale, salvo prova contraria fornita dal datore di lavoro ovvero dal lavoratore.

Interessante è la disposizione transitoria prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 109/2012 che prevede la c.d. sanatoria di cui si è subito parlato all'indomani dell'emanazione del decreto legislativo.

In pratica si tratta della possibilità per i datori di lavoro, che alla data di entrata in vigore del decreto abbiano occupato da almeno 3 mesi e continuano ad occupare alla data di presentazione della dichiarazione irregolarmente alle proprie dipendenze lavoratori stranieri presenti nel territorio nazionale in modo ininterrotto almeno dalla data del 31.12.2011 o precedentemente, di dichiarare la sussistenza del rapporto di lavoro allo sportello unico per l'immigrazione, ex art. 22 d.lgs. n. 286/1998. La dichiarazione potrà essere presentata dal 15 settembre 2012 al 15 ottobre 2012⁷.

cui al terzo comma dell'articolo 603 bis del codice penale."

⁶ Cfr. art. 22, comma 12 quinquies T.U. immigrazione, comma introdotto dal d. gs. n. 109/2012.

⁷ La presentazione della dichiarazione dovrà essere fatta secondo le modalità di cui al decreto del Ministero dell'interno di concerto con il Ministro del lavoro e

La dichiarazione di emersione deve essere presentata previo pagamento di un contributo forfettario di 1.000 euro per ciascun lavoratore, contributo non deducibile ai fini dell'imposta sul reddito. Inoltre è necessario procedere alla regolarizzazione delle somme dovute dal datore di lavoro a titolo retributivo, contributivo e fiscale pari ad almeno sei mesi.

Sono esclusi dalla procedura di regolarizzazione i rapporti di lavoro a tempo parziale, fatto salvo quanto previsto dal comma 8 in materia di lavoro domestico e di sostegno al bisogno familiare, nonché i datori di lavoro che siano stati condannati negli ultimi 5 anni, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di patteggiamento, per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, nonché per reati di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione ovvero di reato di sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; da ultimo per il reato ex art. 603bis c.p., ovvero intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

Il comma 9 dell'art. 5 del d.lgs.

delle politiche sociali, con il Ministro per la cooperazione internazionale e l'integrazione e con il Ministero dell'economia e delle finanze.

n. 109/2012 prevede che lo sportello unico per l'immigrazione, verificata l'ammissibilità della dichiarazione e acquisito il parere della questura e della competente direzione territoriale del lavoro, debba convocare le parti per la stipula del contratto di soggiorno e per la presentazione della richiesta del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, previa esibizione dell'attestazione di avvenuto pagamento del contributo forfettario e della regolarizzazione contributiva, retributiva e fiscale.

Il legislatore prevede anche che *"nelle more della definizione del procedimento di cui al presente articolo, lo straniero non può essere espulso, tranne nei casi previsti al successivo comma 13"*.

Il decreto si presenta come una possibilità per regolarizzare rapporti di lavoro esistenti ma irregolari, anche se soprattutto in considerazione del momento di crisi che stiamo vivendo potrebbe essere di difficile attuazione, soprattutto con riferimento ai costi da sostenere in termini economici, non tanto e non solo per il contributo forfettario, quanto invece per la regolarizzazione dei costi retributivi, contributivi e fiscali.

D'altra parte potrebbe verificarsi una situazione di abuso della regolarizzazione anche con riferimento a rapporti di lavoro e a presenze recenti e non riconducibili al lasso temporale individuato dal d.lgs. n.

109/2012, magari con simulazione di rapporti lavorativi che favoriscono l'ingresso di migranti anche per altri scopi.

Decisamente positivo è l'utilizzo dell'indicativo che, almeno da un punto di vista formale, fa pensare a verbi di maggiore certezza, a differenza dell'uso diffuso di condizionale e verbi della possibilità nella direttiva 2009/52/CE.

Anche in questo caso sarà necessario analizzare gli effetti della normativa nella realtà: l'immigrazione è una materia decisamente scivolosa, che mette a dura prova la capacità della normativa di incidere sulla realtà.

I fenomeni migratori devono fare i conti da una parte con la logica dell'illegalità, dall'altra con le condizioni di precarietà e vulnerabilità dei migranti. D'altra parte il fatto che l'immigrazione incida fortemente in alcuni settori dell'economia italiana è un dato statistico incontrovertibile.

Da ciò la necessità che la legge sia efficace e, quindi, che vi siano controlli intensi e applicazione di sanzioni serie: il che, tuttavia, deve fare i conti con i tagli alle risorse umane ed economiche nel settore del pubblico impiego, anche con riferimento al personale che dovrebbe eseguire i controlli.

Si rischia che sia l'ennesimo intervento normativo lodevole sul piano giuridico, ma inefficace

nella realtà ... e quindi si rischia che il modo condizionale prenda il sopravvento sul tempo della certezza.