

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO COMPARATO, PRIVATO,
PROCESSUALE CIVILE E DELL'IMPRESA
XXXVI ciclo



**LA CONDIZIONE DI PRECARIETÀ DEL MIGRANTE: UNA
PROSPETTIVA GIUSLAVORISTICA**

DIRITTO DEL LAVORO
IUS/07

Tutor:
Chiar.ma Prof.ssa **Maria Teresa Carinci**
Coordinatore del corso di dottorato:
Chiar.mo Prof. **Giuseppe Ludovico**

Dottoranda:
Silvia Magagnoli
Matricola n. R12982

Anno Accademico 2022/2023

INTRODUZIONE	5
PARTE PRIMA	9
IL LAVORATORE STRANIERO E LA CONDIZIONE DI “DIPENDENZA” COME EFFETTO DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE	9
1. LA SOVRANITÀ DEL LIMITE NEL GOVERNO DELLE MIGRAZIONI	9
2. L’IMMIGRAZIONE: UN QUADRO MULTILIVELLO. L’INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO IN MATERIA	12
CAPITOLO 1	27
LA CONDIZIONE DI “DIPENDENZA” DELLO STRANIERO NEL SISTEMA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE E COMPLEMENTARE	27
1. IL SISTEMA MULTILIVELLO IN MATERIA DI ASILO	28
1.1 <i>Segue. La disciplina internazionale in tema di asilo</i>	28
1.2 <i>Segue. La disciplina europea in tema di asilo</i>	30
2. LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE E LE ALTRE FORME DI PROTEZIONE COMPLEMENTARI	35
2.1 <i>La protezione internazionale</i>	35
2.2 <i>La protezione umanitaria</i>	41
2.3 <i>La protezione speciale dopo il D.L. n. 113/2018</i>	50
2.4 <i>La protezione speciale dopo il D.L. n. 130/2020: la tutela della vita privata</i>	53
2.5 <i>La protezione speciale dopo il D.L. n. 20/2023</i>	61
CAPITOLO 2	69
LA CONDIZIONE DI “DIPENDENZA” DELLO STRANIERO MIGRANTE PER MOTIVI ECONOMICI	69
1. UN QUADRO DI INSIEME: IL MIGRANTE ECONOMICO	69
2. IL SISTEMA MULTILIVELLO IN MATERIA DI MIGRAZIONI ECONOMICHE	72
2.1 <i>Segue. La disciplina internazionale in tema di migrazioni economiche</i>	72
2.2. <i>Segue. La disciplina europea in tema di migrazioni economiche</i>	79
3. LA DISCIPLINA ITALIANA IN TEMA DI MIGRAZIONE PER MOTIVI ECONOMICI: UN’INTRICATA EVOLUZIONE NORMATIVA	83
4. L’ATTUALE DISCIPLINA SULL’INGRESSO DEL LAVORATORE EXTRACOMUNITARIO	92
4.1 <i>Le politiche immigratorie italiane: l’inefficace gestione dei flussi</i>	92
4.2 <i>La procedura di ingresso del lavoratore extracomunitario</i>	96
4.3 <i>La regolazione del soggiorno del lavoratore extracomunitario</i>	107
4.3.1 <i>Le vicende modificative che interessano il permesso di soggiorno</i>	108
4.3.2 <i>Le vicende modificative che interessano il rapporto di lavoro</i>	113
5. BREVI CONCLUSIONI	119
CAPITOLO 3:	121
LA CONDIZIONE DI “DIPENDENZA” DEL MIGRANTE IRREGOLARE	121
1. ALCUNI DATI SULL’IMMIGRAZIONE IRREGOLARE	121
2. LA CONDIZIONE GIURIDICA DI IRREGOLARITÀ DELLO STRANIERO: UNA PLURALITÀ DI DIMENSIONI	124
3. LE CONSEGUENZE DELL’IRREGOLARITÀ SULLO STRANIERO IN QUANTO PERSONA	129
4. LE CONSEGUENZE DELL’IRREGOLARITÀ SULLO STRANIERO IN QUANTO LAVORATORE	134
5. LE CONSEGUENZE DELL’IRREGOLARITÀ DELLO STRANIERO PER IL DATORE DI LAVORO	138
6. LE TUTELE PER IL LAVORATORE STRANIERO IRREGOLARE	144
6.1 <i>L’accesso alla giustizia</i>	149
7. BREVI CONCLUSIONI	153
CAPITOLO 4	155
IL POTERE DATORIALE NEL RAPPORTO DI LAVORO CON L’EXTRACOMUNITARIO: LA DETERMINAZIONE PRECARIA DEL SOGGIORNO	155

1. PRESENTAZIONE DEL PROBLEMA	155
2. LA POSIZIONE DI SUPREMAZIA DEL DATORE DI LAVORO COME ESPRESSIONE DI UN POTERE DI FATTO	157
3. LA POSIZIONE DI SUPREMAZIA DEL DATORE DI LAVORO SUL LAVORATORE SUBORDINATO	159
3.1 <i>Le origini dei poteri datoriali</i>	159
3.2 <i>Le relazioni interne al rapporto di lavoro: tra posizioni di potere e posizioni di dovere</i>	164
3.3 <i>I poteri datoriali e il loro fondamento</i>	170
3.3.1 <i>Segue. I poteri datoriali e il loro fondamento nell'impresa</i>	172
3.3.2 <i>Segue. I poteri datoriali e il loro fondamento nel contratto</i>	178
4. ALCUNI INTERROGATIVI APERTI ALLA LUCE DELLA DIALETTICA TRA POSIZIONI CONTRATTUALISTICHE E NEO-ISTITUZIONALISTICHE	188
5. LA PRECARIZZAZIONE DEL SOGGIORNO DELLO STRANIERO QUALE EFFETTO INDIRETTO DEL POTERE DI RECESSO	191
CAPITOLO 5	201
VERSO IL SUPERAMENTO DELL'EGUAGLIANZA FORMALE DEL LAVORATORE STRANIERO	201
1. PRESENTAZIONE DEL PROBLEMA	201
2. LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	202
3. LA PROGRESSIVA ESTENSIONE DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA AGLI STRANIERI	206
4. IL FATTORE DELLA CITTADINANZA NEL RAPPORTO DI LAVORO	216
5. LA DUBBIA RAGIONEVOLEZZA DEL PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO IN RIFERIMENTO AL LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO	221
6. UNO SBILANCIATO ASSETTO DI INTERESSI NEL CONTRATTO DI LAVORO CON LO STRANIERO	235
7. NUOVE PROSPETTIVE SULLE MISURE DI CONTRASTO ALLA DEBOLEZZA DEL LAVORATORE STRANIERO	237
7.1 <i>Segue. Nel rapporto di lavoro</i>	237
7.2 <i>Segue. Nel mercato del lavoro</i>	240
7.3 <i>Segue. Sul piano normativo</i>	243
8. VERSO LA LIBERAZIONE DALLA CONDIZIONE DI VULNERABILITÀ DELLO STRANIERO: IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI POLITICI	249
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE	261
BIBLIOGRAFIA	265

Introduzione

La presente trattazione mira ad indagare il rapporto di lavoro subordinato dello straniero e ne studia le peculiarità, con particolare attenzione alla posizione che lo straniero riveste nell'ordinamento giuridico italiano e agli effetti che tale condizione produce sul rapporto di lavoro.

Per tale ragione, appare imprescindibile sin da subito circoscrivere il significato di straniero, che può trovare molteplici accezioni in relazione all'ambito in cui ci si inserisce.

Ai fini della presente ricerca si analizzerà la categoria giuridica dello straniero, ossia di colui che appartiene ad altri paesi, limitandola a quella del cittadino extracomunitario. Il campo di indagine, focalizzato su tale soggetto, trova nei fatti già corrispondenza nel Testo unico dell'Immigrazione, ai sensi del quale è straniero colui che è cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea¹.

Va, tuttavia, precisato che nelle migrazioni contemporanee, sottesa alla categoria del "migrante" non emerge un'univoca figura sociale, a differenza di quanto accadeva in passato, dove si identificava il migrante nel lavoratore manuale, maschio, poco qualificato e inizialmente solo². Gli studi sociologici sul tema, hanno evidenziato che al migrante possono essere ricondotte plurime tipologie di individui, con vissuti e provenienze estremamente eterogenee, che connotano la ricchezza di tale settore di studio: il diritto degli stranieri³. Pertanto, il migrante può talvolta identificarsi con il lavoratore immigrato, con l'immigrato stagionale, con l'immigrato qualificato, con il familiare dell'immigrato, che fa ingresso nel paese ospitante per ricongiungimento familiare, con il rifugiato e il richiedente asilo, con l'immigrato irregolare, con il migrante di seconda generazione e con il migrante di ritorno⁴.

Tuttavia, una semplificazione sarà necessaria per chiarire alcuni presupposti di partenza e per classificare gli stranieri extracomunitari, al fine di evidenziare le criticità che intercorrono tra i vari *status* a loro concessi.

¹ Art. 2 T.U.I. che definisce l'ambito di applicazione del presente testo unico e vi include anche gli apolidi, oltre ai cittadini extracomunitari.

² M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2011, 21.

³ B. NASCIMBENE (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.

⁴ M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, cit., 24-26.

Occorre, quindi, precisare che nella presente trattazione si farà uso anche del termine “migrante”⁵ per indicare il soggetto straniero – nello specifico extracomunitario – che si immette nel paese di accoglienza, l’Italia (unico ordinamento che, in questa sede, si considera) e che tale termine verrà utilizzato indifferentemente con quello di straniero ed extracomunitario.

Il fenomeno migratorio denota una costruzione sociale complessa in cui agiscono non solo i migranti, con le loro aspirazioni e progetti di vita, ma anche il paese d’origine, che spesso sostiene e finanzia l’atto migratorio, e la società ricevente. Quest’ultima, oggetto del presente studio, diventa protagonista, attraverso le scelte politiche e normative che effettua, nel plasmare «i processi di selezione dei migranti e le modalità di accesso al territorio, i tipi di immigrati che di fatto riescono a insediarsi, le forme di inclusione attuate e le relazioni che si istituiscono tra cittadini autoctoni, ossia i nativi del paese, e residenti stranieri»⁶.

La normativa italiana in materia di immigrazione, che sarà oggetto di studio nella prima parte della trattazione, riprende la classificazione convenzionale che suddivide le migrazioni in: migrazioni per motivi umanitari e migrazioni per motivi economici. In aggiunta a tali tradizionali categorizzazioni, nella presente ricerca si è affrontato anche il tema dei migranti irregolari, che seppure non classificabili secondo i criteri che regolano le due fattispecie citate, ossia la ragione che spinge il soggetto ad emigrare dal paese di provenienza, sono meritevoli di approfondimento per la consistenza significativa del fenomeno.

Tale classificazione normativa – ampiamente criticata dalla dottrina – si riflette sul singolo, attribuendogli uno *status*, che è fonte della regolazione giuridica a cui sarà soggetto nel paese ospitante.

Per tale ragione, la prima parte della trattazione, si occuperà di studiare i differenti *status* giuridici in cui viene inquadrato il migrante in relazione al tipo di permesso di soggiorno che gli viene concesso.

La regolazione giuridica della migrazione per motivi umanitari trova il suo nucleo costitutivo nella protezione internazionale, di derivazione europea, a cui si affiancano altre forme di protezione complementare, di origine nazionale.

⁵ Definito da Ambrosini come «la persona che si è spostata in un paese diverso da quello di residenza abituale il che vive in quel paese da più di un anno».

⁶ M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, cit., 20.

La ricostruzione dei requisiti di accesso alla protezione, strumentali al rilascio dei permessi di soggiorno per motivi umanitari e per protezione speciale, terrà conto della giurisprudenza che si è pronunciata su tali categorie giuridiche.

Alla luce della stessa, si indagherà se lo svolgimento di un'attività lavorativa possa avere un ruolo ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno per protezione speciale.

Una risposta affermativa a tale interrogativo, oltre ad introdurre un nesso che lega il permesso di soggiorno, necessario per permanere regolarmente in Italia, all'esistenza di un rapporto di lavoro, porrà il lavoratore migrante in una posizione debolezza contrattuale – *rectius* precaria – .

La trattazione affronterà, nel secondo capitolo, la disciplina normativa inerente alle migrazioni per motivi di lavoro, definendo i requisiti per l'ingresso e per il soggiorno dello straniero lavoratore.

Come emergerà da tale disamina, effetto della normativa è la condizione di debolezza contrattuale in cui è posto lo straniero. Nonostante, la disciplina sancisca il contrario, si evincerà il medesimo nesso tra soggiorno e lavoro, che alimenta la vulnerabilità del lavoratore straniero dinnanzi al potere datoriale.

Infine, nella descrizione dei diversi *status* giuridici, prodotti dalla legge sull'immigrazione, si inserisce anche quello dell'immigrato irregolare. Tale *status*, caratterizzato dal mancato possesso dei requisiti che autorizzano l'accesso e la permanenza dello straniero nel paese ricevente, è produttivo di effetti giuridici, che si esplicano non solo sulla persona del migrante, per il rischio di espulsione dal territorio italiano e per l'integrazione del reato di immigrazione clandestina; ma anche sul migrante in qualità di lavoratore, dal momento che l'instaurazione di rapporto di lavoro con un immigrato irregolare ne impedisce la denuncia alle autorità, incrementando la possibilità di subire un trattamento economico e normativo inferiore rispetto a quanto stabilito dalla legge e dai contratti collettivi.

A seguito della ricostruzione della regolazione giuridica delle migrazioni, si metterà in luce il legame esistente tra il soggiorno del lavoratore e l'esistenza di un rapporto di lavoro, legame che determina la condizione di precarietà che coinvolge lo straniero lavoratore, oggetto della seconda parte della trattazione.

Si indagheranno, nel quarto capitolo, le ricadute che tale legame ha sull'equilibrio nel contratto di lavoro, evidenziando come la posizione di potere

assunta dal datore di lavoro – solo nel rapporto di lavoro con l’extracomunitario – possa condizionare – seppure indirettamente – la permanenza del lavoratore nel paese ricevente.

La manifestazione di una posizione di supremazia datoriale capace di incidere sulla sfera più intima del lavoratore imporrà di interrogarsi sull’inquadramento di tale potere, alla luce della ricostruzione che la dottrina ha effettuato dei poteri datoriali.

Si valuterà, nel quinto capitolo, la ragionevolezza degli effetti ultronei derivanti dall’esercizio del potere, esaminando, in particolare, le tutele che sono riconosciute al lavoratore straniero, soggetto ad un principio di parità di trattamento rispetto al lavoratore italiano. La riflessione che si condurrà riguarderà proprio l’origine della condizione di precarietà dello straniero, determinata dalla sua condizione giuridica. Si valuteranno gli effetti di quest’ultima sul rapporto di lavoro, interrogandosi sui rimedi che si potrebbero adottare ed – eventualmente – introdurre per attenuare tale vulnerabilità.

Lo studio sui correttivi porterà ad analizzare il tema dei diritti politici degli stranieri e in particolare quello inerente all’esercizio di voto.

Nella fase finale dell’elaborato, si rifletterà sull’istituto della cittadinanza e sulle sue potenzialità, quale strumento per attenuare la condizione di precarietà in cui si trova il lavoratore straniero.

PARTE PRIMA

Il lavoratore straniero e la condizione di “dipendenza” come effetto della normativa in materia di immigrazione

1. La sovranità del limite nel governo delle migrazioni

Il diritto di migrare può essere definito come «il diritto di attraversare i confini fra gli stati con l'intenzione di soggiornare per un tempo prolungato o indefinito in uno stato diverso da quello di provenienza», o meglio può essere descritto come «il diritto di muoversi da un “dentro” a un “fuori” (emigrazione) e da un “fuori” a un “dentro” (immigrazione)»¹.

È di tutta evidenza come il diritto in esame si componga di due elementi essenziali: il diritto a emigrare e quello ad immigrare. Nel momento in cui un soggetto lascia il proprio paese di origine, inevitabilmente deve entrare in quello di qualcun altro, data la rappresentazione cartografica della modernità, che configura il confine «come la linea che separa un territorio “nazionale” da un altro»², non ammettendo superfici non appartenenti alla sovranità di qualche Stato.

La distinzione, che non ha ragione di esistere sul piano fattuale, in quanto l'atto di emigrare e immigrare rappresentano la medesima azione, si pone invece su quello giuridico, come creazione della stessa sovranità territoriale degli Stati³. Il diritto scinde quella che agli occhi di tutti appare essere un'unica azione in due distinti diritti: il diritto ad emigrare e il diritto ad immigrare.

¹ G. ITZCOVICH, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion pratica*, 2013, II, 434. Interessante, la distinzione che questo A. fa in relazione alla libertà di circolazione che la definisce come il diritto - più ampio del diritto di migrare -, di «trasferirsi da una comunità politica all'altra oltrepassandone i confini».

² S. MEZZADRA, *Moltiplicazione dei confini e pratiche di mobilità*, in *Ragion pratica*, 2013, II, 424.

³ G. ITZCOVICH, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, cit., 436.

Il diritto ad emigrare è consacrato nel diritto internazionalmente riconosciuto e qualificato come diritto fondamentale dell'individuo. L'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 sancisce che «Ogni individuo ha il diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese»⁴.

Il diritto di emigrare è riconosciuto anche nell'ordinamento interno dalla Carta costituzionale. Invero, l'art. 16 Cost. – che concerne il diritto alla libera circolazione – sancisce, al comma 2, che «ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge». Inoltre, tale diritto è espresso anche dall'art. 35 co. 4 Cost. che «riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero».

Se, pertanto, si può con certezza affermare l'esistenza di un diritto fondamentale di ciascun individuo di emigrare, non è possibile individuare un altrettanto diritto di immigrare.

Il diritto ad immigrare trova la sua piena esplicazione nella misura in cui lo Stato lo concede, concretizzandosi come corollario della sovranità territoriale.

Per tale ragione, la natura di diritto inviolabile viene meno, ponendosi non tanto sul piano del diritto individuale, ma su quello del diritto pubblico, come diritto e dovere dello Stato, nei termini tradizionali del diritto internazionale classico e del diritto costituzionale statale⁵.

Il potere di escludere o ammettere persone stranieri all'interno dei confini di uno Stato, quale espressione della sovranità, trova una piena legittimazione anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale: *«Occorre anzitutto ricordare che questa Corte ha costantemente affermato che al legislatore è riconosciuta un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità degli interessi che tale regolazione riguarda»*⁶.

⁴ Ci sono altre fonti internazionali che consacrano un diritto ad emigrare v. a titolo esemplificativo: nell'art. 12.2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, nell'art. 2.2 del Quarto protocollo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁵ G. ITZCOVICH, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, cit., 437.

⁶ C. cost., n. 202 del 2013.

Tuttavia, come ricorda lo stesso Giudice delle leggi *«si deve altresì sottolineare che la medesima Corte ha regolarmente ribadito che tale discrezionalità legislativa non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino»*⁷. Ne consegue che la sovranità dello Stato di controllare e governare le immigrazioni non è assoluta e anzi diverse fonti internazionali ed europee la limitano, vietando il respingimento dello straniero in determinati casi.

Tra i limiti sopra menzionati, si ricorda quello sancito nella convenzione di Ginevra 1951 che obbliga tutti gli Stati contraenti ad ammettere sul proprio territorio coloro che fuggono perché soggetti a persecuzione. A tale disposizione, si aggiunge quella prevista dalla stessa Costituzione italiana, che vieta l'espulsione dello straniero, in virtù del diritto di asilo all'art. 10 co. 3 Cost *«nel caso in cui allo straniero sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana»*⁸.

Al diritto all'emigrazione, già in precedenza affermato, si associa, quindi, solo in determinate situazioni, un diritto all'immigrazione, che impone agli stati di accogliere queste persone.

Nel contesto attuale si assiste, quindi, da un lato, ad un progressivo indebolimento della capacità dello Stato di controllare o governare l'ingresso dei migranti, al crescere di fenomeni quali – per esempio – quelli della globalizzazione e delle migrazioni internazionali, dall'altro, alla risolutezza con cui lo Stato vuole limitare i flussi, mediante l'adozione di politiche migratorie restrittive.

Il diritto di immigrare sembra quindi essere il prodotto di un complesso equilibrio che oscilla tra la riaffermazione del potere sovrano – messo in crisi da

⁷ C. cost, n. 202 del 2013. Cfr. sentenze n. 172 del 2012, n. 245 del 2011, nn. 299 e 249 del 2010, n. 148 del 2008, n. 206 del 2006, n. 78 del 2005.

⁸ Art. 10 Cost. *«L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.*

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici».

fattori internazionali – e il diritto fondamentale ad inseguire una vita migliore da parte dei soggetti che scappano dai loro paesi di origine per l'insostenibilità di una vita lì trascorsa. Il prodotto di tale equilibrio è il “governo delle migrazioni”, che «dà vita a un diritto speciale altamente complesso e differenziato, che moltiplica gli *status* soggettivi in virtù della loro maggiore o minore inclusione nell'economia e nelle comunità locali».

La presente ricerca mira ad indagare proprio la diversità degli *status* che il diritto immigratorio produce sugli stranieri e che, condizionato dal motivo dell'ingresso e del soggiorno dell'extracomunitario, concede maggiori o minori diritti ai suoi titolari. Inoltre, si vogliono esaminare quali effetti tale *status* genera sul rapporto di lavoro.

In un sistema normativo in cui lo Stato ha il dominio sugli accessi al proprio territorio, la funzione di limitazione che è propria del diritto⁹ diventa quantomai necessaria al fine di tutelare l'extracomunitario che, prima di essere classificato in virtù della condizione giuridica che lo connota, deve essere concepito come una persona, con aspirazioni e desideri.

Nella trattazione seguente, si inizieranno a descrivere tali limiti.

2. L'immigrazione: un quadro multilivello. L'influenza del diritto europeo in materia

La materia dell'immigrazione, oggi al centro delle politiche e normative europee, non è sempre stata oggetto di attenzione da parte delle Istituzioni europee. La necessità di gestire il fenomeno a livello europeo è infatti un approdo recente, derivante dalla difficoltà e dalla complessità che ha assunto il fenomeno, portando così anche i più restii esponenti dei governi nazionali ad accoglierne una gestione europea. L'immigrazione costituisce una tematica controversa per gli Stati nazionali, che hanno da sempre gelosamente custodito la loro sovranità sul tema, opponendo resistenza al processo di integrazione delle politiche immigratorie europee. Ne discende che, come attenta dottrina ha sottolineato, «la graduale affermazione di una competenza propriamente comunitaria, e

⁹ Si fa riferimento a A. SUPLOT, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro, ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, A. ALLAMPRESE, L. D'AMBROSIO (a cura di), Mimesis, Milano, 2020. È stata citata la Presentazione al volume di A. ALLAMPRESE, L. D'AMBROSIO (a cura di), cit., 23.

quindi anche di una embrionale politica europea comune in questo campo, si accompagna, in realtà, sia pure in forme che sono mutate nel tempo, ad una energica difesa delle prerogative e della sfera di autonomia degli Stati membri in un ambito d'azione tradizionalmente pensato come tipico e proprio della sovranità nazionale»¹⁰.

Le competenze attribuite all'Unione europea sono quindi il risultato di un lentissimo processo, costantemente teso a trovare l'equilibrio tra una gestione comune del fenomeno a livello europeo e le prerogative "intoccabili" degli Stati nazionali¹¹, portando a risultati non sempre soddisfacenti.

Si vuole quindi descrivere, seppur brevemente, il percorso che le Istituzioni europee hanno compiuto in materia di immigrazione, al fine di comprendere quale ruolo rivesta oggi l'Unione europea e quali limiti imponga alla potestà legislativa degli Stati membri.

Come noto, il lungo percorso di integrazione europea (nel quale si ascrive anche quello volto alla disciplina dell'immigrazione) è finalizzato al perseguimento di obiettivi economici. Sin dalla sua istituzione, la Comunità europea mirava alla creazione di un mercato comune, ossia uno spazio senza frontiere interne nel quale veniva assicurata la libera circolazione delle merci delle persone e dei servizi dei capitali¹².

Ne deriva che, l'immigrazione – anche per ragioni storiche derivanti dalla connotazione dell'Europa quale paese di emigrazione – veniva affrontata solo indirettamente dalle Istituzioni comunitarie, nell'ambito della libera circolazione delle persone, condizionandone l'effettivo godimento allo svolgimento di

¹⁰ S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'unione europea: dal trattato di Roma alla costituzione per l'Europa*, in *DLRI*, 2006, 106, 206.

¹¹ C. BOTRUGNO, *Immigrazione ed Unione europea: un excursus storico ragionato*, in *Sociologia del diritto*, 2014, I, 122.

¹² L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2003. Come noto, il processo di integrazione europea è determinato in prima battuta da tre trattati istitutivi della Comunità europea: il primo, stipulato nel 1951, fondò la Comunità economica del carbone dell'acciaio (Ceca), gli altri due, sottoscritti nel 1957, istituirono la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità europea dell'energia atomica (Euratom), che davano origine alle tre organizzazioni internazionali fondate dai sei stati membri (Francia, Germania, Lussemburgo, Belgio, Italia, Paesi Bassi) che perseguivano l'integrazione economica tra gli stati mediante la creazione di un mercato comune e di uno spazio in cui fosse ammessa la libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone.

un'attività lavorativa e al possesso di una cittadinanza comunitaria¹³ e veniva per lo più affidata alla gestione autonoma degli Stati membri¹⁴.

Il primo atto che prende espressamente in considerazione il tema della immigrazione è l'Atto unico europeo, firmato il 1986, che instaurava la Cooperazione politica europea e superava il criterio della cooperazione intergovernativa¹⁵ come unico metodo decisionale, istituendo quello della maggioranza qualificata seppur limitandolo alle misure per la instaurazione e il funzionamento del mercato interno¹⁶. Tuttavia, veniva sottratto dall'ambito comunitario – a cui si applicava il nuovo meccanismo decisionale – il tema del «controllo dell'immigrazione da Paesi terzi»¹⁷, lasciando dunque agli Stati membri la piena sovranità nell'adottare le misure da loro ritenute necessarie in tale settore.

La creazione di un mercato comune all'interno del quale venisse garantita la sicurezza dello spazio interno e la libera circolazione delle persone richiedeva l'assolvimento di due pre-condizioni: da un lato, il rafforzamento del controllo

¹³ O. RYMKEVITCH, *Europa e immigrazione: verso l'adozione di un metodo aperto di coordinamento a livello UE*, in *DRI*, 2001, IV, 458.

¹⁴ S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'unione europea: dal trattato di Roma alla costituzione per l'Europa*, cit., 207.

¹⁵ La cooperazione intergovernativa costituisce «tradizionalmente il metodo in virtù del quale gli Stati, attraverso la consultazione diplomatica, realizzano forme di cooperazione dinamiche, contemperando in tal modo la necessità di tutelare la propria sovranità e l'esigenza di sviluppare iniziative per il perseguimento di obiettivi comuni in settori politicamente "sensibili". Rispetto ad essi, gli Stati medesimi sono tendenzialmente riluttanti a limitare ex ante la propria sovranità e a sviluppare forme di integrazione consistenti. In linea di principio, il meccanismo decisionale si fonda – esclusivamente o comunque in modo prevalente – sulla regola del consenso unanime degli Stati partecipanti, con la conseguenza che ciascuno Stato, manifestando il proprio dissenso, esercita sostanzialmente un diritto di veto, mutuandosi così modelli classici di cooperazione tra Stati invalsi nel settore del diritto internazionale. Il processo decisionale è affidato ad organi di Stati, all'interno dei quali gli individui agiscono nell'interesse e secondo le istruzioni del proprio Stato di appartenenza. La cooperazione intergovernativa, inoltre, è tendenzialmente finalizzata all'adozione di atti non vincolanti (ad esempio, raccomandazioni, dichiarazioni) ed eventuali atti vincolanti possono essere adottati solo una volta ottenuto il consenso di tutti gli Stati partecipanti» (da Dizionario reperibile al <https://www.dizie.eu/dizionario/cooperazione-intergovernativa/>).

¹⁶ L'art. 18 dell'Atto unico europeo modifica l'art. 100 A del trattato Cee e dispone la deliberazione a maggioranza qualificata per «le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione al funzionamento del mercato interno». Si osserva che il paragrafo 2 dell'art. 18 stabilisce che il paragrafo 1 non si applica alle disposizioni «relative alla libera circolazione delle persone e a quelle relative ai diritti di interessi dei lavoratori dipendenti», prescrivendo per tali materie la procedura decisionale dell'unanimità.

¹⁷ La «dichiarazione generale relativa agli articoli da 13 a 19» dell'Atto unico europeo stabilisce: «nulla in queste disposizioni pregiudica il diritto degli Stati membri di adottare le misure che essi ritengono necessarie in materia di controllo dell'immigrazione da paesi terzi nonché in materia di lotta contro il terrorismo la criminalità e il traffico di stupefacenti e il traffico delle opere d'arte e delle antichità».

delle frontiere esterne, dall'altro, l'intensificazione della cooperazione giudiziaria e di polizia¹⁸.

Un'ulteriore tappa decisiva alla costruzione di uno spazio comune europeo, contrapposto ai paesi terzi, è costituita dall'Accordo di Schengen, firmato nell'omonima cittadina lussemburghese nel 1985, era relativo «all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni» a cui fece seguito, nel 1990, la relativa Convenzione di applicazione¹⁹. Quest'ultimo prevedeva un programma eterogeneo²⁰, non solo limitato alla creazione di uno spazio interno senza frontiere tra gli Stati firmatari, ma anche alla realizzazione di un'unica frontiera esterna, di una disciplina unitaria in materia di visti, diritto d'asilo, del controllo delle frontiere esterne, nonché della cooperazione fra forze di polizia e del coordinamento tra queste ultime e le dogane e le amministrazioni giudiziarie, dell'istituzione di un sistema d'informazione Schengen che consentiva di scambiare dati sull'identità delle persone ricercate²¹.

I cambiamenti geopolitici intervenuti in quegli anni hanno evidenziato l'inadeguatezza della parziale integrazione raggiunta con l'accordo Schengen, risultando sempre più indispensabile una gestione comune in materia di immigrazione²².

¹⁸ M. PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, dell'asilo e della sicurezza interna*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995, 8-9.

¹⁹ L'accordo venne firmato dai governi del Regno del Belgio, Repubblica federale di Germania, Repubblica francese, granducato di Lussemburgo, Regno dei Paesi Bassi siglato il 14 giugno 1985.

Nel 1990 venne adottata la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e nello stesso anno entrò a far parte dello spazio Schengen anche l'Italia. Oggi 23 dei 27 paesi dell'Unione europea e quattro membri dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA), ovvero Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera, fanno parte dello spazio Schengen. L'accordo di Schengen era un accordo internazionale stipulato da diversi stati, al di fuori dell'ambito istituzionale comunitario, allo scopo «di garantire la libera circolazione delle persone, delle merci e dei servizi [...] animati dalla volontà di pervenire all'eliminazione dei controlli alle frontiere comuni in relazione alla circolazione dei cittadini degli Stati membri delle Comunità europee e di agevolare la circolazione delle merci e dei servizi a tali frontiere» (Accordo di Schengen). V. Sul punto, M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2003.

²⁰ C. BOTRUGNO, *Immigrazione ed Unione europea: un excursus storico ragionato*, cit., 124.

²¹ Sono diverse le misure innovative introdotte dall'accordo Schengen si veda sul punto O. RYMKEVITCH, *Europa e immigrazione: verso l'adozione di un metodo aperto di coordinamento a livello UE*, cit., 459. Tra queste l'art. 5 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen disciplina le condizioni per l'ingresso e il soggiorno di breve durata (inferiore a 3 mesi) dei cittadini di paesi terzi, l'art. 18 regola quello di lunga durata e, infine, l'art. 19 stabilisce le condizioni di circolazione degli stranieri.

²² C. BOTRUGNO, *Immigrazione ed Unione europea: un excursus storico ragionato*, cit., 125.

Con il Trattato di Maastricht²³, l'immigrazione rimane ancora tra le prerogative dei governi nazionali che faticano a cedere spazi all'Unione europea. Infatti, il Trattato, noto come trattato sull'Unione europea, inserisce il tema della immigrazione nel terzo pilastro, disciplinato dal titolo VI concernente le "Disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni", soggette al principio di unanimità²⁴ e individua come questione di interesse comune «la politica d'immigrazione e la politica da seguire nei confronti dei cittadini dei paesi terzi»²⁵. Quest'ultima viene articolata in modo più dettagliato come: «a) le condizioni di entrata e circolazione dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri; b) le condizioni di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri, compresi il ricongiungimento delle famiglie e l'accesso all'occupazione; c) la lotta contro l'immigrazione, il soggiorno e il lavoro irregolari di cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri»²⁶.

Tuttavia, ammesso l'esplicito riconoscimento del ruolo strategico dell'immigrazione e della necessità di adottarne un approccio comune, il Trattato non ha attuato una vera e propria politica europea in materia di immigrazione²⁷, anche per la previsione che fa salva la libertà di ciascun Stato membro di adottare le misure «per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna»²⁸.

²³ Con il Trattato di Maastricht la comunità europea viene ridenominata in Unione europea. Esso ha una struttura tripolare fondata su tre pilastri: la dimensione comunitaria, la politica estera e di sicurezza comune (Pesc), regolata dal titolo V del TUE e la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (CGAI), costituita dal titolo VI.

²⁴ Art. K.4 par. 3 «Il Consiglio delibera all'unanimità, tranne che per le questioni di procedura e tranne nei casi in cui l'articolo K.3 preveda espressamente una regola di voto diversa».

²⁵ Art. K.1 individua anche come questioni di interesse comune «1) la politica di asilo; 2) le norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri da parte delle persone e l'espletamento dei relativi controlli...». La competenza dell'Ue in materia di immigrazione viene attribuita anche dall'art. 100 C che conferisce al «Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, [la competenza a] determina[re] quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri».

²⁶ Art. K.1 del trattato di Maastricht.

²⁷ S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'unione europea: dal trattato di Roma alla costituzione per l'Europa*, cit., 219. L'A. individua una serie di fattori che hanno determinato i deludenti risultati, si segnalano: in *primis*, quello politico, e, in *secundis*, «la intrinseca debolezza e farraginosità delle forme di cooperazione politica istituzionalizzate nel quadro del terzo pilastro».

²⁸ Art. K.2 par. 2. Inoltre, la scarsa efficacia di una gestione comune dell'immigrazione e della volontà di mantenere il metodo intergovernativo sul tema dell'immigrazione, si evince dal fatto che la previsione contenuta nel trattato, che conferiva la possibilità di trasferire alcune competenze della cooperazione Gai (in particolare le prime sei materie elencate dall'art. k.1) nel

Solo con il Trattato di Amsterdam²⁹ si raggiunge una “svolta fondamentale”³⁰ e viene finalmente “comunitarizzata” la materia dell’immigrazione, comportando la sua sottoposizione ad un nuovo processo decisionale che non richiedeva più l’unanimità degli Stati membri, ma la sola maggioranza qualificata, elevata a processo decisionale ordinario dell’UE³¹. Pertanto, la suddetta materia trovava la sua regolazione negli artt. 62 e 63 del TCE. Il primo concerneva la gestione dell’ingresso e della mobilità all’interno dell’Unione europea, in particolare prevedendo la abolizione delle frontiere interne e dei controlli sui cittadini circolanti, già prevista con gli accordi Schengen, (1), la gestione comune delle frontiere esterne mediante l’adozione di procedure e norme comuni per l’effettuazione dei controlli sulle persone e in materia di visti per soggiorni brevi rilasciati ai cittadini di paesi terzi (2), e infine le misure relative condizioni di circolazione di questi ultimi all’interno dell’Unione europea (3). L’art. 63 del TCE attribuiva la competenza ad adottare misure in tema di asilo (1), per i rifugiati e per gli sfollati (2), in materia di politica dell’immigrazione (3) e misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri (4). Nell’ambito della politica dell’immigrazione era altresì precisato

primo pilastro, ossia nell’ambito del settore comunitario (cd. Norma-passerella), soggetto quindi non più al voto secondo unanimità, non è mai stata applicata.

²⁹ Si sottolinea che un’ulteriore novità introdotta dal trattato di Amsterdam è la incorporazione dell’“acquis di Schengen” - composto dall’accordo e dalla convenzione, congiuntamente agli accordi e alle norme connessi - nel quadro dell’Unione, divenendo legislazione comunitaria. Per un approfondimento v. B. NASCIMBENE, *L’incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell’unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, 731-742.

³⁰ Così, testualmente, ad esempio, Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on Immigration, Integration and Employment, COM (2003) 336, final, 3. V. S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell’unione europea: dal trattato di Roma alla costituzione per l’Europa*, cit., 220.

³¹ La procedura legislativa ordinaria consiste nell’adozione congiunta, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, su una proposta della Commissione europea. Disciplinata all’articolo 294 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea è definita secondo il Glossario reperibile al <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/glossary/ordinary-legislative-procedure-codecision.html> come «la procedura legislativa più comune dell’Unione europea. Con il trattato di Maastricht e l’introduzione della procedura di codecisione, il Parlamento è diventato un colegislatore a parità del consiglio, eccetto nei casi forniti nei trattati dove le procedure legislative speciali vengono applicate. Il trattato di Lisbona ha rinominato la procedura di codecisione la procedura legislativa ordinaria e l’incremento del numero di aree pubbliche alla quale viene applicata questa procedura, e dunque potenziare i poteri del Parlamento. La procedura prevede una o due letture e, nel caso in cui non siano sufficienti, una procedura di conciliazione e una terza lettura. Il consiglio vota a maggioranza qualificata. Il Parlamento europeo vota a maggioranza semplice dei voti espressi alla prima e terza lettura e a maggioranza dei suoi membri alla seconda lettura».

come questa si articolasse nelle «condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare» e nella «immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare»³². Ulteriore contributo apportato dal trattato ai fini del processo di integrazione è la incorporazione dell'acquis Schengen nel diritto dell'Unione europea.

Il Trattato di Amsterdam costituisce pertanto il primo esempio «nella storia del processo di integrazione di un *policy field* passato così rapidamente da una forma *soft* di cooperazione intergovernativa al “vertice” dell'agenda politica e legislativa dell'unione»³³. L'introduzione delle competenze comunitarie in materia ha determinato un mutamento di prospettiva, che necessita di un effettivo trasferimento da parte degli Stati membri della potestà di legiferare e adottare una politica comune nell'ambito dell'immigrazione, rappresentando ciò «la *condicio sine qua non* per l'effettiva e piena realizzazione del mercato interno e soprattutto dello spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia contemplato a Tampere»³⁴.

In tale contesto si svolgeva nel 1990 il Consiglio europeo di Tampere, il quale, invertendo l'indirizzo volto all'adozione di approcci restrittivi, fino ad allora perseguito³⁵, si proponeva di realizzare un'«Unione europea aperta»³⁶ e delineare una serie orientamenti programmatici volti a realizzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, incluso anche il diritto alla libera circolazione in tutta l'Unione europea. Il riconoscimento della libertà in via generale e indifferenziata, tra cittadini europei e non, era conforme al pensiero europeo

³² Art. 63 TCE.

³³ B. NASCIMBENE; E. M. MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *DIC*, 2002, I, 35.

³⁴ B. NASCIMBENE; E. M. MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione*, cit., 36. V. anche S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'unione europea: dal trattato di Roma alla costituzione per l'Europa*, cit., 224 che sottolinea gli importanti conseguenze che ha la comunitarizzazione di alcune materie, quali l'immigrazione, sulla Corte di Giustizia: «Questa guadagna, infatti, la propria competenza sulle materie dell'asilo e dell'immigrazione, in quanto comunitarizzate: diventa, cioè, competente a pronunciarsi in via pregiudiziale ex art. 234 sulle controversie relative a questioni di interpretazione o validità riguardanti le materie coperte dal Titolo IV del Trattato CE».

³⁵ S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'unione europea: dal trattato di Roma alla costituzione per l'Europa*, cit., 229.

³⁶ Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 dicembre 1999. Conclusioni della Presidenza, punto 4.

secondo il quale «sarebbe contrario alle tradizioni europee negare tale libertà a coloro che sono stati legittimamente indotti dalle circostanze a cercare accesso nel nostro territorio» e a supporto di ciò, vi era la necessità di elaborare delle «politiche comuni in materia di asilo e immigrazione, considerando nel contempo l'esigenza di un controllo coerente alle frontiere esterne per arrestare l'immigrazione clandestina e combattere coloro che la organizzano commettendo i reati internazionali ad essa collegati»³⁷.

Nella elaborazione di una politica comune in tema asilo e migrazione, il Consiglio europeo si poneva quattro punti centrali: lo sviluppo di un Partenariato con i paesi d'origine (1), l'instaurazione di un Regime europeo comune in materia di asilo (2), il riconoscimento di un Equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi (3) e la Gestione dei flussi migratori (4). Nell'ambito di tale gestione si proponeva di coordinare i flussi in una prospettiva ad ampio raggio, dall'origine degli stessi – sviluppando campagne di informazione sulle effettive possibilità di immigrazione legale e concludendo accordi di riammissione fra la Comunità europea e i paesi terzi –, fino all'ingresso in Europa³⁸.

Il percorso degli Stati verso la realizzazione di una politica comune europea in materia di immigrazione prosegue con il Trattato di Nizza, nel 2001, che tuttavia non incide sostanzialmente sul catalogo di competenze attribuite all'Unione europea in materia di immigrazione³⁹. In tale occasione venne proclamata la Carta dei diritti fondamentali⁴⁰, parte del diritto primario dell'Unione Europea a seguito della sua introduzione nel Trattato di Lisbona, che ne ha recepito i contenuti. Il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, in quanto persone,

³⁷ *Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 dicembre 1999. Conclusioni della Presidenza*, punto 3. L'obiettivo è un'Unione europea aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti dell'uomo, e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà. Deve altresì essere messo a punto un approccio comune per garantire l'integrazione nella nostra società dei cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente nell'Unione.

³⁸ Capo IV Conclusione di Tampere, in particolare punto 22, 26 e 27.

³⁹ G. LICASTRO, *L'immigrazione nell'Unione Europea: un cammino difficile*, reperibile su <https://www.diritto.it/wp-content/uploads/old2022/articoli/europa/licastro.pdf>, 9.

⁴⁰ Tra i diritti consacrati in tale carta ve ne sono alcuni posti a tutela dei diritti degli stranieri quali: Rispetto inviolabilità della dignità individuale (art. 1); il diritto di integrità fisica (art. 2); il divieto di torture e pene o trattamenti degradanti (art. 4); la proibizione e la schiavitù del lavoro forzato (art. 5); il divieto di espulsioni collettive o di allontanamento verso un paese in cui è a rischio l'incolumità fisica dell'individuo (art. 19); il principio di non discriminazione (art. 21); il rispetto alla diversità culturale e religiosa linguistica (art. 22); S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'unione europea fra trattati (di Lisbona) e Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2010, I, 1 ss.

costituisce uno stringente limite alla sovranità degli Stati membri, che non sempre si esplicherà in maniera conforme.

A seguito dell'allargamento dell'Unione europea e dopo il fallimento del progetto di Costituzione europea, i paesi membri decisero di intraprendere il processo di riforma dei Trattati, che si concluse con l'adozione del Trattato di Lisbona nel 2009⁴¹, che ha finalmente rimosso «quei limiti procedurali che avevano fortemente condizionato il processo di armonizzazione, sottoponendo il complesso della materia alla procedura legislativa ordinaria»⁴². Tale Trattato modificò sostanzialmente l'assetto istituzionale dell'Unione, in particolare sopprimendo la struttura dei pilastri e realizzando i due trattati: Trattato sull'Unione europea (TUE) e Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE)⁴³.

Si delinea così un nuovo assetto istituzionale che vede il tema della immigrazione, incluso nel titolo V denominato *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, affidato all'Unione europea, alla quale vengono attribuite ampie competenze, tra le quali il compito di sviluppare «una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi» (art. 67). Si tratta di un radicale cambiamento rispetto a quanto era previsto all'art. 62 TCE, che affidava alla Unione europea solo la competenza di adottare norme minime, escludendo così un'armonizzazione tra i paesi membri⁴⁴.

Tale tripartizione enucleata nell'art. 67 individua le linee direttive su cui si svilupperanno in futuro le politiche europee e gli atti legislativi pertinenti: il controllo e la sicurezza dei confini che presidiano l'Unione europea⁴⁵, la

⁴¹ R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, I, 21 ss.

⁴² A. DI PASCALE, *L'impatto del diritto dell'unione europea sul diritto nazionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, Franco Angeli, Milano, 2020, 81.

⁴³ Il Trattato sull'Unione europea, contenente norme generali e disposizioni comuni, composto da 55 articoli, mentre il trattato sul funzionamento dell'unione europea si occupa del concreto funzionamento delle istituzioni europee, in particolare delle procedure decisionali, dell'attribuzione delle competenze ed è costituito da 358 articoli.

⁴⁴ C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *DIC*, 2010, II, 17.

⁴⁵ Per quanto concerne la politica sulle frontiere esterne l'art. 67 mira a garantire: «l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne; il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne; instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne». A tal fine il para. 2 mira ad adottare una politica comune dei visti di breve durata, le condizioni per la libera circolazione dei titolari del visto e l'assenza di controlli all'atto

predisposizione di regole comuni e condivise in tema di concessione dell'asilo e protezione internazionale e della procedura per richiederli⁴⁶ e infine l'immigrazione *tout court*.

È proprio quest'ultima a creare le maggiori difficoltà per gli stati membri nella ricerca di un accordo comune⁴⁷.

Il settore dell'immigrazione è regolato dall'art. 79 TFUE, che conferisce all'Unione europea il compito di sviluppare una politica comune in materia, all'interno della quale sono da affrontare: una gestione efficace dei flussi migratori, il riconoscimento di un equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani.

All'interno di queste aree di intervento si articolano più nel dettaglio le misure da adottare secondo la procedura legislativa ordinaria. Con riguardo alla gestione dei flussi, l'Unione europea elabora un sistema comune per la determinazione delle «condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare»; per l'equo trattamento definisce i «diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri»; e infine, nell'ultimo ambito adotta le misure volte a contrastare l'«immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori»⁴⁸.

dell'attraversamento delle frontiere interne.; controlli sulle frontiere esterne e le misure necessarie per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne.

⁴⁶ In materia di asilo l'art. 78 prevede che «L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. adottano le misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa: uno status uniforme in materia di asilo, di protezione sussidiaria, di protezione temporanea, procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria; norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea».

⁴⁷ Per un approfondimento v. C. FAVILLI, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, Franco Angeli, Milano, 2020, 55 ss.

⁴⁸ Art. 79, para. 1 TFUE.

Le coordinate individuate dall'art. 79 guideranno le politiche adottate dalla unione europea in materia, che si focalizzano prevalentemente sul contrasto all'immigrazione irregolare⁴⁹, anche concludendo con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine, di cittadini di paesi terzi che non soddisfano le condizioni per l'ingresso; sulla definizione delle regole d'accesso e infine sulle condizioni di soggiorno riconosciute ai cittadini di paesi terzi entrati regolarmente, anche adottando le «misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio» (art. 79).

Ne discende un ampio potere di intervento dell'Unione europea nel settore dell'immigrazione, enormemente incrementato rispetto al passato, in cui vedeva gli Stati membri preservare le proprie competenze in materia.

Oggi quindi, le politiche comuni sono costantemente all'ordine del giorno per l'Unione europea, testimoniando con ciò, l'avanzamento del processo di integrazione, e rappresentano l'unica possibilità di una gestione efficace del fenomeno migratorio. La consequenzialità di tali politiche non può essere esaminata in questa sede, ma si osservi soltanto che, sebbene i nodi cruciali delle stesse abbiano sempre rispecchiato le competenze attribuite all'Unione, le prime comunicazioni assumevano enunciazioni programmatiche, talvolta vaghe nelle modalità di traduzione nella realtà. Si registra, sul punto, come l'approccio globale in materia di migrazione e mobilità (GAMM) del 2011, sia fondato su quattro pilastri: immigrazione regolare e mobilità, con particolare attenzione alla selezione e all'inserimento dei migranti nel mercato del lavoro al fine di colmare le lacune presenti e accrescere la competitività dell'Unione; l'immigrazione irregolare e tratta degli esseri umani, attraverso la cooperazione con i paesi terzi e anche al fine di sensibilizzare i migranti sulle procedure di ingresso legale; protezione internazionale e politica in materia di asilo; nonché aumento

⁴⁹ Secondo C. FAVILLI, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, cit., 60 «Inoltre, scioltesi come neve al sole il c.d. spirito di Tampere, il programma normativo in questa materia si è sviluppato attorno alla priorità del contrasto al terrorismo ed alla criminalità internazionale, influenzando il contenuto di tutte le altre misure, specialmente quelle relative all'asilo e all'immigrazione. La stessa Commissione ha dovuto ben presto constatare che il livello di ambizione iniziale è stato limitato da costrizioni di tipo istituzionale, ma talvolta anche da un consenso politico insufficiente. La politica dei piccoli passi è stata la sola alternativa possibile per progredire».

dell'incidenza della migrazione e della mobilità sullo sviluppo, sempre nel rispetto dei diritti fondamentali dei migranti.

L'Agenda europea per l'immigrazione del 2015 prevede, invece, una serie di misure concrete per affrontare la problematica dell'immigrazione ad ampio spettro. Essa adotta due tipi di prospettive: una a breve termine, che risponde all'esigenza di agire rapidamente e con determinazione di fronte alla tragedia umana che si consuma in tutto il Mediterraneo. Questa mira, in particolare, a: salvare le vite umane in mare, attraverso l'aumento dei finanziamenti alle operazioni Triton e Poseidon di Frontex; combattere le reti criminali di trafficanti; far fronte al gran numero di migranti in arrivo nell'UE, mediante diversi strumenti quali la ricollocazione, un approccio comune agli sfollati bisognosi di protezione, il reinsediamento, l'utilizzo degli strumenti dell'UE per aiutare gli Stati membri di primo ingresso soggetti a maggiori pressioni. Un approccio a lungo termine si fonda invece: sulla riduzione degli incentivi alla migrazione irregolare; sul gestire le frontiere; sul salvataggio delle vite umane e sul rendere sicure le frontiere esterne; sull'onorare il dovere morale di proteggere; su una politica comune europea di asilo forte; su una nuova politica di migrazione legale.

L'approccio più pragmatico e concreto si giustifica anche alla luce della gravità che ha assunto la crisi migratoria nel Mediterraneo, evidenziando molti dei limiti strutturali della politica dell'Unione in tema e degli strumenti di cui dispone.

Sempre sulla linea di gestire la migrazione mediante un approccio europeo si colloca il più recente Patto per la migrazione e l'asilo del 2020⁵⁰, un documento programmatico con il quale la Commissione europea espone le linee guida che orienteranno il suo lavoro in tema di migrazione nel prossimo quinquennio⁵¹.

⁵⁰ Comunicazione della Commissione al parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, Bruxelles, 23.9.2020 COM(2020) 609 final. Per un commento al documento v. C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *QG online*, 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *eurojus.it*, 2020; P. DE PASQUALE, *il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post* di AISDUE, 2020, II.

⁵¹ Si segnala che nel settembre 2022 la Commissione ha accolto l'Accordo politico tra i colegislatori sul nuovo patto sulla migrazione e l'asilo che stabilisce una tabella di marcia comune relativa al sistema europeo comune di asilo e sul nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, con «l'impegno comune ad adottare tutte le misure necessarie per l'adozione delle proposte legislative relative alla gestione dell'asilo e della migrazione prima della fine della legislatura 2019-2024».

Questo documento si articola in vari punti, che la Commissione reputa di centrale importanza: l'instaurazione di un quadro europeo comune per la gestione della migrazione e dell'asilo; un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi; una gestione integrata delle frontiere; l'obiettivo di rafforzare la lotta contro il traffico di migranti; la collaborazione con partner internazionali. Per quanto invece concerne le migrazioni economiche, la commissione si pone l'obiettivo di attirare competenze e talenti nell'UE e di sostenere l'integrazione per società più inclusive.

Come osserva la dottrina «l'innovazione, seppur auspicata tanto nel metodo che nel merito, non ha avuto luogo», così che «il cambio di paradigma risulta essere più annunciato che effettivo»⁵².

Non cambia l'approccio prevalentemente securitario che pone l'attenzione sul contrasto all'immigrazione irregolare e ai movimenti secondari con il fine di ridurre gli arrivi, anche con il ricorso di misure contenitive e con il trattenimento dei migranti; dispone altresì di un meccanismo di solidarietà solo economico tra gli stati membri – legato alla sola dimensione emergenziale e sprovvisto di un meccanismo sanzionatorio –; viene inoltre mantenuto il criterio di determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale in relazione al primo ingresso del migrante, già risultato del tutto inadeguato, e viene delineata una nuova procedura di frontiera, che – per come delineata – potrebbe ledere i diritti dei migranti per la rapidità della valutazione delle richieste di protezione internazionale⁵³.

Pertanto, le dichiarazioni presenti nel Patto sono ben lontane da quelle che la dottrina ritiene necessarie, volte ad un «sistema europeo di gestione delle domande; ad un sistema di protezione internazionale che, oltre ai ricollocamenti, preveda la possibilità di arrivare sul suolo europeo in un modo sicuro, utilizzando gli strumenti giuridici disponibili nell'ordinamento giuridico europeo; infine, alla previsione di reali vie di ingresso legali per lavoratori, sfruttando non solamente il sistema della mobilità di breve durata, ma soprattutto prevedendo accessi soggetti a disposizioni meno farraginose e più omogenee tra Stati membri, non

⁵² M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *DIC*, 2021, I, 2 e 25.

⁵³ M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e asilo: continuità o discontinuità col passato?*, cit., 25-26.

solo per stimolare la mobilità tra l'Unione e gli Stati terzi ma anche per ridurre il ricorso abusivo al sistema della protezione internazionale»⁵⁴.

Delineata l'evoluzione del ruolo che l'Unione europea ha assunto nel settore dell'immigrazione, nel capitolo primo si evidenzierà quale condizionamento ha esercitato sui requisiti e sul contenuto della protezione internazionale e complementare.

⁵⁴ M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e asilo: continuità o discontinuità col passato?*, cit., 27.

CAPITOLO 1

La condizione di “dipendenza” dello straniero nel sistema di protezione internazionale e complementare

La finalità del presente capitolo è esaminare la condizione di “dipendenza” e indagarne l’origine. Si analizzeranno le norme sulla protezione internazionale e complementare, verificando quale influenza eserciti lo svolgimento di una regolare attività lavorativa ai fini della concessione del permesso di soggiorno.

In primo luogo, però, si vuole descrivere – seppur sommariamente – il quadro normativo a livello internazionale ed europeo che regola la materia, in ragione dell’integrazione raggiunta tra i vari livelli e per l’influenza che il diritto dell’Unione europea esercita su quello nazionale.

Si prenderà poi in esame il tema della protezione internazionale e delle protezioni complementari (protezione umanitaria e speciale) e si ripercorreranno – seppur brevemente – i più importanti interventi che hanno costruito e modellato il quadro legislativo in materia, nonché l’evoluzione che la protezione complementare ha subito nel corso del tempo.

In particolare, si vogliono evidenziare i diritti riconosciuti allo straniero in relazione al lavoro (diritto a svolgere un’attività lavorativa, diritto alla conversione del permesso di soggiorno in permesso per motivi di lavoro...), fortemente influenzati dallo *status* di cui è titolare e dal permesso di soggiorno concesso. La disamina porta ad interrogarsi sul condizionamento che la tipologia di permesso di soggiorno esercita sul lavoratore e in particolare sul grado di autonomia ed indipendenza che può manifestare nei confronti del datore di lavoro.

Ciò porta ad esaminare la rilevanza che l’attività lavorativa ha sulla possibilità dello straniero di permanere nello stato di accoglienza. Il fine è proprio quello di verificare, alla luce dei risultati che emergeranno, se e – in caso di risposta

positiva – in che misura il lavoratore straniero dipenda dal proprio datore di lavoro per poter soggiornare regolarmente in Italia.

1. Il sistema multilivello in materia di asilo

1.1 Segue. La disciplina internazionale in tema di asilo

Nella disamina delle fonti internazionali in tema di asilo⁵⁵ non si può non menzionare in prima battuta la convenzione di Ginevra e il Protocollo relativo allo status dei rifugiati⁵⁶, che costituiscono «la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati»⁵⁷. Le disposizioni previste dalla Convenzione hanno il fine di individuare i soggetti «meritevoli di tutela e di associare ad essi un regime di protezione che va dal divieto di *refoulement* fino al diritto di esercitare un'attività lavorativa». È riconosciuto lo status di rifugiato ai sensi della Convenzione «a chiunque, per causa di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951 e nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi» (art. 1)⁵⁸.

Oltre alla definizione dello status di rifugiato, la convenzione di Ginevra, esprime il principio di non *refoulement* all'art. 33, secondo il quale «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Questo principio presuppone in prima istanza l'accertamento positivo del rischio che la «sua vita o la sua

⁵⁵ Si citano sul punto: il Patto sui diritti civili e politici, la Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura e la Convenzione europea contro la tortura.

⁵⁶ La Convenzione di Ginevra è stata firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954. L'Italia l'ha ratificata il 15 novembre 1954. Hanno firmato la Convenzione 144 Stati. Il Protocollo relativo allo status dei rifugiati è stato firmato a New York il 31 gennaio 1967 ed è entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

⁵⁷ Considerando 4 dir. 2011/95/UE.

⁵⁸ Sui limiti temporali e geografici di tale definizione v. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, Cacucci, Bari, 2013, 4.

libertà» possano essere messe in pericolo nel territorio di origine. Sebbene la dottrina abbia rilevato che non costituisca un obbligo per lo Stato membro il riconoscimento dei diritti derivanti dallo *status*, in quanto di competenza della legislazione nazionale di ciascuno, è principio internazionale facente parte del diritto consuetudinario e di natura inderogabile, il divieto di respingimento che quindi costituisce un vero e proprio limite alla sovranità degli Stati.

La Convenzione europea dei diritti dell’Uomo, invece, non prevede un nucleo protettivo per il soggetto straniero, né tanto meno sancisce il suo diritto all’asilo. Le uniche disposizioni che si occupano espressamente di stranieri, riguardano, l’art. 16 inerente al divieto di restrizioni all’attività politica degli stranieri; l’art. 4 sul divieto di espulsioni collettive previsto nel Protocollo n. 4 e l’art. 1 concernente le garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri incluso nel Protocollo 7.

La scarsità delle disposizioni esaminate si spiega, come è stato osservato in dottrina, alla luce del contesto storico in cui è stata emanata la Convenzione e della finalità per cui era preposto il Consiglio d’Europa, volto alla creazione di un’Europa democratica e in pace, ragione per cui il riconoscimento dei diritti in capo agli stranieri non costituiva una priorità in tal senso⁵⁹.

Tuttavia, la carenza di tutele evidenziata non comporta la mancata protezione degli stranieri nel sistema Cedu. Infatti, la stessa Convenzione individua una serie di diritti che, essendo applicabili a tutti gli individui in quanto tali, sono riconosciuti anche agli stranieri. Tra questi, a titolo esemplificativo, si cita l’art. 3 concernente il divieto di tortura, l’art. 5 riguardante il diritto alla libertà e alla sicurezza e l’art. 8 sulla tutela della famiglia e vita privata.

La tutela dello straniero e, in particolare, il riconoscimento del diritto di asilo è per lo più stato tutelato attraverso l’attività interpretativa della Corte Edu, che ha sviluppato un ampio assetto di tutele, fornendo così una protezione “riflessa” (c.d. protezione *par ricochet*).

La protezione in esame deriva dall’interpretazione delle disposizioni della Cedu, quale – per esempio – l’art. 2 sul diritto alla vita e l’art. 3 sul divieto di tortura o

⁵⁹ G. CILIBERTO, A. M. ROȘU, *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, in *QG speciale*, 2019, I, 381.

di trattamenti inumani e degradanti⁶⁰, in divieti di espulsione dello straniero dal paese ospitante, ampliando e attuando il principio di non refoulement.

Ne discende che l'imposizione di una serie di obblighi positivi, volti alla protezione dei diritti fondamentali sanciti nella Convenzione, e negativi, determinati dal divieto di allontanamento dello straniero, limitano la discrezionalità degli Stati nelle politiche migratorie⁶¹.

1.2 Segue. La disciplina europea in tema di asilo

Come evidenziato nelle pagine precedenti, tra gli obiettivi sanciti dal Consiglio europeo di Tampere⁶² rientrava quello di «un'Unione aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti umani e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà».

Fu proprio in quell'occasione che venne per la prima volta fatto riferimento al Sistema europeo comune di asilo⁶³, in virtù del quale le Istituzioni europee si proponevano di dotarsi di norme comuni per una gestione unitaria dell'asilo per disciplinare sia la procedura da seguire, sia gli elementi sostanziali dello status di rifugiato e di forme complementari ad esso, al fine di armonizzare l'interpretazione e l'applicazione della normativa in materia di asilo tra gli Stati membri dell'UE.

⁶⁰ A proposito degli artt. 2 e 3 Cedu, il principio di *non-refoulement* ha carattere assoluto, ossia si applica indipendentemente dalla condotta della persona interessata e non ammette deroghe o eccezioni.

⁶¹ G. CILIBERTO, A. M. ROȘU, *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, cit., 385 v. anche S. CENTONZE, S. ANASTASIO *Protezione dei migranti: Corte Edu e Corte di giustizia a confronto*, in *QG speciale*, 2019, I, 390 ss.

⁶² Conclusioni del Consiglio di Tampere, punto 14 «A breve termine questo regime dovrebbe permettere di determinare con chiarezza e praticità lo Stato competente per l'esame delle domande di asilo, prevedere norme comuni per una procedura di asilo equa ed efficace, condizioni comuni minime per l'accoglienza dei richiedenti asilo e il ravvicinamento delle normative relative al riconoscimento e agli elementi sostanziali dello status di rifugiato. Il regime dovrebbe essere altresì completato da misure che prevedano forme complementari di protezione e offrano uno status adeguato alle persone che necessitano tale protezione. [...]».

⁶³ Conclusioni del Consiglio di Tampere, punto 13 «il Consiglio europeo ribadisce l'importanza che l'Unione e gli Stati membri riconoscono al rispetto assoluto del diritto di chiedere asilo. Esso ha convenuto di lavorare all'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo, basato sull'applicazione della Convenzione di Ginevra in ogni sua componente, garantendo in tal modo che nessuno venga esposto nuovamente alla persecuzione, ossia mantenendo il principio di non-refoulement».

Tale sistema prese progressivamente forma nel diritto dell'Unione europea e trovò espressa configurazione come “sistema europeo comune di asilo” (SECA) nell'art. 78 TFUE, che ne attribuisce all'Unione la competenza.

La creazione del quadro legislativo volto all'attuazione del SECA si è articolata in due fasi: la prima, che comprendeva la legislazione derivata emanata tra il 2000 e il 2005; la seconda, invece, iniziata con il patto europeo sull'asilo del Consiglio d'Europa nel settembre 2008, si concludeva nel 2013 a seguito dell'adozione di una serie di direttive volte ad abrogare quelle precedenti.

Nella prima fase, l'Unione europea si premurava di definire le norme minime comuni sulle qualifiche, riguardanti il contenuto e lo status di beneficiario della protezione internazionale, sulla procedura per richiedere tale status, sull'accoglienza e sulla determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo⁶⁴. Tuttavia, malgrado la loro attuazione, rimanevano differenze significative tra gli Stati membri⁶⁵ con l'esito di pregiudicare l'auspicato livello di armonizzazione tra gli Stati membri e produrre «decisioni divergenti per i richiedenti, violando il principio della parità di accesso alla protezione in tutta l'UE»⁶⁶.

Per tale ragione, prende avvio la seconda fase volta all'armonizzazione e alla creazione di un sistema comune di asilo, comportante un processo di riforma degli atti legislativi di diritto derivato fino ad allora esistenti⁶⁷.

Prima di trattare della fase di revisione degli atti, è opportuno menzionare l'importante consolidamento raggiunto con l'introduzione nel TFUE dell'art. 78, che attribuisce espressamente all'Unione la competenza di sviluppare una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione

⁶⁴ Nella “prima fase”, sono stati adottati: direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea; direttiva 2003/9/CE in materia di accoglienza; direttiva 2004/83/CE in tema di qualifiche e direttiva 2005/85/CE sulle procedure. A tali strumenti si aggiungeva anche il “sistema Dublino”, fondato sui regolamenti 343/2003 (Dublino II) e 2725/2000 Eurodac. Ceas 15 Infine, è stata adottata una legislazione derivata, finalizzata a stabilire i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo e alla istituzione di una banca dati «Eurodac» per l'archiviazione e il confronto dei dati relativi alle impronte digitali.

⁶⁵ European Asylum Support Office, *Un'analisi giuridica. Un'introduzione al sistema europeo comune di asilo per i giudici*, 2016, reperibile a https://euaa.europa.eu/sites/default/files/easo-introduction-to-ceas-ja_it.pdf, 16

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano strategico sull'asilo: un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea, 17 giugno 2008 COM (2008) 360, final, 3.

⁶⁷ Salvo la direttiva sulla protezione temporanea che non è stata oggetto di rifusione.

temporanea, nell'ambito del quale può adottare le misure per realizzare uno status uniforme in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio, a favore di cittadini di paesi terzi. Accanto a questo primo insieme di misure relative all'asilo, si affiancano quelle volte a regolare tutti gli altri aspetti rilevanti per il sistema di protezione: l'accoglienza, le procedure e la determinazione dello Stato competente.

Alla luce di tale rinnovato fondamento legislativo della politica europea comune in materia di asilo, tale competenza è stata esercitata attraverso l'emanazione di una serie di direttive e regolamenti sul tema che, sancendo la conclusione della seconda fase, costituiscono il corpo normativo del SECA.

Pertanto, ad oggi il sistema europeo comune di asilo si compone di strumenti legislativi sia di diritto primario, rappresentati dall'art. 78 TFUE, dal trattato sull'Unione europea (TUE) e dalla Carta UE⁶⁸, sia di diritto derivato. Quest'ultimo è costituito da soli tre regolamenti⁶⁹ e i restanti atti sono direttive⁷⁰.

⁶⁸ Per un approfondimento sulla questione della Carta dei diritti fondamentali C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *QG*, 2018, II, 32 ss.

⁶⁹ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (Dublino III); Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione); Regolamento (CE) n. 1560/2003 della Commissione, del 2 settembre 2003, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo. Il regolamento è ancora in vigore con riferimento al regolamento Dublino III, ad eccezione degli articoli 11, paragrafo 1, e 13, 14 e 17.

⁷⁰ Direttiva 2001/55/CE, Norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli stati membri che ricevono sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi; Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta; Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione); Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

Per quanto concerne il sistema di asilo europeo, occorre sottolineare come lo stesso si sia adeguato agli obblighi internazionali in materia (esaminati nel paragrafo precedente)⁷¹. Sul punto, l'art. 78 TFUE, impone espressamente all'Unione di «garantire il rispetto del principio di non respingimento» e di conformarsi «alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967, e agli altri trattati pertinenti». Ne discende che l'Unione, nell'approvazione degli atti derivati, dovrà rispettare tali principi «anche al fine di evitare che gli Stati membri si trovino vincolati da obblighi tra loro incompatibili, con il rischio che emergano profili di responsabilità per la violazione dell'uno a causa del rispetto dell'altro»⁷².

Se dunque la Convenzione di Ginevra e il principio di non respingimento assumono un ruolo importante nella creazione del sistema europeo d'asilo, questo non si limita solo al loro recepimento⁷³, ma «ne rappresenta uno sviluppo progressivo», in ragione del fatto che l'Unione europea ha introdotto ulteriori strumenti di tutela per i richiedenti protezione internazionale, concretizzando quelli presenti solo a livello interpretativo sul divieto di respingimento. L'Unione ha pertanto mutuato gli obblighi di tipo negativo derivanti dall'interpretazione convenzionalmente orientata della Corte Edu, creando veri e propri obblighi positivi di protezione e di riconoscimento di uno specifico status⁷⁴.

L'assetto europeo così delineato subisce poi la profonda influenza che ciascuno Stato membro può esercitare nella suddetta materia, in quanto la stessa natura della direttiva, quale disposizione aperta da recepire e le clausole talvolta previste dalle direttive che lasciano agli Stati membri la discrezionalità di

⁷¹ L'Unione, infatti, si vincola in primis al rispetto della convenzione di Ginevra. Questo emerge dal tfue come già espresso, ma anche dalla carta dei diritti fondamentali che costituisce diritto primario dell'Ue. Infatti, l'art. 18 Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea sancisce «Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea». Inoltre, l'Unione europea si vincola al rispetto della Cedu, perchè non solo essa viene a far parte del sistema di diritto primario a seguito del trattato di Lisbona, ma anche ai sensi dei degli artt. 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea. V. sul punto C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *QG*, 2018, II, 28 ss.

⁷² C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, cit., 30.

⁷³ S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019, 54.

⁷⁴ C. FAVILLI, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, cit. 76.

adottare o meno determinate soluzioni regolative, contribuisce ad allontanare le normative di ciascun Stato membro in materia di protezione internazionale.

Invero, ai sensi dell'art. 3 della direttiva qualifiche «Gli Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva».

Se la norma va accolta con favore nella misura in cui comporta un'estensione della protezione internazionale, dall'altro però è stato sottolineato come il riconoscimento di tale possibilità potrebbe costituire un ostacolo all'obiettivo di armonizzazione normativa tra gli Stati⁷⁵.

Ad ogni modo, un ulteriore elemento che potrebbe minare all'obiettivo di armonizzazione, incrementando il fenomeno dell'*asylum shopping*, è la previsione secondo cui è facoltà degli stati membri introdurre forme di protezione diverse da quelle previste dal sistema europeo comune di asilo, tra le quali possono rientrare quelle fondate su motivi umanitari e caritatevoli⁷⁶. Infatti, la facoltà di introdurre una protezione umanitaria sulla base della legislazione nazionale «consente di offrire una tutela residuale e più ampia di quella risultante dalla protezione internazionale di derivazione europea»⁷⁷, un aspetto che merita di essere considerato nel panorama delle tutele in materia di asilo e che comporta un ulteriore differenziazione tra le discipline degli stati membri.

Ne discende, che il sistema europeo comune di asilo rappresenta oggi un complesso insieme di norme che hanno un importante impatto sulla disciplina nazionale in materia, in considerazione del fatto che, come si vedrà nel paragrafo successivo, il sistema italiano in materia di asilo è stato introdotto proprio grazie all'attuazione delle direttive europee⁷⁸.

⁷⁵ F. PERRINI, *Dalla direttiva 2011/95/UE alla proposta di Regolamento qualifiche: quale futuro per la protezione internazionale nell'ordinamento UE?*, in *Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, 2017, III, 64. Secondo l'A. La norma in questione sembrerebbe anche in contrasto con un altro importante obiettivo della direttiva, vale a dire l'intento di limitare i c.d. movimenti secondari dei richiedenti.

⁷⁶ Considerando 9 dir. 2011/95/UE «la presente direttiva non si applica ai cittadini di paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale».

⁷⁷ C. FAVILLI, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, cit. 68.

⁷⁸ C. FAVILLI, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, cit., 76.

Il punto di vista da cui si vuole esaminare il diritto immigratorio è quello di un giuslavorista, per tale ragione nella presente trattazione si avrà riguardo ai diritti riconosciuti agli extracomunitari in relazione al rapporto di lavoro, che si diversificano profondamente a seconda delle modalità di ingresso e della tipologia di permesso di soggiorno di cui sono titolari.

2. La protezione internazionale e le altre forme di protezione complementari

2.1 La protezione internazionale

La disciplina normativa sulla protezione dei richiedenti asilo è stata oggetto di numerosissime modifiche nel corso degli ultimi anni, risultato di una mancanza di una visione coerente e lungimirante sul tema dell'immigrazione e manifestando invece scelte politiche contrastanti, determinate dal susseguirsi di governi schierati politicamente su versanti opposti.

Come si è appena esaminato, a complicare il quadro normativo italiano, sono stati, prima gli obblighi internazionali, in particolare la Convenzione di Ginevra e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e, poi, quelli di matrice europea, che, con la finalità di armonizzare le normative di ciascuno Stato membro, hanno emanato una serie di direttive a cui l'Italia si è conformata.

Come noto, in mancanza di una legge di attuazione dell'art. 10 co. 3 Cost. inerente all'asilo costituzionale, l'unica misura tipica nel sistema italiano era il rifugio politico, regolato dalla Convenzione di Ginevra stipulata nel 1951⁷⁹.

Successivamente, è entrata in vigore la l. 39/1990⁸⁰, volta a disciplinare lo status di rifugiato politico all'art. 1, che ha affidato la giurisdizione sulla concessione della protezione al giudice amministrativo, previa decisione da parte della commissione centrale per l'asilo⁸¹.

⁷⁹ Sulla Convenzione v. para. 1.1.

⁸⁰ La legge di conversione del D.L. 416/1989 recante "Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato".

⁸¹ M. ACIERNO, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019, 67.

Il sistema monistico, così impostato, ha subito profondi mutamenti con l'introduzione della Testo Unico Immigrazione⁸², prima normativa organica in materia, che ha mantenuto, seppur introducendo l'importante tutela della protezione umanitaria (v. infra), l'impianto fondato sulla protezione derivante dallo status di rifugiato, attribuendo però alla giurisdizione del giudice ordinario il riconoscimento dello stesso⁸³.

È la spinta eurounitaria a far decollare definitivamente la protezione internazionale, trasformando il sistema incentrato sullo status di rifugiato in pluralista.

Con l'entrata in vigore della direttiva 2004/83/CE⁸⁴, attuata dal d.lgs. 251/2007⁸⁵, è stato innovato il quadro, introducendo la protezione sussidiaria, oltre che riordinando quella inerente allo status di rifugiato⁸⁶.

Quest'ultimo è definito dall'art. 2 del d.lgs. citato come il «cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica,

⁸² D.Lgs. 286/1998 recante "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

⁸³ M. ACIERNO, *La protezione internazionale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, testo della relazione tenuta all'incontro di studi "Tutela dei nomadi, rifugiati, migranti" organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura a Roma il 27-29 settembre 2010, 13. È stato abrogato l'art. 5 della legge n. 39/1990 che indicava il giudice amministrativo come quello esclusivamente competente per l'esame dei provvedimenti amministrativi in materia di "status" (Cass. S.U. n. 907 del 1999). È rimasto però l'accertamento davanti alla commissione centrale per l'asilo, prima di poter accedere alla giurisdizione.

⁸⁴ Dir. recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Tale direttiva è stata poi oggetto di rifusione dalla dir. 2011/95/UE. Per approfondire quest'ultima v. F. PERRINI, *Dalla direttiva 2011/95/UE alla proposta di Regolamento qualifiche: quale futuro per la protezione internazionale nell'ordinamento UE?*, cit.

⁸⁵ In attuazione della dir. 2004/83, il d.lgs. n. 25 del 2008, entrato in vigore il 3/3/2008, ha attuato la Dire. 2005/85/CE del Consiglio, del primo dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

⁸⁶ Per un approfondimento sullo status di rifugiato v. M. BENVENUTI (cura di), *La protezione internazionale degli stranieri in Italia: uno studio integrato sull'applicazione dei criteri di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e le procedure*, Jovene, Napoli, 2011; G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti titolari di protezione internazionale tra diritto dell'unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014; A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti: profilo internazionalista ed europei*, Cedam, Padova, 2012; P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019; B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato, relazione*, Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Lo statuto costituzionale del non cittadino" (Cagliari, 16-17 ottobre 2009); C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Cedam, Padova, 2011.

si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese»⁸⁷.

Tale norma è da leggere unitamente a quella prevista dall'art. 7 del d.lgs. 251/2007, in conformità con la Convenzione di Ginevra, e individua come atti di persecuzioni, in presenza dei quali viene riconosciuto lo status di rifugiato, quelli che sono «sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, della Convenzione sui diritti dell'Uomo» o quelli che devono «b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a)»⁸⁸. In altre parole, ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato è necessaria una violazione grave dei diritti umani fondamentali, data dalla gravità dei diritti violati o dalla pluralità delle violazioni realizzate che nell'insieme producono l'effetto lesivo.

Inoltre, il riferimento ai “diritti umani fondamentali” non è circoscritto alla sola Cedu, menzionata espressamente nella disposizione, ma riguarda anche tutte le libertà democratiche sancite nell'art. 10 cost., nonché quelle consacrate nelle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia⁸⁹.

Rileva evidenziare la necessaria presenza di un nesso di causalità tra i motivi di persecuzione individuati dall'art. 8 (razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politico – mutuati dalla Convenzione di Ginevra –) e l'atto persecutorio, che deve ingenerare nel soggetto richiedente asilo un fondato timore di persecuzione. Infatti, ai fini dell'accertamento delle condizioni per il riconoscimento dello *status*, la commissione territoriale deve valutare non tanto che la persecuzione sia in atto,

⁸⁷ La definizione di rifugiato prosegue «oppure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'articolo 10».

⁸⁸ Dall'art. 7 del d.lgs. 251/2007, che aderisce a quanto previsto dall'art. 9 dir. 2011/95.

⁸⁹ P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *DIC*, 2008, I, 34. Infatti, il riferimento all'art. 15 CEDU, che dichiara inderogabili da parte degli Stati, anche in caso di guerra o in caso di altre pubbliche calamità che minaccino la vita della nazione, il diritto alla vita (art. 2 CEDU), salvo le circostanze previste dal paragrafo 1 dell'art. 15, il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), il divieto di essere tenuto in schiavitù o servitù (art. 4, par. 1 CEDU), il divieto di condanna penale senza previa legge penale o a pena più grave di quella che era prevista al tempo della commissione del reato (art. 7 CEDU).

quanto che abbia determinato quella situazione psicologica di fondato timore appena citata⁹⁰. A conferma di tale assunto, si fa riferimento al comma 2 dell'art. 8 che considera irrilevante che il richiedente possieda effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni⁹¹. In altre parole, la persecuzione deve essere soggettivamente percepita dal perseguitato⁹² e deve essere determinata da uno dei motivi tipizzati, che viene imputato al soggetto perseguitato, a prescindere dal fatto lo possieda⁹³. Tale impostazione trova dei temperamenti nella misura in cui è richiesto ai fini del riconoscimento dello status un'effettiva violazione grave dei diritti umani fondamentali. In aggiunta alle condizioni citate per il riconoscimento dello status di rifugiato, vi è la carenza o l'ineffettività della protezione da parte del paese terzo contro l'atto lesivo⁹⁴.

A completare il contenuto della protezione internazionale è la protezione sussidiaria, introdotta ad opera della direttiva del 2004 e recepita dal decreto legislativo in esame negli art. 14 ss. La protezione sussidiaria viene riconosciuta al cittadino che non possiede i requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, correrebbe un «rischio effettivo di subire un grave danno» e «il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese»⁹⁵. Si considera un grave danno ai sensi dell'art. 14 «a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte, b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel

⁹⁰ P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., 35.

⁹¹ Così sentenza 4 ottobre 2018, causa C-652/16, *Ahmedbekova e Ahmedbekov*, punti 85-87.

⁹² Sulla questione della componente oggettiva e/o soggettiva del timore vedi M. BORZAGA, *L'immigrazione per motivi umanitari e per motivi economici nel quadro regolativo internazionale*, in W. CHIAROMONTE, M. D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 32.

⁹³ S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 61.

⁹⁴ S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 62. Il riconoscimento dello status di rifugiato presuppone poi che non siano applicabili le cause di esclusione previste dalla Convenzione di Ginevra e ribaditi dell'articolo 12 della direttiva 2011/95 quali l'ottenimento di una protezione alternativa offerta da organi internazionali e la non meritevolezza della protezione internazionale, quando si è sospettati di aver commesso crimini di diritto internazionale, gravi reati di diritto nazionale o atti contrari alle finalità e ai principi delle nazioni unite.

⁹⁵ Art. 2 lett. g) d.lgs. 251/2007 e si applica anche all'apolide.

suo Paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale»⁹⁶. Nozioni quelle di tortura, di pene o trattamento umano o degradanti (art. 3 CEDU) o al bene della vita (art. 2 CEDU) che sono da interpretare in conformità alla giurisprudenza della CEDU⁹⁷.

All'esito della procedura di valutazione della richiesta di protezione internazionale⁹⁸, la Commissione territoriale per l'asilo potrà riconoscere al richiedente – qualora accolga la domanda – lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria, rilasciandogli il relativo permesso di soggiorno.

Il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria determina effetti differenti, in relazione alle condizioni di permanenza sul territorio e in relazione ai diritti che ne discendono.

Per quanto concerne la protezione internazionale, si ricorda che il permesso di soggiorno per *status* di rifugiato e per protezione sussidiaria hanno durata quinquennale⁹⁹ e sono rinnovabili previa verifica delle condizioni per il rilascio, per la protezione sussidiaria, e automaticamente, per il titolare dello status di rifugiato.

Entrambi i permessi consentono di svolgere attività lavorativa sul territorio e sono convertibili in permessi di soggiorno per motivi lavorativi in presenza dei requisiti relativi¹⁰⁰.

La condizione di favore per i titolari di protezione internazionale si evince dalle tutele a loro riconosciute e dalla facilità con cui possono ottenere il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Infatti, per l'ottenimento di quest'ultimo sono necessari la disponibilità di un reddito non inferiore

⁹⁶ In relazione alla lett. c) P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., 42 ritiene che tale nozione appaia composta da almeno tre elementi: «1) deve trattarsi di un danno rilevante soltanto se il richiedente nel suo paese era un civile; 2) la minaccia deve essere non soltanto individuale, ma anche grave 3) la minaccia deve derivare dalla violenza indiscriminata in situazione di conflitto armato interno o internazionale».

⁹⁷ P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., 42. Tale obbligo di conformazione è in applicazione dell'obbligo di interpretazione conforme ammesso dalle sentenze C. cost. 348 e 349 del 2007 in riferimento al parametro interposto dell'art. 117 Cost.

⁹⁸ Tale procedura prende l'avvio - secondo quanto stabilito dall'art. 3 - dalla domanda del richiedente che unitamente ad essa allega tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la domanda.

⁹⁹ Art. 23 d.lgs. 251/2007. La protezione sussidiaria aveva durata triennale, a seguito del d.lgs 18/2014 è stata allungata e uniformata a 5.

¹⁰⁰ Art. 23, d.lgs. 251/2007.

all'importo annuo dell'assegno sociale¹⁰¹ e il possesso, da almeno 5 anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità¹⁰².

Come sopra evidenziato il permesso di soggiorno derivante dal riconoscimento della protezione internazionale avendo una durata iniziale pari a cinque anni, oltre a riconoscere la possibilità al beneficiario di godere di un tempo relativamente lungo, quest'ultimo potrà ottenere – allo scadere del permesso per protezione internazionale – quello per soggiornanti di lungo periodo. Il beneficio derivante dall'acquisto di tale permesso di soggiorno è dovuto a molteplici ragioni, *in primis* il fatto che è un permesso a tempo indeterminato¹⁰³.

Il riconoscimento del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo consente, inoltre, di svolgere ogni tipo di attività lavorativa senza necessità di stipulare il contratto di soggiorno (come si vedrà nel cap. 2), di fruire delle prestazioni di assistenza e di previdenza sociale¹⁰⁴.

Invero, con riferimento al lavoro, l'elevato livello di tutela derivante dal riconoscimento della protezione internazionale si evince anche dall'art. 25 T.U.I., secondo cui lo straniero titolare di protezione internazionale ha diritto ad un trattamento pari a quello riservato al cittadino italiano in materia di lavoro subordinato, autonomo, iscrizione agli albi professionali.

¹⁰¹ Secondo G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, 43 ai fini del requisito del reddito «molte questurone sono orientate a non rilasciare il titolo pur in presenza di redditi adeguati se lo straniero è titolare di un contratto di lavoro a tempo determinato, sul presupposto dell'incertezza del mantenimento del livello reddituale richiesto conseguente alla mancanza di un lavoro a tempo indeterminato. Tale orientamento è stato dichiarato illegittimo dalla giurisprudenza sia perché trattasi di un requisito non previsto dalla legge, sia con riferimento alla accentuata mobilità del mercato del lavoro che induce a tener conto delle capacità reddituale derivante da rapporti di lavoro a termine o atipici». V. Tar Piemonte sez. II, 9 novembre 2011, n. 1180; Tar Piemonte sez. I, 19 giugno 2012, n. 740.

¹⁰² Articolo 9 T.U.I., che attualmente è in sede di revisione Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (rifusione), COM/2022/650 final.

¹⁰³ Ai sensi dell'articolo 9 T.U.I. comma 2 il permesso di soggiorno UE per soggiornanti lungo periodo è rilasciato entro 90 giorni dalla richiesta è valido per 10 anni e, previa presentazione della relativa domanda corredata di nuova fotografia, è automaticamente rinnovato alla scadenza.

¹⁰⁴ Per un approfondimento v. G. LUDOVICO, *Commento all'art. 9 TUI*, in G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003, 143 ss. il titolare del permesso di soggiorno di cui all'art. 9 TUI godrà del diritto all'istruzione (art 26); all'assistenza sanitaria e sociale (art. 27) e alla libera circolazione dei titolare sul territorio nazionale e l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale e pubblica e al credito agevolato in materia di edilizia, acquisto e locazione della prima casa (art. 29).

Inoltre, ai sensi dell'art. 25 co. 2, d.lgs. 251/2007 i titolari di protezione internazionale hanno accesso al pubblico impiego, disposizione di maggior favore rispetto a quanto statuito nella direttiva¹⁰⁵.

Pertanto, emerge come il titolare della protezione goda di una condizione favorevole, sia per la lunga durata del soggiorno, sia per la mancanza di vincoli allo svolgimento dell'attività lavorativa, sia per la possibilità di accedere ad una serie di prestazioni sociali e assistenziali.

Si può cogliere sin da ora il trattamento favorevole che l'ordinamento italiano – e più in generale, quello europeo – serbano per la protezione internazionale rispetto ad altre forme di protezione esistenti nel nostro ordinamento.

Per quanto concerne la rilevanza di un rapporto di lavoro ai fini della concessione della protezione internazionale, si è evidenziata come la rigidità dei presupposti che ne consentono il rilascio, impediscano alla Commissione territoriale o all'interprete di valorizzare l'elemento dell'attività lavorativa. Pertanto, se è vero che una volta ottenuta la protezione internazionale, il titolare godrà di una maggiore stabilità e tutela, dall'altra parte, la ristrettezza dei requisiti per la concessione sono tali da rendere molto difficile l'ottenimento. Per tale ragione, a completare il quadro, fornendo una copertura a quelle situazioni vulnerabili che sfuggono alla protezione internazionale, sono le forme di protezione complementare che diversamente dalla protezione internazionale, valorizzano lo svolgimento dell'attività lavorativa ai fini del rilascio del permesso.

2.2 La protezione umanitaria

A completamento del quadro normativo inerente alla tutela dello straniero sono state affiancate alla protezione internazionale altre forme di protezione complementare.

Prima di esaminare l'istituto della protezione speciale, forma di protezione complementare oggi vigente e l'estensiva applicazione che la giurisprudenza ne ha fatto, è necessario analizzare le vicende che si sono susseguite e che hanno portato alla configurazione dell'assetto normativo attuale.

¹⁰⁵ Per un approfondimento della questione sull'accesso degli stranieri al pubblico impiego v. M. GNES, *L'accesso al lavoro nella pubblica amministrazione*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, 231 ss.

Come noto, la protezione umanitaria è stata introdotta con la L. n. 40/98 (cd. Turco–Napolitano), per effetto della quale è stata poi inserita nel T.U.I. all’art. 5 co. 6, secondo cui il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno, in mancanza dei presupposti per il rilascio o rinnovo, non possono comunque essere adottati qualora ricorrano: «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»¹⁰⁶. Quando ciò si verifica, il questore rilascia un permesso di soggiorno per motivi umanitari¹⁰⁷.

Pertanto, la protezione umanitaria viene concepita come protezione residuale rispetto alla protezione internazionale, così che *«la protezione umanitaria è collocata in posizione di alternatività rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale, potendo l'autorità amministrativa e giurisdizionale procedere alla valutazione della ricorrenza dei presupposti della prima soltanto subordinatamente all'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti delle seconde»* (cfr. Cass. n. 15466 del 07.07.2014).

L’innovatività di tale tutela si coglie anche dalla lettura dell’art. 32 co. 3 d.lgs. 25/2008 che imponeva alla Commissione territoriale competente all’esame della domanda di protezione internazionale, di trasmettere gli atti al questore affinché potesse concedere – in mancanza dei presupposti per la prima – il permesso per motivi umanitari in presenza delle condizioni per il rilascio¹⁰⁸, senza quindi imporre al richiedente l’onere di effettuare una domanda *ad hoc*.

Il permesso in esame viene quindi riconosciuto in presenza di: seri motivi di carattere umanitario (1) o risultanti da obblighi costituzionali (2) o da obblighi internazionali (3) dello Stato italiano. L’alternatività dei requisiti, determinata dalla congiunzione disgiuntiva, ne legittima la concessione con la presenza di un solo presupposto. Ciò che accomuna però tali motivi è il *«fine di tutelare*

¹⁰⁶ V. MARENGONI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *DIC*, 2012, IV, 59 ss.; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *DIC*, 2018, I, 1 ss.; M. ACIERNO, *La protezione umanitaria prima e dopo il decreto-legge n. 113 del 2018*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent’anni di politiche e legislazione sull’immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020, 805 ss.; M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *QG*, 2018, II, 99 ss.

¹⁰⁷ La decisione del questore è ricorribile in caso di diniego al giudice ordinario, per effetto dell’intervento giurisprudenziale Cass. Civ., sez. un., 09/09/2009 n. 19393, che qualificando come un diritto soggettivo l’istituto della protezione per motivi umanitari, ha individuato nella giurisdizione del giudice ordinario in luogo a quello amministrativo, la competenza a decidere del diniego.

¹⁰⁸ Questa possibilità è stata introdotta dall’art. 1, 189 del 2002.

situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero» (cfr. Cass., sez. un., 19393/2009, par. 3).

La natura aperta dell'istituto, che si coglie dalla generica formulazione dei suoi presupposti e dalla mancata definizione dei “seri motivi di carattere umanitario”¹⁰⁹, ha destinato la misura di protezione ad intercettare un'ampia platea di beneficiari e a rendersi funzionale a supplire i bisogni degli stranieri che non riescono ad accedere alla protezione internazionale. Infatti, la natura residuale della misura, prevedendo requisiti meno stringenti rispetto a quelli richiesti per la concessione della protezione internazionale, ha portato ad un'estesa e concreta applicazione da parte della giurisprudenza¹¹⁰ che le ha riconosciuto la natura di diritto soggettivo¹¹¹.

In relazione agli ultimi due presupposti – gli obblighi costituzionali e quelli derivanti dai trattati internazionali – la loro indeterminatezza, in assenza di una qualsivoglia indicazione da parte del legislatore per una corretta individuazione degli stessi, rende particolarmente difficoltosa l'applicazione di tale disposizione¹¹².

¹⁰⁹ Questi, infatti, non sono stati espressamente definiti dal legislatore, dovendosi ricavare dalle norme di rango costituzionale o internazionale pattizie.

¹¹⁰ Tra le tante pronunce, si vedano Cass., sez. un., n. 19393/2009, n. 11535/09, n. 30658/2018; Cass., n. 10686/2012, n. 26887/2013, n. 26566/2013, n. 21903/2015, n. 23604/2017, n. 4455/2018, n. 28990/2018, n. 10922/2019, 13096/2019, n. 1104/2020, n. 8819/2020.

¹¹¹ Cass. Civ. sez. un., 9/09/2009 n. 19393 secondo cui «*in conclusione, la situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidata solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazione costituzionalmente tutelate riservate al legislatore. La giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al giudice ordinario*».

¹¹² Sotto quest'ultimo profilo, è però possibile fare alcune precisazioni, come afferma N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., 9, «tra quei diritti indubbiamente c'è l'asilo politico costituzionale (in tutta la sua ampia applicabilità), ma anche il diritto alla vita e all'integrità fisica (in tutte le sue declinazioni, che richiamano altri diritti specifici), il diritto alla non discriminazione, il diritto all'unità familiare, il diritto del minore alla protezione, il diritto all'istruzione, il diritto di difesa, il diritto alla salute, il diritto alla parità di genere e alle differenze di genere (che trovano fonte sia nella Costituzione che in altre fonti internazionali specifiche), ai quali vanno aggiunti i diritti che esprimono le altre libertà fondamentali costituzionali, i diritti inderogabili indicati dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti umani (artt. 2, 3 e 4, co. 1), il diritto al rispetto della vita privata ex art. 8 CEDU e i vari diritti previsti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, quelli previsti dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, firmato a New York nel dicembre 1966, quelli indicati dal Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, firmato a New York nel dicembre 1966, quelli prescritti dalla Convenzione di Istanbul del 2011 (Convenzione

Per quanto concerne l'identificazione dei "seri motivi di carattere umanitario", la giurisprudenza in un primo tempo è stata restia a dare una lettura estensiva¹¹³. A tale osservazione, si aggiunge anche «la difficoltà di distinguerli in maniera netta dagli obblighi costituzionali e/o internazionali, i quali peraltro sottendono per gran parte i diritti umani e dunque afferiscono di per sé ai motivi umanitari»¹¹⁴.

Sebbene quindi non siano tipizzati i seri motivi di carattere umanitario che legittimano la concessione della protezione, è possibile affermare che possano «tradursi in un catalogo aperto di situazioni ritenute meritevoli di considerazione per motivi ritenuti socialmente compassionevoli che, più correttamente, vanno riferiti all'inviolabilità dei diritti umani – da chiunque violati – e all'obbligo di solidarietà espressi dall'art. 2 Cost.»¹¹⁵. In particolare, la Commissione nazionale per il diritto di asilo, mediante la circolare n. 3716 del 30.7.2015, ne ha individuati esemplificativamente cinque: a) una situazione caratterizzata dalla presenza di «gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non potessero essere adeguatamente trattate nel Paese di origine»; b) una situazione di «insicurezza» nel Paese di origine che non fosse tale da determinare il riconoscimento della protezione sussidiaria (c.d. conflitti a bassa intensità sociale); c) «gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi a un rimpatrio in dignità e sicurezza»; d) una «situazione familiare del richiedente asilo che deve essere valutata ai sensi di quanto previsto dall'articolo 8 della CEDU concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare»; e) un rischio di tortura o trattamenti disumani e degradanti in seguito al rimpatrio del richiedente¹¹⁶.

del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell'11 maggio 2011), la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984».

¹¹³ G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, cit., 34 secondo cui la misura era osteggiata da "settori miopi della magistratura che stentavano a riconoscere valenza giuridica a categorie astrattamente poco definite e suscettibili di interpretazioni differenti... ma dallo stesso dicastero dell'Interno".

¹¹⁴ N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., 13.

¹¹⁵ N. ZORZELLA *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., 14

¹¹⁶ Circ. 3716 del 30.7.2015 Ottimizzazione delle procedure relative all'esame delle domande di protezione internazionale. Ipotesi in cui ricorrono i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, v anche M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, in *DIC*, 2021, II, 85.

Nella valutazione dei presupposti della protezione umanitaria, la questione di maggior importanza riguarda la “vulnerabilità”, ossia un «concetto “liquido” sul quale si sono espresse numerose e (spesso) contrastanti pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità, anche in relazione alla difficoltà di attribuire, all’interno della dialettica processuale, un significato che fosse concretamente traducibile negli oneri di allegazioni (delle parti) o nel dovere di adempimento istruttorio (del giudice)»¹¹⁷.

In particolare, la giurisprudenza si è interrogata se la vulnerabilità che legittima il riconoscimento della protezione debba riguardare le condizioni soggettive e oggettive del richiedente ascrivibili al suo vissuto nel paese di origine; o se «debba essere riferita solo (od anche) al rischio che potrebbe derivare dal rimpatrio in un paese che presenta un livello di tutela dei diritti fondamentali al di sotto del nucleo minimo della dignità umana, con una valutazione sia del suo passato che prognostica, rispetto alle conseguenze future del rientro»¹¹⁸. In relazione a tale seconda accezione, assume centrale importanza l’intensità del radicamento che il richiedente ha assunto in Italia, quale fattore che concorre a determinare il grado di vulnerabilità a cui il soggetto è sottoposto, qualora dovesse essere rimpatriato.

Proprio per tale ragione, si vuole esaminare la giurisprudenza che si è pronunciata su tale tematica, al fine di valutare se la prova dell’avvenuta integrazione sociale sul territorio italiano, in particolare desumibile dalla presenza di un contratto di lavoro, possa legittimare il riconoscimento della protezione per motivi umanitari. Infatti, in caso di risposta affermativa, si coglie la rilevanza che lo svolgimento di una qualsiasi attività lavorativa avrà sulla permanenza regolare dello straniero nel territorio italiano.

La valutazione da parte della giurisprudenza in merito al grado di integrazione sociale del richiedente la protezione umanitaria ha avuto esiti differenti.

Un primo orientamento ha ritenuto del tutto inconferenti l’integrazione sociale e lavorativa raggiunta in Italia ai fini del riconoscimento del permesso per motivi umanitari, in quanto gli unici presupposti legittimanti la protezione sarebbero

¹¹⁷ A. DI FLORIO, *Protezione umanitaria e protezione speciale. La “vulnerabilità” dopo Cass. SU n.24413/2021*, in *QG*, 2.

¹¹⁸ A. DI FLORIO, *Protezione umanitaria e protezione speciale. La “vulnerabilità” dopo Cass. SU n.24413/2021*, cit., 3.

solo i “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”. Sul punto, la Corte ha statuito che *«non è conferente quanto dedotto nella memoria circa l'integrazione sociale del ricorrente in ragione della buona conoscenza della lingua italiana, dello svolgimento di attività lavorativa in Italia e dell'assenza di condanne penali, trattandosi di profili non rilevanti come presupposti per il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari»*¹¹⁹. La considerazione si fondava su una valutazione dei presupposti per il riconoscimento da cogliersi avendo riguardo esclusivamente il paese di origine. In altre parole, questo orientamento, nel valutare la compromissione dei diritti umani del richiedente in caso di espulsione, dava rilevanza alle sole condizioni soggettive e oggettive del richiedente in relazione al paese di provenienza, cioè alla luce delle ragioni che lo hanno spinto a partire, nonché della situazione che si troverebbe ad affrontare una volta riammesso nel paese d'origine.

Ad intervenire nel dibattito, introducendo innovazioni importanti è la sentenza della Corte di cassazione n. 4455 del 2018¹²⁰, che conferisce alla integrazione sociale – tra cui rientra quella lavorativa – un'inedita rilevanza ai fini del riconoscimento del permesso di protezione umanitaria.

Il caso portato all'esame della suprema Corte riguardava un cittadino gambiano in Italia da oltre tre anni, che aveva svolto un percorso di integrazione sociale e trovato un lavoro stabile con un'adeguata retribuzione. Rigettata la richiesta di protezione internazionale, il giudice di merito – sia di primo che di secondo grado – aveva accolto la domanda di rilascio di protezione umanitaria, ritenendo significativo il radicamento del richiedente in Italia. Di diverso avviso, era l'amministrazione, che decideva di impugnare la decisione della Corte di appello di Bari, proponendo ricorso per Cassazione.

La Corte valuta, quale punto di partenza per la verifica dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria, la situazione oggettiva del paese di

¹¹⁹ Cass. n. 25075/2017. V. anche Cass. n. 26641/2016.

¹²⁰ E. CASTRONUOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *DIC*, 2018, 1 ss.; G. CONTI, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria (Nota a sentenza n. 4455 del 2018 della Corte di Cassazione)*, in *Federalismi*, 2018, 1 ss.; C. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *QG*, 2018, reperibile su https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazione_14-03-2018.php.

origine del richiedente, correlata alla condizione personale che ha provocato la sua partenza dal paese di provenienza. Infatti, tale indagine si spiega alla luce della *ratio* della protezione umanitaria, improntata a fornire tutela alla situazione di vulnerabilità personale *«attraverso il riconoscimento di un titolo di soggiorno che protegga il soggetto dal rischio di essere immesso nuovamente, in conseguenza del rimpatrio, in un contesto sociale, politico o ambientale, quale quello eventualmente presente nel Paese d'origine, idoneo a costituire una significativa ed effettiva compromissione dei suoi diritti fondamentali inviolabili»*¹²¹. Tuttavia, la Corte non si limita a tale valutazione, ma va oltre, attribuendo una certa rilevanza all'integrazione sociale e lavorativa del richiedente. Sebbene – a detta della Corte – questa non possa assumere carattere decisivo ai fini del riconoscimento della tutela, deve essere valorizzata, perché rappresenta un valore concorrente, da valutare congiuntamente alla situazione di vulnerabilità che il richiedente si trova ad affrontare, qualora venga rimpatriato. Si rende quindi *«necessaria una valutazione comparativa che consenta, in concreto, di verificare che ci si è allontanati da una condizione di vulnerabilità effettiva, sotto il profilo specifico della violazione o dell'impedimento all'esercizio dei diritti umani inalienabili. Solo all'interno di questa puntuale indagine comparativa può ed anzi deve essere valutata, come fattore di rilievo concorrente, l'effettività dell'inserimento sociale e lavorativo e/o la significatività dei legami personali e familiari in base alla loro durata nel tempo e stabilità»*. Se, alla luce della comparazione tra l'integrazione conseguita dal richiedente in Italia e la situazione personale che egli ha vissuto prima della partenza e cui egli si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio, risulta *«un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa (art. 2 Cost.)»*, si riconoscerà la protezione in esame.

Pertanto, in questa pronuncia si è evidenziata l'inadeguatezza della sola valutazione della vulnerabilità derivante dalle condizioni del paese di provenienza del richiedente e delle conseguenze che si sarebbero verificate in caso di rientro – orientamento accolto dal primo indirizzo giurisprudenziale citato –, essendo necessario considerare la situazione complessiva del

¹²¹ Cass. 4455/2018.

richiedente, anche alla luce del livello di integrazione raggiunto¹²². La circostanza della integrazione lavorativa e sociale diventa, quindi, un elemento da comparare necessariamente alla privazione «della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale» che si verificherebbe in caso di rimpatrio.

Sembra fornire una risposta definitiva¹²³ alla rilevanza o meno della integrazione sociale e lavorativa del richiedente la Corte di cassazione Sezioni Unite nella pronuncia 24413 del 2021¹²⁴, che è stata chiamata «*a stabilire se il criterio della comparazione tra la condizione dello straniero in Italia e la condizione in cui lo straniero si troverebbe tornando nel proprio Paese di origine, sul quale si è fino ad ora fondato il giudizio di riconoscimento della tutela umanitaria, possa ritenersi ancora attuale*» (par 22).

Quest'ultima ribadisce la centralità dell'integrazione sociale come termine di comparazione per il riconoscimento della protezione umanitaria. Infatti, secondo le Sezioni Unite si deve valutare «*non solo il rischio di danni futuri – legati alle condizioni oggettive e soggettive che il migrante (ri)troverà nel Paese di origine – ma anche il rischio di un danno attuale da perdita di relazioni affettive, di professionalità maturate, di osmosi culturale riuscita*». Pertanto, se la Corte recepisce l'orientamento pregresso, inaugurato con la sent. 4455/18 sulla necessità di operare una valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al Paese di provenienza, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza (SS.UU. n. 29459/2019), precisa che «*tale valutazione comparativa dovrà essere svolta*

¹²² M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, cit., 86.

¹²³ La questione sulla rilevanza dell'integrazione conseguita ai fini della concessione della protezione umanitaria ha è stata sottoposta al vaglio delle sezioni unite, che si sono pronunciate con sentenza 29459/2019, condividendo la sentenza poc'anzi citata e dando rilievo alla integrazione sociale e lavorativa del richiedente. Infatti, esse affermano che: «*Non può, peraltro, essere riconosciuto al cittadino straniero il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari considerando, isolatamente e astrattamente, il suo livello di integrazione in Italia né il diritto può essere affermato in considerazione del contesto di generale e non specifica compromissione dei diritti umani accertato in relazione al paese di provenienza (Cass. 28 giugno 2018, n. 17072). Si prenderebbe altrimenti in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma piuttosto quella del suo paese di origine, in termini del tutto generali ed astratti, di per sé inidonea al riconoscimento della protezione umanitaria*».

¹²⁴ Per un commento v. A. DI FLORIO, *Protezione umanitaria e protezione speciale. La "vulnerabilità" dopo Cass. SU n. 24413/2021*, in *QG*, 2021, reperibile su <https://www.questionegiustizia.it/articolo/protezione-umanitaria-e-protezione-speciale>.

attribuendo alle condizioni soggettive e oggettive del richiedente nel Paese di origine un peso tanto minore quanto maggiore risulti il grado di integrazione che il richiedente dimostri di aver raggiunto nel tessuto sociale italiano». Pertanto, *«in presenza di un livello elevato d'integrazione effettiva nel nostro Paese – desumibile da indici socialmente rilevanti quali la titolarità di un rapporto di lavoro (pur se a tempo determinato, costituendo tale forma di rapporto di lavoro quella più diffusa, in questo momento storico, di accesso al mercato del lavoro), la titolarità di un rapporto locatizio, la presenza di figli che frequentino asili o scuole, la partecipazione ad attività associative radicate nel territorio di insediamento – saranno le condizioni oggettive e soggettive nel Paese di origine ad assumere una rilevanza proporzionalmente minore».* Le Sezioni Unite hanno dunque inaugurato il criterio della “comparazione attenuata”¹²⁵, spostando l’attenzione dalla condizione di vulnerabilità – come definita in precedenza – ad «un paradigma in cui è il vissuto sul territorio nazionale ad assumere un peso sempre maggiore man mano che si estrinseca, con correlato minor peso del fattore rischio di violazione dei diritti umani nel Paese di rimpatrio»¹²⁶.

La giurisprudenza successiva ha recepito in maniera uniforme la pronuncia delle SU appena descritta, come dimostra la sentenza n. 33315/21 che ha riformato una sentenza del giudice di merito per aver omesso di verificare se l’assunzione a tempo indeterminato del richiedente fosse effettiva e permettesse di fondare una valutazione positiva della integrazione del richiedente in Italia. Infatti, l’integrazione lavorativa può essere, secondo il giudice di legittimità, data non solo da un contratto a tempo indeterminato ed adeguatamente retribuito, ma anche da un contratto di lavoro a tempo determinato che, se ripetuto e costante nel tempo, è tale da permettere il mantenimento del nucleo familiare. In tale sede è stato evidenziato come l’integrazione lavorativa sia “sintomo centrale”

¹²⁵ Cass., n. 1104/2020, «è sintagma del tutto diverso da quello rappresentato dalla condizione di vulnerabilità del richiedente asilo», arrivando a concludere che «quanto più risulti accertata in giudizio (...) una situazione di particolare o eccezionale vulnerabilità, tanto più è consentito al giudice di valutare con minor rigore il *secundum comparationis*, costituito dalla situazione oggettiva del paese di rimpatrio, onde la conseguente attenuazione dei criteri – predicati, si ripete, con esclusivo riferimento alla comparazione del livello di integrazione raggiunto in Italia – rappresentati “dalla privazione della titolarità dell’esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale”».

¹²⁶ N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *QG*, 2023, III, 23.

dell'integrazione sociale del richiedente¹²⁷ e, come tale, indice significativo ai fini della valutazione della concessione del permesso per motivi umanitari¹²⁸. L'importanza attribuita dalla giurisprudenza all'attività lavorativa ai fini dell'integrazione e della protezione umanitaria, si evince a fortiori dalla considerazione che è stata ritenuta sufficiente anche la sola intenzione d'integrazione sociale. Infatti, se seria e desumibile da una pluralità di attività, l'integrazione può rilevare ai fini della protezione umanitaria, *«quantunque essa non si sia ancora concretizzata in un'attività lavorativa a tempo indeterminato, specie se si consideri che tale obiettivo presenta difficoltà non irrilevanti anche per i cittadini del paese ospitante»*¹²⁹.

Pertanto, a seguito del riconoscimento della protezione umanitaria, veniva concesso al richiedente il rispettivo permesso di soggiorno, di durata biennale¹³⁰, convertibile in permesso per motivi di lavoro e comunque rinnovabile, in presenza dei presupposti di cui all'art. 5, co. 6 TU, previo parere della Commissione territoriale.

Se la giurisprudenza ha attribuito un ruolo centrale all'integrazione sociale e lavorativa del richiedente ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, il delicato equilibrio raggiunto è stato alterato con la riforma D.L. 113/2018.

2.3 La protezione speciale dopo il D.L. n. 113/2018

L'assetto faticosamente creato viene completamente stravolto a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 113/2018 (c.d. Decreto Salvini)¹³¹, che ha soppresso la protezione umanitaria¹³², sollevando innumerevoli critiche da parte della

¹²⁷ Cassazione civile sez. I, 11/11/2022, n. 33315.

¹²⁸ V. anche Cassazione civile sez. I, 05/09/2022, n. 26089 secondo cui «Al riguardo deve essere rilevato che la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato sia il peso specifico dell'integrazione lavorativa, che delle attività formative (Cass. 7396 del 2021)».

¹²⁹ Cass. 16369/2022.

¹³⁰ La durata biennale era espressa nell'art. 6, co. 2, d.p.r. 21/2015, abrogato dal d.l. 113/2018. «2. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 1, la Commissione, se ritiene che sussistono gravi motivi di carattere umanitario trasmette gli atti al questore per il rilascio del permesso di soggiorno di durata biennale ai sensi dell'articolo 32, comma 3, del decreto».

¹³¹ Per un approfondimento sul Decreto-Legge n. 113 del 2018 v. W. CHIAROMONTE, *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il "decreto Salvini"*, in *DLRI*, 2019, 162(2), 321 ss.; A. ALGOSTINO, *Il Decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, II, 167 ss.

¹³² All'esito dell'intervento normativo, l'art. 5 co. 6 T.U.I. viene così formulato: "6. Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di

dottrina, che in primo momento si è posta anche la questione della legittimità costituzionale di tale intervento, in virtù dell'attuazione che l'art. 5 co. 6 apportava all'asilo costituzionale¹³³.

Le ragioni di tale modifica si possono almeno in parte evincere dalla circolare 4 luglio 2018 che era stata diffusa poco prima di tale intervento, circolare che ribadiva come il numero dei permessi di soggiorno per motivi umanitari fosse un numero eccessivo¹³⁴. Si registrava che le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale nell'ultimo quinquennio avessero rilasciato permessi di soggiorno per motivi umanitari per un tasso pari al 25%, a fronte del riconoscimento dello status di rifugiato per una percentuale pari al 7% e della protezione sussidiaria pari al 15%¹³⁵.

Contestualmente all'eliminazione della protezione per motivi umanitari sono stati introdotte nuove forme di protezione, quali: il permesso di soggiorno per calamità ex art. 20 bis T.U.I; il permesso di soggiorno per “atti di particolare

soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti”. Inoltre, ha abrogato la lettera c-ter dell'art. 11 regolamento di attuazione d.p.r. 394/99 e ha modificato l'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, da cui ha eliminato il richiamo all'art. 5, co. 6 TU immigrazione.

Per un approfondimento v. C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in *QG online*, 21 novembre 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/quale-sorte-per-il-permesso-di-soggiorno-umanitario-dopo-il-dl-1132018-21-11-2018.php; C. FAVILLI, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, I, 164 ss.; M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *DIC*, 2019, II, 1 ss.

¹³³ Si precisa che, l'assetto composto dalla protezione internazionale, a sua volta costituita da status di rifugiato e protezione sussidiaria, e dalla protezione per motivi umanitari attuava l'asilo costituzionale, seppur in forma minore rispetto al riconoscimento dello status di rifugiato e alla protezione sussidiaria (Per un approfondimento v. A. ALGOSTINO, *Il Decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, cit., 181), colmando la lacuna presente nel sistema derivante dalla mancata emanazione della legge attuativa dell'art. 10 co. 3 Cost. Tale interpretazione è stata altresì avallata dalla giurisprudenza di legittimità (Cass 4455/2018).

¹³⁴ Circ. Prot. n. 0008819 del 4/7/2018 del Ministro dell'interno reperibile a https://www.interno.gov.it/sites/default/files/circolare_tutela_umanitaria.pdf secondo G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, cit., 35 «la ratio apparente della novella consiste nella “anomala” sproporzione tra i numeri di riconoscimento delle protezioni tipiche e quella umanitaria». Secondo l'autore è stato confusa «l'eccezionalità dei casi con l'eccezionalità dei numeri. Come se “casi eccezionali” equivallesse a numeri limitati circoscritti, quando, invece, i casi eccezionali ben possono riscontrarsi in un numero elevato di situazioni. È proprio questa indebita confusione tra casi e numeri eccezionali che fonda la cancellazione della protezione umanitaria e il suo spaccettamento in forme predefinite ex lege».

¹³⁵ Circ. Prot. n. 0008819 del 4/7/2018 del Ministro dell'interno, 2. Per un'analisi dei dati, sia in sede amministrativa che giudiziale, v. M. GIOVANNETTI, *I perimetri incerti della tutela: la protezione internazionale nei procedimenti amministrativi e giudiziari*, in *QG online*, 3 maggio 2021, reperibile su www.questionegiustizia.it/articolo/i-perimetri-incerti-della-tutela-la-protezione-internazionale-nei-procedimenti-amministrativi-e-giudiziari.

valore civile” ex art. 42 bis T.U.I.; il permesso di soggiorno per “cure mediche” ex art. 19 co. 2 lett. D-bis T.U.I.

A questi si aggiungono i permessi per “casi speciali”, già tipizzati in precedenza, che permettono il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo per motivi di protezione sociale (ex art. 18 T.U.I.); per le vittime di violenza domestica (ex art. 18 bis T.U.I.) e per particolare sfruttamento lavorativo (ex art. 22 co. 12 quater T.U.I.), che sono rimasti invariati nella loro struttura.

Tuttavia, la misura di maggior rilievo apportata dalla riforma (dopo l’abrogazione del permesso per motivi umanitari) è l’introduzione del permesso per protezione speciale, che se nella sostanza già esisteva nei commi 1 e 1.1 dell’art. 19, dopo il 2018 può essere rilasciato direttamente dal questore, previa trasmissione degli atti dalla Commissione territoriale, in caso di non accoglimento della domanda protezione internazionale¹³⁶.

Con la sostituzione del permesso protezione umanitaria, comportante una tutela ampia, con quello per protezione speciale, il D.L. 113/ 2018 «ha lasciato un preoccupante vuoto in tutta la disciplina del diritto dell’immigrazione che, orfana della norma generale di salvaguardia dell’art. 5, co. 6 TU, si è trovata priva di uno strumento concreto di attuazione dei pur esistenti e persistenti obblighi costituzionali e internazionali»¹³⁷.

Il permesso per protezione speciale, come si vedrà nel paragrafo successivo, assumerà grande importanza nel panorama delle tutele dei migranti per motivi umanitari, a seguito dell’introduzione di nuovi presupposti per il suo rilascio, quale quelli volti alla tutela della vita familiare e privata, avvenuta con la riforma del 2020.

¹³⁶ Il permesso per protezione speciale è introdotto dal D.L. 113/18 all’art. 32 co. 3 decreto legislativo 25/2008 «Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all’articolo 19, commi 1 e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno annuale che reca la dicitura “protezione speciale”, salvo che possa disporsi l’allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga».

¹³⁷ N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in *DIC*, 2021, II, 135 vuoto che non può definirsi colmato con l’introduzione dei nuovi permessi per casi speciali. Il Presidente della Repubblica, infatti, all’atto della firma del d.l. n. 113/2018, aveva avvertito «l’obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, “restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato”, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall’art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall’Italia».

Al tempo della sua introduzione, invece, il permesso di soggiorno per protezione speciale è caratterizzato da un ambito di applicazione fortemente limitato, in quanto sostanzialmente sovrapponibile con il divieto di *refoulement* in casi di persecuzione o tortura nel paese d'origine. Invero, viene riconosciuto in presenza dei presupposti di cui all'art. 19 commi 1 e 1.1 del d.lgs. 286/1998, ossia nei casi 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, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (comma 1) e nei casi in cui esistano fondati motivi di ritenere che lo straniero rischi di essere sottoposto a tortura (comma 1.1).

Pertanto, a seguito dell'accertamento della sussistenza dei requisiti ex art. 19 co. 1 e 1.1., viene rilasciato un permesso per protezione speciale della durata di un solo anno, rinnovabile previo parere della Commissione territoriale che valuta la persistenza dei presupposti.

Questo permesso, al pari di quelli sopra esposti, consente di svolgere attività lavorativa e l'accesso ai corsi di istruzione, a parità di condizioni con i cittadini italiani¹³⁸.

Tuttavia, la precarietà derivante dal riconoscimento di tale permesso si evince non solo dalla durata – un solo anno è insufficiente a consentire un'adeguata integrazione nel territorio –, ma anche dall'impossibilità di convertirlo, alla scadenza, in permesso per motivi lavorativi¹³⁹.

In buona sostanza, l'unica possibilità per colui che è già titolare di protezione umanitaria per assicurarsi un soggiorno più stabile e una *chance* di futuro in Italia, sarà quella di convertire il permesso in permesso per motivi di lavoro (con tutte le difficoltà che si esamineranno nel capitolo successivo), per evitare la falcidia della protezione speciale, facendo così fiorire un florido mercato di contratti di lavoro falsi pur di ottenere la conversione¹⁴⁰.

2.4 La protezione speciale dopo il D.L. n. 130/2020: la tutela della vita privata

¹³⁸ Art. 32 co. 3 D.Lgs. 25/2008.

¹³⁹ Il permesso non consente nemmeno l'iscrizione al servizio sanitario nazionale.

¹⁴⁰ G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, cit., 37-38.

Il quadro normativo appena descritto è stato ancora una volta radicalmente trasformato ad opera della riforma D.L. 130/2020¹⁴¹, che ha inciso profondamente sulle tutele degli stranieri, ampliandone il contenuto.

Degno di nota per l'assoluta importanza che ne deriva, è il ripristino, seppur parziale, dei presupposti che un tempo legittimavano il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ossia «il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Infatti, tale disposizione vietava l'allontanamento del singolo dal paese di accoglienza, quando ciò avrebbe comportato la violazione degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, di cui all'articolo 5, comma 6.

Ci si rammarica che il legislatore non abbia inserito anche i “seri motivi, in particolare di carattere umanitario”¹⁴², che per la loro formulazione aperta e generica, sebbene, connotata da un certo margine di indeterminatezza¹⁴³, offrivano una tutela ad un ampio ventaglio di situazioni¹⁴⁴. A seguito quindi della parziale (re)introduzione dei presupposti della protezione umanitaria, apportata dal D.L. 130/2020, quello che una volta veniva definito come “permesso per motivi umanitari” è ora denominato “permesso per protezione speciale”.

La durata del permesso di soggiorno è stata elevata a due anni¹⁴⁵, periodo di tempo che rimane ancora molto breve rispetto alle esigenze che si configurano

¹⁴¹ Per un approfondimento sulla protezione speciale all'esito della riforma del 2020 v. E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, I, 74 ss. reperibile a www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/01/05-Rossi-FQC-1-21.pdf; N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, cit.; L. NERI, *Si fa presto a dire speciale. La protezione speciale a due anni dal decreto legge 130/2020: un istituto unitario ancora in cerca di una disciplina, un permesso di soggiorno che non può non essere convertibile*, in *DIC*, 2022, III, 123 ss.; M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per l'integrazione sociale*, cit. Per un commento più ampio v. M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

¹⁴² Terzo presupposto per la concessione della protezione umanitaria - oltre agli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, v. para. 3.2.

¹⁴³ N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, cit., 149.

¹⁴⁴ A. ALGOSTINO, *Il Decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, cit., 179.

¹⁴⁵ Ai sensi dell'art. 32 co. 3 D.lgs. 25/2008, “nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno biennale che reca la dicitura “protezione speciale””.

per una persona straniera che si trova in un territorio sconosciuto, e in presenza dello stesso, è concesso allo straniero lo svolgimento dell'attività lavorativa.

La riforma del 2020 ha inoltre modificato la disciplina di permessi di soggiorno fino ad allora ritenuti temporanei e/o non convertibili¹⁴⁶, tale per cui alla scadenza il titolare potrà convertire il permesso per protezione speciale in permesso per motivi di lavoro, qualora abbia trovato un contratto di lavoro durante il soggiorno e previo rispetto delle condizioni per il permesso di soggiorno per motivi di lavoro, e rinnovarlo.

L'effetto di queste modifiche ha reso «estremamente flessibile e tendenzialmente uniforme il sistema regolatorio del diritto al soggiorno delle persone straniere, consentendo l'adattamento giuridico alla modificazione della propria condizione conseguente all'evolversi del progetto esistenziale»¹⁴⁷.

Tuttavia, l'intervento che ha determinato la “rinascita” dell'istituto della protezione speciale, in virtù dell'ampia applicazione che ne è stata fatta dalle Commissioni territoriali e dalla giurisprudenza, è l'inserimento delle disposizioni di cui ai commi 1.1 e 1.2¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Oltre al permesso per protezione speciale, come ricorda N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, cit., 136 sono convertibili anche i «permessi per calamità, ex art. 20-bis TU, per residenza elettiva, ex art. 11, co. 1 lett. c-quater) ex d.p.r. 394/99, per acquisto cittadinanza o riconoscimento apolidia, ex art. 11, co. 1 lett. c) d.p.r. 394/99, per attività sportiva, ex art. 27, co. 1, lettera p) TU, per lavoro artistico, ex art. 27, co. 1, lettere m), n) ed o), per motivi religiosi, ex art. 5, co. 2 TU, per assistenza di minori, ex art. 31, co. 3 TU e, infine, in sede di conversione in legge è stato reso convertibile anche il permesso di soggiorno per cure mediche, ex art. 19, co. 2-bis TU».

¹⁴⁷ N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, cit., 136 ss.

¹⁴⁸ Infine, tale riforma introduce il comma 1.2, aggiungendo al percorso “tradizionale” per il rilascio della protezione speciale, uno più diretto e la cui domanda può essere finalizzata solo a quella. Invero, prima della modifica del 2020, la protezione speciale poteva essere concessa solo previa domanda di protezione internazionale. In tale sede, la commissione territoriale, accertata la mancanza dei presupposti per il rilascio della protezione internazionale, poteva, se riscontrati quelli previsti per la protezione speciale, trasmettere gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. Successivamente alla riforma del 2020, il richiedente potrà direttamente proporre domanda di protezione speciale dinanzi al Questore, che in presenza dei requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, «previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale». Secondo N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, cit., 139-140 il coinvolgimento della commissione territoriale che deve fornire il proprio parere, si coglie alla luce delle specificità della commissione stessa, in quanto organo che conosce le realtà dei Paesi di origine o di transito dei richiedenti asilo, e che si forma attraverso l'acquisizione di precise ed aggiornate fonti di informazione, diversamente dal questore che appartiene alle forze locali di pubblica sicurezza. Questione problematica è emersa a seguito dell'interpretazione della parola “permessi di soggiorno” prevista dal secondo periodo del comma 1.2, in quanto non è specificato il tipo di permesso di soggiorno a cui si

All'esito della riforma, accanto ai tre requisiti previsti all'art. 19 – divieto di respingimento quando lo straniero è oggetto di persecuzione (co. 1), divieto di espulsione quando vi sono fondati motivi di ritenere che la persona possa essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti (co 1.1), divieto di respingimento in conformità degli obblighi internazionali e costituzionali ai sensi dell'art. 5 co. 6 TUI (co. 1.1., inserito dalla riforma stessa) – è stato inserito quello che vieta il respingimento «qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare»¹⁴⁹.

La tutela della vita privata e familiare dello straniero, come ha sottolineato autorevole dottrina, evoca l'art. 8 Cedu e impone quindi di indagare, seppure brevemente, il rapporto esistente tra i due. Se da una prima lettura, si potrebbe ritenere l'inciso “diritto al rispetto della sua vita privata e familiare” come un rinvio implicito all'art. 8, comportando una sovrapposizione tra i due ambiti, una analisi più attenta invece evidenzia la mancata coincidenza tra i due.

riferisce. Ne deriva che la maggior parte della dottrina e giurisprudenza hanno interpretato che il termine si riferisce implicitamente al permesso di soggiorno per protezione speciale – atteso che il comma 1.2 si inserisce nell'art. 19 sul permesso di protezione speciale; diversa è stata la interpretazione della commissione di asilo nazionale, che poco dopo l'entrata in vigore della legge, ha chiarito come tale ipotesi ricorra nel caso in cui il questore, «“in sede di esame di un'istanza per il rilascio di un permesso di soggiorno ad altro titolo” ritenga che sussistano le condizioni di cui ai commi 1 ed 1.1 dell'art. 19 TUI e, al riguardo, chiede il “parere” della Commissione territoriale». Tale interpretazione non è stata smentita dalla circolare 19 marzo 2021 prot. 2318621 emessa dal Ministero dell'interno, sollevando ampie critiche nel settore per l'inutilità che tale interpretazione arrecherebbe alla nuova norma).

¹⁴⁹ Il terzo periodo dell'art. 19 co. 1.1 afferma: «Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, in *QG online*, 2023 reperibile su <https://www.questionegiustizia.it/articolo/protezione-speciale-zorzella> che «I quattro ambiti lungo i quali si esprimeva la protezione speciale erano senz'altro ampi, ma va innanzitutto precisato che non rappresentavano la “bontà” del legislatore italiano del 2020, bensì l'esplicitazione della preminenza di obblighi internazionali o costituzionali dello Stato raccolti in quel catalogo aperto, i quali non dovevano pertanto essere “scovati”, né dalla PA né dall'autorità giudiziaria, proprio perché erano esplicitati in un testo di legge immediatamente “visibile”».

In primo luogo, infatti, il legislatore italiano, ha optato per una tipizzazione dei criteri sulla base dei quali verificare la violazione del diritto: la natura ed effettività dei vincoli familiari, effettivo inserimento sociale in Italia, durata del soggiorno nel territorio nazionale, esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese d'origine; tipizzazione la cui applicazione non è prevista per l'art. 8 Cedu. Sono quindi diversi i termini del bilanciamento da effettuare per valutare il respingimento. Nel caso, dell'art. 8 Cedu, il bilanciamento è rigoroso, da svolgersi secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Edu sul diritto alla famiglia e alla vita privata, e si concretizza soltanto in un obbligo negativo per lo stato, rappresentato dal divieto di respingere lo straniero dal paese di accoglienza. Nel caso della protezione speciale, il giudizio di bilanciamento deve considerare i parametri esplicitati dal quarto periodo del comma 1.1 e non si limiterà a vietare l'espulsione dello straniero, ma si sostanzierà anche nell'obbligo positivo di rilasciare il permesso di soggiorno per motivi speciali. Inoltre, si osserva anche la mancata coincidenza dei limiti imposti al riconoscimento della tutela in questione: nel caso della protezione speciale, il diritto alla vita familiare e privata può essere limitato solo «per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica o di protezione della salute»; diversamente, il catalogo elaborato dalla corte di Strasburgo in riferimento all'art. 8 Cedu è più ampio, perché ricomprende anche la protezione della morale, i diritti e le libertà altrui o il benessere economico del Paese¹⁵⁰.

Ulteriore elemento a sostegno della maggiore portata dell'art. 19 rispetto alla tutela prevista dall'art. 8 Cedu, si riscontra per l'assenza dei limiti elaborati dalla corte di Strasburgo in relazione allo *status* regolare di migrante. Come si evidenzierà in seguito, la Corte ha di regola – salvo alcune eccezioni – riconosciuto il diritto di cui all'art. 8 Cedu solo alle persone straniere stabilmente residenti (*settled migrants*), distinzione che non è sancita nell'art. 19.

Pertanto, in riferimento al riconoscimento della protezione speciale, la tutela della vita familiare e della vita privata assume un significato autonomo e più esteso rispetto a quello riferito all'art. 8.

¹⁵⁰ M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, cit., 126.

Al fine di verificare se l'attività lavorativa rappresenti un elemento determinante per il riconoscimento della protezione speciale, si analizzano ora i presupposti per il rilascio della protezione in esame. Si osserva che la tutela della vita familiare e privata sembra assumere un ruolo autonomo rispetto alla condizione di vulnerabilità derivante dalle condizioni soggettive e oggettive del richiedente e del suo paese di origine, tale per cui l'accertamento dell'effettività dei vincoli familiari e dell'inserimento sociale legittima di per sé la concessione del titolo di soggiorno.

A questo risultato è giunta anche la giurisprudenza, primariamente, in una pronuncia¹⁵¹ in cui ha ritenuto il verificarsi diretto del vulnus derivante dall'allontanamento del cittadino straniero dal paese di accoglienza. Infatti, *«a fronte di una situazione di "stabile insediamento", [...] l'allontanamento può configurarsi come evento idoneo a provocare la lesione dei diritti umani fondamentali che connotano il "radicamento" dello straniero nel paese di accoglienza e dei quali il richiedente risulterebbe privato nel paese di origine. Dunque, la vulnerabilità, in questa ipotesi, può scaturire dallo "sradicamento" del cittadino straniero che, col tempo, abbia trovato nel paese ospitante una stabile condizione di vita, da intendersi riferita non solo all'inserimento lavorativo, che è indice indubbiamente significativo, ma anche ad altri ambiti relazionali rientranti nell'alveo applicativo dell'art. 8»*¹⁵².

In sostanza, sembra che con la protezione speciale di cui all'art. 19 co. 1.1 si prescinda dal giudizio di comparazione previsto per la protezione umanitaria per integrazione sociale, riconoscendo pertanto a quest'ultima una portata applicativa più ridotta rispetto a quella della protezione speciale. La dottrina sembra cogliere tale aspetto, evidenziando come i «criteri oggi delineati spostano la lente sul territorio nazionale, sull'effettività della condizione in Italia e il riferimento al Paese di origine non riguarda più il rischio di lesione dei diritti fondamentali ma la mera rilevanza di legami familiari/culturali/ sociali con esso»¹⁵³.

¹⁵¹ Si precisa che la pronuncia, tuttavia, si riferiva ad un caso di richiesta di permesso di soggiorno per motivi umanitari.

¹⁵² Corte di cassazione, ord. n. 29316/2020.

¹⁵³ N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, cit., 152.

Il principio secondo cui si deve prescindere dal giudizio di comparazione (persino quello in forma attenuata) con le condizioni oggettive e soggettive in relazione al paese di origine, trova conferma anche nella giurisprudenza successiva in tema di protezione speciale.

È stato sottolineato, infatti, che *«In tema di protezione internazionale speciale, la seconda parte del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 19, comma 1.1, come modificato dal D.L. n. 130 del 2020, convertito con l. n. 173 del 2020 – applicabile ratione temporis nel giudizio di legittimità avverso una decisione resa successivamente all'entrata in vigore della legge, quindi dal 22 ottobre 2020 – attribuisce diretto rilievo all'integrazione sociale e familiare in Italia del richiedente asilo, da valutare tenendo conto della natura e dell'effettività dei suoi vincoli familiari, del suo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno e dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine, senza che occorra procedere ad un giudizio di comparazione con le condizioni esistenti in tale paese, neppure nelle forme della comparazione attenuata con proporzionalità inversa»¹⁵⁴*. La Corte precisa, inoltre, che *«La predetta valutazione di integrazione sotto il profilo della tutela della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU va condotta in modo complessivo ed unitario, considerando complessivamente gli elementi addotti dall'interessato, che non debbono essere soppesati singolarmente, in modo quindi atomistico, ma valutati globalmente nella loro reciproca interazione»¹⁵⁵*.

In definitiva il rilievo assunto dalla tutela della vita privata e dalla integrazione sociale, che costituisce un indice imprescindibile ai fini della concessione del permesso per protezione speciale, attribuisce all'attività lavorativa un'importanza centrale.

Il lavoro, difatti, è l'elemento principe considerato dalla giurisprudenza «per affermare che vi è quel grado di integrazione “effettivo” che comporta il diritto alla protezione speciale»¹⁵⁶. Pertanto, sembra doveroso rispondere in senso affermativo alla questione della rilevanza che assume la circostanza di svolgere

¹⁵⁴ Cass. civ., sez. 6, n. 18455 del 8.6.2022. Così anche Cass. civ., sez. I, 31/03/2023, n. 9080.

¹⁵⁵ Cass. civ., sez. I, 31/03/2023, n. 9080.

¹⁵⁶ O. COLAMARTINO, «Non ho paura. Ma ormai vivo qui». La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023), in *QG*, 2023, III, 23. Insieme all'attività lavorativa, rientrano tra i fattori che denotano un buon livello di integrazione sociale, ad esempio: le relazioni sociali, culturali, politiche, il suo inserimento nella comunità territoriale, gli studi eventualmente svolti.

un'attività lavorativa ai fini della concessione del permesso per protezione speciale.

In tale ipotesi, il peso attribuito all'esistenza di un rapporto di lavoro è anche maggiore rispetto a quello conferito per il rilascio del permesso per protezione umanitaria, per effetto del superamento della comparazione tra il livello di integrazione raggiunto nel paese di accoglienza e l'insieme delle condizioni derivanti dal rientro nel paese di origine. La lesione alla vita privata deriva dallo stesso sradicamento dal paese ospitante, sradicamento che sarà tanto più lesivo, maggiore è l'integrazione raggiunta e maggiore è la stabilità lavorativa ottenuta nel paese di accoglienza.

Inoltre, se non ci sono dubbi da parte della giurisprudenza di merito sul riconoscimento della protezione speciale nei confronti di un richiedente assunto con un contratto a tempo indeterminato, con un reddito superiore ai limiti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato¹⁵⁷ e con una discreta conoscenza dell'italiano¹⁵⁸, la stessa ha ritenuto sussistente l'integrazione anche in presenza di lavori saltuari e non continuativi¹⁵⁹. Infatti, la giurisprudenza ha valorizzato: «il serio impegno per integrarsi, dimostrato attraverso la frequenza scolastica (licenza di scuola media) e di corsi di formazione professionale, qualche contratto a tempo determinato, da parte di persona partita minorennе e arrivata a 18 anni appena compiuti», «il lungo tempo di permanenza in Italia», «l'inizio di integrazione, manifestato dall'apprendimento della lingua italiana»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cfr. O. COLAMARTINO, «Non ho paura. Ma ormai vivo qui». *La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023)*, cit., 24 secondo cui l'integrazione non viene esclusa dalla modesta entità dei redditi (nei casi esaminati: tra i 4000 e i 7000 euro annui), che di per sé non è decisiva per affermare l'assenza di un sufficiente inserimento «con riferimento agli elementi da considerare per ritenere sussistente una violazione del diritto al rispetto della vita privata del richiedente, l'esiguità delle retribuzioni non costituisce un elemento dirimente al fine di escludere la sussistenza del diritto, atteso che la consistenza delle retribuzioni lavorative va apprezzata tenendo conto del graduale incremento delle stesse nel tempo, elemento che fornisce indicazioni utili in merito al consolidarsi del processo di integrazione in Italia» (Cass., sez. 6-1, ord. n. 8373/22).

¹⁵⁸ O. COLAMARTINO, «Non ho paura. Ma ormai vivo qui». *La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023)*, cit., 23.

¹⁵⁹ O. COLAMARTINO, «Non ho paura. Ma ormai vivo qui». *La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023)*, cit., 23-26.

¹⁶⁰ O. COLAMARTINO, «Non ho paura. Ma ormai vivo qui». *La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023)*, cit., 25.

Inoltre, lo svolgimento di un'attività lavorativa è di rilievo, non solo per l'importanza che la giurisprudenza gli conferisce, ma anche per la facile prova, che potrà raggiungere con la semplice allegazione del contratto di lavoro, nel giudizio in ordine alla concessione del permesso.

2.5 La protezione speciale dopo il D.L. n. 20/2023

Ancora una volta il permesso per protezione speciale viene modificato dal legislatore, che, il 10 marzo 2023 con l'art. 7 del decreto-legge n. 20/2023¹⁶¹, ha soppresso il terzo e quarto periodo del comma 1.1, che ammetteva il rilascio del permesso per protezione speciale nel caso in cui l'allontanamento dal territorio nazionale comportasse una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare¹⁶².

La nuova norma, secondo qualcuno «confusiva e mal scritta»¹⁶³, ha quindi spazzato via una importante – forse la più importante – forma di applicazione

¹⁶¹ Per un approfondimento sugli effetti prodotti dal decreto-legge n. 20/2023 ad ampio spettro v. N. Zorzella, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, in QG online, 04/04/2023, N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, cit.; G. SAVIO, *Le (apparentemente) minime modifiche alle disposizioni in materia di espulsioni apportate dal D.L. n. 20/2023*, in QG, 2023, III, 96 ss.; M. FLAMINI, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da cd. «Paesi sicuri» in seguito alle modifiche introdotte dal dl n. 20 del 2023*, in QG, 2023, III, 101 ss.; L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in QG online, reperibile su <https://www.questionegiustizia.it/articolo/immigrazione-masera>.

¹⁶² Il D.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni dalla l. 5 maggio 2023, n. 50 Ha altresì soppresso il quarto periodo «Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

Ulteriore modifica apportata dalla riforma è l'abrogazione dell'art. 19 co. 1.2 nella parte in cui prevedeva un procedimento alternativo per la concessione della protezione speciale. Questa, infatti, poteva essere riconosciuta direttamente dal questore che, investito da una richiesta di permesso di soggiorno di qualunque tipo, poteva autonomamente verificare la sussistenza dei presupposti per la protezione speciale e riconoscerla di conseguenza. Si riteneva meritevole per aver esteso le possibilità di accesso alla permanenza regolare sul territorio, anche con procedure semplificate e direttamente volte alla tutela derivante dalla protezione speciale. Non si comprendono, quindi, le ragioni della soppressione di tale procedura che, sebbene non elimini la possibilità di accedere alla protezione speciale, come accennato, offriva un'ulteriore opportunità di tutela.

Infine, la legge di conversione n. 50/2023 ha modificato l'art. 6, comma 1-bis, lett. a, TU 286/98, che prevedeva la convertibilità del permesso per protezione speciale rilasciato ai sensi dell'art. 32, comma 3, d.lgs n. 25/2008.

¹⁶³ N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, cit.

dell'istituto¹⁶⁴. Infatti, se i rischi di persecuzione o di tortura o trattamenti degradanti rappresentano delle circostanze per il rilascio della protezione speciale già in parte tutelate dall'istituto più protettivo della protezione internazionale (status di rifugiato e protezione sussidiaria), la tutela della vita familiare e privata, costituiva una ipotesi applicativa rilevante, anche alla luce dell'interpretazione che ne è stata fatta dalla giurisprudenza.

Sono facilmente immaginabili, le conseguenze negative che una simile modifica produrrà non solo sulla vita dei singoli migranti, ma sull'intero sistema fino ad ora delineato.

Sul piano delle tutele degli stranieri, si colgono i maggiori profili problematici, in quanto la protezione speciale per integrazione sociale consentiva un'ampia utilizzazione di tale permesso di soggiorno, capace di valorizzare il percorso di integrazione dello straniero nel territorio italiano e le sue aspettative esistenziali. Tale soppressione restringe fortemente le possibilità di permanere regolarmente in Italia, anche nei confronti di coloro che vi hanno vissuto per anni, destinandoli in assenza di un'ulteriore forma di protezione complementare, a vivere nella clandestinità.

Il sistema oggi vigente si compone da un lato, della protezione internazionale – saldamente ancorata per la sua derivazione europea –, della protezione temporanea – anche essa di stampo europeo, ma che per la specificità dei presupposti si è deciso di non esaminare in questo elaborato –, di altre forme di protezione, tra le quali rientra la protezione speciale in esame¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Nel comunicato della Presidenza del Consiglio del 9 marzo 2023, si afferma nella parte finale, che il decreto «definisce meglio la protezione speciale per evitare interpretazioni che portano a un suo allargamento improprio», e si aggiunge che «con norma transitoria si prevede che la nuova disciplina operi dall'entrata in vigore del decreto-legge». Ad evidenziare anche le criticità derivanti dall'assenza del carattere di necessità e urgenza che giustifica la decretazione d'urgenza. V. A. DI FLORIO, *Dalla protezione umanitaria alla protezione complementare: cos'è cambiato?*, in *QG*, 2023, III, 73 ss. in cui ha scritto il saggio «auspica che il decreto-legge non venga convertito», perché «La conseguenza di questa abrogazione sarà quella di aumentare enormemente il contenzioso e di accrescere l'area di illegalità e clandestinità dei migranti».

¹⁶⁵ Sul punto N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *QG*, 2023, III, 11 che riassume: «Per effetto di quegli interventi, attualmente la protezione speciale parrebbe riconoscibile solo all'interno della procedura di protezione internazionale e solo rispetto a tre (e non più quattro) ambiti, riferibili ai rischi persecutori (comma 1) o di tortura o di trattamenti inumani e degradanti o in riferimento agli obblighi internazionali o nazionali dello Stato (comma 1.1, prima parte)».

Quest'ultima, all'esito della riforma che la ha modificata, e le altre forme di protezione, connotate da presupposti restrittivi, lasceranno molteplici situazioni di vulnerabilità scoperte da ogni tipo di protezione.

Secondo una certa dottrina, il D.L. 20/2023 in esame non lascerà del tutto sprovviste di tutela le ipotesi appena accennate, in quanto non comprometterà il diritto al rispetto della vita privata e familiare, che trovano il loro fondamento nelle fonti sovraordinate degli artt. 8 CEDU e 29, 30 e 31 della Costituzione¹⁶⁶. L'art. 19 al comma 1.1, infatti, prevede tra i presupposti per il riconoscimento della protezione speciale quello – introdotto con la riforma del 2020 e al momento non ancora soppresso¹⁶⁷ – riguardante il divieto di respingimento qualora «ricorranò gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6»¹⁶⁸.

Ne deriva che le situazioni nelle quali la giurisprudenza di merito e di legittimità ha riscontrato i presupposti per la protezione umanitaria e per la protezione sociale (dopo l'intervento del 2020 ma riferita al secondo periodo del co. 1.1) sono pertanto sovrapponibili a quelle in cui viene riconosciuta la protezione speciale attuale, risultante dalla riforma del 2023.

Pertanto, il diritto al rispetto della vita privata e familiare è tutt'oggi «pienamente riconoscibile perché compreso nell'art. 5, co. 6 TUI, sopravvissuto alla scure del 10 marzo 2023»¹⁶⁹, che dà piena attuazione a tutti gli obblighi costituzionali o internazionali, tra i quali il diritto in esame.

Ne discende la persistente attualità e applicabilità della giurisprudenza che si è pronunciata in tema di integrazione sociale e lavorativa ai fini del rilascio del permesso di soggiorno per protezione umanitaria in applicazione degli obblighi costituzionali e internazionali, quale l'art. 8 CEDU. In altri termini, la conservazione del disposto sul rispetto degli obblighi di cui all'art. 5 co. 6 TUI

¹⁶⁶ N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, cit., gli articoli della cost. sono limitati alla vita familiare. V. N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, cit., 18.

¹⁶⁷ Atto Camera: 162 proposto dall'On. Iezzi ed altri: "Modifiche al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, in materia di permesso di soggiorno per motivi umanitari, di disciplina dei casi speciali di permesso di soggiorno temporaneo per esigenze di carattere umanitario nonché di divieti di espulsione e respingimento" che propone all'art. 1 di sopprimere le parole: «fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» attualmente presenti nell'art. 5 co. 6 TUI.

¹⁶⁸ Art. 19 co. 1.1 T.U.I.

¹⁶⁹ N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, cit., 3.

implica la necessità di valutare – e nel caso non autorizzare – il provvedimento di espulsione dello straniero quando questo violi il suo diritto alla vita privata e familiare.

Appare allora necessario, in primo luogo, soffermarsi sulla nozione di vita privata – di interesse in questa sede – al fine di verificare se e in quali termini l'esistenza di un rapporto di lavoro, possa rientrare in tale nozione e se possa legittimare la concessione del permesso di soggiorno per protezione speciale, alla luce delle modifiche introdotte di recente.

Secondo la giurisprudenza della Corte Edu la nozione di vita privata «è un concetto ampio che non si presta a una definizione esaustiva», tuttavia questo non ricomprende solo la sfera intima di una persona, bensì tutto quel «*network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being*» (Corte Edu, *Slivenko v. Latvia*, cit., par. 96; in senso analogo, *Butt v. Norway*, App. No. 47017/09, 14 dicembre 2012, par. 67) che lo straniero ha creato nella società di accoglienza¹⁷⁰.

La nozione di “vita privata” sembra quindi includere anche le attività di carattere professionale¹⁷¹. Infatti, come la Corte ha stabilito, rientra nella nozione ai sensi dell'art. 8 Cedu «*il diritto di un individuo di formare e sviluppare relazioni con altri esseri umani, comprese le relazioni di natura professionale o commerciale*»¹⁷², proprio perché «è nel corso della vita lavorativa che la

¹⁷⁰ Secondo la *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, 2021, reperibile a https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/guida_cedu_articolo8_agg31ago2021.pdf i valori sottesi alla vita privata tutelata dall'art. 8 CEDU «comprendono, inter alia, il benessere e la dignità (*Beizaras e Levickas c. Lituania*, § 117), lo sviluppo della personalità (*Von Hannover c. Germania* (n. 2) [GC], § 95) o il diritto all'autodeterminazione (*Pretty c. Regno Unito*, § 61;), l'integrità fisica (*J.L. c. Italia*, § 118) e psicologica (*Vavříčka e altri c. Repubblica ceca* [GC], § 261; *Söderman c. Svezia*, [GC], § 80), le relazioni con altri esseri umani (*Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], § 159, *Couderc e Hachette Filipacchi Associés c. Francia* [GC], § 83), e il diritto al rispetto della decisione sia di diventare genitori che di non diventarlo (*A, B e C c. Irlanda* [GC], § 212); aspetti dell'identità sociale (*Mikulić c. Croazia*, § 53, compresi i legami affettivi creatisi e sviluppatisi tra un adulto e un minore in situazioni diverse da quelle classiche di consanguineità, *Jessica Marchi c. Italia*, § 62), la protezione dei dati personali¹⁵ (*M.L. e W.W. c. Germania*, § 87; *Liebscher c. Austria*, § 31, compresi i dati pubblicati dall'Autorità fiscale: *L.B. c. Ungheria*, § 23) e dell'immagine di una persona (*Reklos e Da-vourlis c. Grecia*, § 38)». Si trova calzante la riflessione di O. COLAMARTINO, «*Non ho paura. Ma ormai vivo qui*». *La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023)*, cit., 6 secondo cui «La migliore sintesi di questo complesso di elementi l'ha offerta un giovane richiedente asilo: all'usuale domanda rivolta in sede di audizione, riguardo ai pericoli temuti in caso di rimpatrio, egli risponde «Non ho paura. Ma ormai vivo qui!».

¹⁷¹ *Bărbulescu c. Romania* [GC], § 71; *Fernández Martínez c. Spagna* [GC], §§ 109-110

¹⁷² *C. c. Belgio*, § 25; *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, § 165.

maggior parte delle persone ha significative opportunità di sviluppare rapporti con il mondo esterno»¹⁷³. Pertanto, è possibile ritenere che l'esistenza di un rapporto di lavoro tra lo straniero e un cittadino italiano possa rientrare nella nozione di vita privata, in quanto espressione di una relazione sociale degna di essere tutelata.

Tuttavia, va ribadito che il riconoscimento della vita privata non comporta automaticamente il diritto di risiedere nello Stato ospite per conservare i legami sociali ed economici creati. Infatti, come ha affermato la giurisprudenza nazionale *«Deve altresì tenersi presente che il rispetto della vita privata e familiare non si configura come diritto assoluto, ma bilanciabile su base legale con una serie di altri valori, espressamente indicati dall'art 19 cit. tutelando non soltanto le relazioni familiari, ma anche quelle affettive e sociali e le relazioni lavorative ed economiche, le quali pure concorrono a comporre la vita privata di una persona, rendendola irripetibile, nella molteplicità dei suoi aspetti, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (Cass.n. 7861 del 10/03/2022)»¹⁷⁴.*

Secondo una certa dottrina, ciò che consegue all'art. 7 d.l. n. 20/2023 è per lo più l'eliminazione dei criteri previsti dal quarto periodo dell'art. 19 co. 1.1 *«attraverso i quali il legislatore del 2020 intendeva guidare la pubblica autorità, amministrativa o giudiziale, nel riconoscimento del diritto, per evitare discrezionalità interpretative e applicative e per maggiore coerenza con l'ordinamento italiano»¹⁷⁵.*

Tale soppressione solleva l'importante questione sui termini di bilanciamento che entrano in gioco per la salvaguardia della vita privata. Infatti, se alla luce della giurisprudenza esaminata in riferimento al permesso di soggiorno per protezione umanitaria, il giudizio sulla sussistenza delle condizioni per il riconoscimento della protezione si è evoluto fino a ritenere sufficiente una comparazione attenuata, che valuta come centrale il livello di integrazione del soggetto, sminuendo la potenziale lesione dei diritti fondamentali in caso di rimpatrio nel paese di provenienza, l'introduzione ad opera della riforma del

¹⁷³ Niemietz c. Germania, § 29; Bărbulescu c. Romania [GC], § 71 e i rinvii ivi citati; Antović e Mirković c. Montenegro, § 42.

¹⁷⁴ Cass. civ., sez. I, 31/01/2023, n. 2874. In termini anche Cass., n. 22508/2023.

¹⁷⁵ N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, cit., 3.

2020 dei parametri *ex art.* 19, aveva reso superfluo qualsiasi giudizio di comparazione.

La protezione speciale veniva, difatti, rilasciata a seguito dello stesso accertamento della tutela del diritto alla vita privata, la cui lesione si sarebbe verificata in virtù della stessa espulsione.

Lo scenario in relazione al superamento del giudizio di comparazione, anche a seguito della abrogazione dei criteri apportata dal legislatore del 2023, non sembra mutato. Tanto è vero che, anche in tale caso, «non potrà più essere applicato il paradigma della comparazione, né rigida né mobile, ma dovrà essere effettuato il solo bilanciamento tra quei criteri e le esigenze dello Stato indicate nella norma convenzionale»¹⁷⁶.

Tuttavia, come si è già evidenziato sopra, il bilanciamento in conformità della giurisprudenza della Corte Edu risulta più rigoroso e restrittivo di quello effettuabile ai sensi dell'art. 19 co. 1.1, terzo e quarto periodo, ora abrogati, portando quindi ad una restrizione delle tutele del richiedente protezione.

Tale diritto, nell'interpretazione della Corte Edu, è il risultato di un delicato bilanciamento di interessi confliggenti: da un lato, «il diritto dello straniero alla propria vita privata e/o familiare e, dall'altro, l'interesse dello Stato a perseguire un interesse legittimo e, segnatamente in materia migratoria, la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e il benessere economico della comunità statuale, cui è ricondotto il controllo dell'immigrazione»¹⁷⁷. Ne deriva che il diritto a risiedere nello Stato di accoglienza può essere concesso solo all'esito di tale bilanciamento.

Questa prima osservazione merita di essere sottolineata, perché limita il diritto alla vita privata dello straniero, limite che nell'art. 19 co. 1.1 ante-riforma 2023 era meno stringente (v. para. 2.4).

¹⁷⁶ N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, cit., 24.

¹⁷⁷ M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, in *DIC*, 2021, I, 95. Infatti, l'art. 8 co 1 trova un contemperamento in relazione al comma 2 che prevede la limitazione del diritto in caso di tutela dell'ordine pubblico o sicurezza. Pertanto, il provvedimento di espulsione, che sottende questi ultimi interessi, può in certi casi prevalere sul diritto alla vita privata e familiare a condizione che tale ingerenza nei confronti del diritto «sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Ulteriore elemento che induce a ritenere più ridotto lo spazio dedicato alla tutela della vita privata ex art. 8 Cedu rispetto a quanto prevedeva la protezione speciale per integrazione sociale, riguarda lo *status* di soggiornante in cui si trova lo straniero nello Stato ospitante¹⁷⁸. Infatti, la giurisprudenza di Strasburgo se ha ritenuto in diversi casi di tutelare la vita familiare e privata dello straniero regolarmente soggiornante e nei cui confronti sia stato disposto l'allontanamento in seguito ad una condanna penale, solo raramente è giunta al medesimo risultato in relazione ai migranti irregolarmente presenti sul territorio¹⁷⁹.

La Corte valuta la possibilità di riconoscere un diritto di residenza a un cittadino straniero nelle more di un soggiorno irregolare, solo nel caso in cui tale soggiorno sia stato in qualche modo "tollerato" dallo Stato ospitante. Sul punto, la Corte Edu afferma che «*Quando uno Stato contraente tollera la presenza di uno straniero sul suo territorio, consentendogli di attendere una decisione su una domanda di permesso di soggiorno, un ricorso contro tale decisione o una nuova domanda di permesso di soggiorno, tale Stato contraente consente allo straniero di partecipare alla società del Paese ospitante, di stringere relazioni e di crearsi una famiglia*»¹⁸⁰.

*

¹⁷⁸ Di opinione contraria è N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *QG*, III, 2023, 20 secondo cui «Tuttavia, quei limiti di applicazione non possono valere nell'ordinamento italiano, innanzitutto perché confliggerebbero con i divieti generali di espulsione di cui all'art. 19 e con l'obbligo positivo di cui all'art. 5, comma 6, TU 286/98, i quali non presentano nell'ordinamento italiano nessuna condizione soggettiva di applicazione, perché, come già detto, rappresentano norme di chiusura della complessiva regolamentazione della condizione giuridica delle persone straniere, di per sé derogatorie alla disciplina ordinaria e dunque limite per il potere statale, confermato dall'art. 2 TU, anche in relazione all'art. 8 Cedu».

¹⁷⁹ Diversa è la tutela per gli stranieri irregolari ad insaputa dello stato, che essendo consapevoli della loro condizione di precarietà, non sono meritevoli di tutela per la corte i legami creati durante tali condizioni. di una molteplicità di fattori rivolti alla vita privata che si è costruito nello stato ospite: «la misura in cui la vita privata sarebbe effettivamente compromessa dall'allontanamento, l'esistenza di legami nello Stato di accoglienza, la presenza di ostacoli insormontabili al godimento della vita privata nel Paese di origine, la presenza di considerazioni legate al controllo dell'immigrazione o di ordine pubblico che depongono a favore dell'allontanamento» (M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, cit., 105). V. anche M. FERRI, *La tutela del diritto alla vita privata quale limite all'allontanamento dello straniero derivante dal diritto dell'Unione europea. Note a margine del d. l. 20/2023*, in *Eurojus*, 2023, II, 21 e 22.

¹⁸⁰ Corte EDU (Grande Camera), *Jeunesse v. the Netherlands*, App. No. 12738/10, 3 ottobre 2014, par. 103. Anche se la corte ribadisce quanto che «ciò non implica automaticamente che le autorità dello Stato contraente interessato siano di conseguenza obbligate, ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, a consentire allo straniero di stabilirsi nel proprio Paese».

Dalla disamina appena effettuata si evince che se ancora oggi, il rimpatrio in sé «può rappresentare rischio di violazione del diritto alla vita privata e familiare nella misura in cui sradica la persona straniera dalla vita di relazione costruita nella comunità italiana», il margine per il riconoscimento del diritto alla vita privata *ex art. 8 Cedu* per i richiedenti della protezione speciale (art. 19 co. 1.1. in attuazione dell'art. 5 co. 6 T.U.I.), sembra essere un po' più ridotto.

Ad ogni modo, lo svolgimento di un'attività lavorativa rappresenta, anche dopo la riforma del 2023, un indice determinante per la valutazione dell'integrazione raggiunta dal richiedente nel paese ospitante e, dunque, un ruolo decisivo ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, anche se tale rilascio non verrà più valutato secondo i criteri elaborati dal legislatore del 2020.

Se questo attribuisce alla giurisprudenza italiana un ruolo chiave nella protezione delle situazioni di integrazione effettiva, consentendo alla stessa di allargare le maglie dei presupposti per la concessione del permesso di soggiorno e di valorizzare l'elemento lavorativo; dall'altra, la rilevanza della attività lavorativa ai fini della concessione del permesso di soggiorno pone il lavoratore in una condizione di "dipendenza" verso la prima, dipendenza che esula da quella strettamente definita dalla subordinazione, conferendo al datore di lavoro un potere che va oltre il rapporto di lavoro.

CAPITOLO 2

La condizione di “dipendenza” dello straniero migrante per motivi economici

1. Un quadro di insieme: il migrante economico

La analisi dedicata alla migrazione per motivi umanitari, oggetto del precedente capitolo, costituisce solo una parte della platea di soggetti ascrivibili alla categoria dei migranti, categoria che diversifica il correlativo *status* in relazione alle motivazioni che inducono le persone a lasciare il proprio paese di origine.

Tra i migranti, assumono particolare importanza quelli economici, ossia coloro che abbandonano il proprio paese per ragioni economiche, al fine di cercare di migliorare le proprie condizioni di vita, attraverso l'incremento dei mezzi di sostentamento¹.

Si registra, sul punto, che il lavoro costituisce il motore principale del progetto migratorio per gli stranieri, come si evince dai dati sul tema (56,3% migra per motivi economici), insieme a quello per motivi familiari (40,3%)².

Tra gli stranieri immigrati in Italia risulta che solo 10 mila, ossia il 9,7%, sono i permessi di soggiorno per motivi lavorativi a loro concessi, rispetto al 58,5% (62 mila) di permessi rilasciati per motivi familiari e del 31,9% (34 mila) per altre

¹ V. Anche <https://www.emnitalyncp.it/definizione/migrante-economico/>.

² Comunicato stampa ISTAT, *Stranieri e naturalizzati nel mercato del lavoro italiano* del 3 febbraio 2023, 2. Tale ricerca è svolta nell'ambito della *Rilevazione sulle forze di lavoro*, che è un'indagine campionaria condotta mediante interviste alle famiglie, il cui obiettivo primario è la stima dei principali aggregati dell'offerta di lavoro, occupati e disoccupati il cui periodo di riferimento è il 2021. Tale indagine rivela che rappresenta il motivo determinante per gli uomini (51,3% tra i naturalizzati e 71,1% tra gli stranieri), diversamente per le donne la motivazione principale che le spinge a migrare è quella familiare (64,6% e 53,4% rispettivamente). Un altro rapporto DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura di), XII Rapporto annuale, *Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, 2022, 40 evidenzia che tra gli arrivi in Italia per motivazioni lavorative il 51,6% del totale e per motivazioni familiari rispettivamente 38,2% del totale.

motivazioni³. A livello territoriale, la Lombardia è la regione con il più alto numero di permessi di soggiorno rilasciati (nel 2020, 27 mila)⁴.

I migranti economici risultano in proporzioni differenti a seconda della cittadinanza che si considera, infatti, tra gli uomini che emigrano per motivi di lavoro, c'è un'elevata percentuale di bangladesi e indiani (80%), mentre tra le nazionalità delle donne lavoratrici sono più diffuse la cittadinanza ucraina (74,5%) e quella filippina (66,9%)⁵.

Tra i migranti che arrivano nel territorio italiano e vi risiedono, si rileva un elevato tasso di occupazione, tradizionalmente superiore a quello degli italiani nati in Italia⁶, dato che dimostra la capacità di assorbimento della loro presenza nel mercato del lavoro. Infatti, nel 2021 sono stati attivati 2.123.782 rapporti di lavoro con lavoratori stranieri, di cui 1.547.631 extracomunitari, numero cresciuto di 8,6 punti percentuali rispetto all'anno precedente⁷ e tale da determinare un'incidenza degli occupati stranieri pari al 10,0% del totale degli occupati⁸.

La manodopera straniera non si distribuisce uniformemente nel mercato del lavoro, ma vede un'alta concentrazione di contratti di lavoro nell'ambito dell'Agricoltura (38,0%) cui seguono, nell'ordine, Costruzioni (25,3%),

³ DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura), XII Rapporto annuale, *Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., 14. La rilevanza della migrazione per motivi economici si evince anche dal fatto che nel 2019 gli Stati membri dell'UE hanno rilasciato oltre tre milioni di primi permessi di soggiorno a cittadini di paesi terzi, di cui più di un milione per motivi di lavoro.

⁴ DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura), XII Rapporto annuale, cit., 15. Seguono «il Lazio (12 mila) e il Veneto (10 mila). Il Piemonte, il Lazio e il Veneto sono le Regioni con le più alte incidenze di permessi di lunga durata (oltre un anno), rispettivamente, 57,9%, 54,8% e 52,2%. All'opposto, in Molise, Calabria e Abruzzo si registrano le più alte quote di permessi di soggiorno con durata fino a sei mesi, rispettivamente 48,8%, 40,9% e 39,5%».

⁵ Ibidem.

⁶ Comunicato stampa ISTAT, *Stranieri e naturalizzati nel mercato del lavoro italiano*, cit., 3. Solo a seguito della crisi generata dall'emergenza sanitaria del 2020 e per la prima volta da quando è disponibile il dato, il tasso di occupazione tra gli stranieri è stato inferiore a quello degli italiani.

⁷ DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura), XII Rapporto annuale, *Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., 44. Tale dato è stato rilevato dal Sistema Informativo Statistico delle Comunicazioni Obbligatorie: nella cifra complessiva, 576.151 hanno riguardato lavoratori comunitari (27,1% del totale). Sul punto, si stima che 2 milioni 657 mila sia il numero di extracomunitari in età da lavoro nel mercato del lavoro, pari a circa il 10% della popolazione residente in Italia.

⁸ DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura), XII Rapporto annuale, cit., 32 quella dei disoccupati è pari al 16,0% e quella degli inattivi ammonta al 9,3%.

Industria in senso stretto (21,0%), Altre attività nei Servizi (14,5%) e Commercio e riparazioni (12,6% del totale).

Anche tra le forme contrattuali, si registra una certa disomogeneità con un'elevata incidenza delle forme di contratto a tempo determinato (67,6%) rispetto a quelli a tempo indeterminato (24,0 %)⁹.

Tra le tipologie di rapporto instaurate, emerge inoltre che gli stranieri lavorano prevalentemente alle dipendenze di un datore di lavoro, superando, in molte comunità straniere, la quota del 90% di occupati dipendenti (emergono gli occupati filippini che presentano la percentuale maggiore, pari al 96,5%)¹⁰.

Dai dati statistici presenti, emerge quindi una generale condizione di svantaggio degli stranieri, sia per i settori in cui vengono occupati – dove le condizioni sono più dure, si richiede un maggior sforzo fisico e una disponibilità allo straordinario e turni e dove è maggiore il rischio di infortuni¹¹ –, creando una segmentazione del mercato del lavoro, sia per le forme contrattuali – per lo più temporanee – in cui sono impiegati. Tale condizione si riflette anche sulla difficoltà ad ottenere un lavoro adeguato rispetto alle competenze possedute. Si evidenzia infatti che gli stranieri sono più spesso impiegati nei settori a bassa qualificazione, come quello dei servizi alle famiglie (rispettivamente il 18,5% contro l'1% degli italiani dalla nascita) e quasi un terzo (31,5%) svolge professioni non qualificate (8,2% tra gli autoctoni)¹².

Tale segmentazione nel mercato del lavoro non è attenuata nemmeno se lo straniero possiede un titolo di studio elevato, in quanto soltanto il 38,4% degli

⁹ DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura), XII Rapporto annuale, cit., 47. In riferimento all'anno 2021, la domanda per i cittadini stranieri è per lo più a carattere temporaneo e «rispetto al 2020 si osserva un decremento tendenziale delle attivazioni a tempo indeterminato pari a -13,0% nel caso dei cittadini extracomunitari e pari a -7,8% nel caso dei comunitari. All'opposto si registra una crescita assai consistente dell'apprendistato (+43,1% per gli Extra UE e +26,8% per gli UE%) e delle tipologie classificate in altro (+36,2% per gli Extra UE e +27,2% per gli UE), oltre che del tempo determinato e delle collaborazioni».

¹⁰ DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura), XII Rapporto annuale, cit., 37. Diversamente, prevalgono tra gli occupati indipendenti i cinesi, con la percentuale più alta, pari al 44,4%, seguiti dagli egiziani (28,9%) e dai bangladesi (20,9%).

¹¹ E. REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, Torino, 2005, 46.

¹² Comunicato stampa ISTAT, *Stranieri e naturalizzati nel mercato del lavoro italiano*, cit., 6. Secondo il rapporto «Solo il 7,9% degli stranieri svolge una professione qualificata, rispetto al 38,1% degli italiani dalla nascita e al 21,1% dei naturalizzati».

occupati stranieri laureati svolge una professione qualificata (contro l'81% degli italiani dalla nascita) e il 17,7% ha impiego non qualificato (rispetto a 0,6%)¹³.

Dalla lettura dei dati appena effettuata, è possibile delineare i tratti caratteristici dello straniero extracomunitario che fa ingresso in Italia per motivi lavorativi. Questo risulta essere un lavoratore giovane, occupato tendenzialmente nei settori a bassa qualificazione – e comunque utilizzato per svolgere attività che richiedono competenze minori rispetto a quelle da lui possedute –, in un rapporto di lavoro subordinato con un contratto di lavoro atipico e temporaneo¹⁴.

Alla luce di tale quadro e data la rilevanza del fenomeno delle migrazioni per motivi economici – anche sotto l'aspetto numerico, che si ricorda essere, pari alla metà degli ingressi stranieri in Italia –, si desidera ora analizzare la normativa – a partire da quella sovranazionale – che regola l'ingresso e la permanenza del lavoratore extracomunitario.

2. Il sistema multilivello in materia di migrazioni economiche

2.1 Segue. La disciplina internazionale in tema di migrazioni economiche

Come già affrontato precedentemente (v. *infra*. Cap. 1), il tema delle migrazioni, per la sua portata transnazionale e globale, ha coinvolto anche il legislatore internazionale, che è intervenuto in merito, senza elaborare, però, un sistema normativo unitario¹⁵. Ai fini della presente trattazione, occorre quindi

¹³ Comunicato stampa ISTAT, *Stranieri e naturalizzati nel mercato del lavoro italiano*, cit., 6. Dalla lettura dei dati del DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura di), XII Rapporto annuale, cit., si evince come i Paesi che presentano le quote più elevate di occupati con un titolo di studio basso, fino alla licenza media, sono la Repubblica Popolare Cinese, che raggiunge il valore più elevato e pari all'81%, seguita dal Pakistan (74,1%), dal Marocco (74,0%), dal Bangladesh (71,2%), dall'India (70,8%) e dal Ghana (70%). L'incidenza maggiore di diplomati si registra nella comunità dell'Ecuador, dove più della metà degli occupati (52,7%) ha conseguito questo titolo di studio; valori maggiori al 40% si registrano per le comunità del Perù (48,1%), dell'Ucraina (47%), dell'Egitto (46,1%) e della Moldavia (45,7%). Gli occupati ucraini presentano la percentuale più alta di laureati, pari al 23,9%, a seguire i moldavi, i cui laureati rappresentano il 17,8% del totale degli occupati, e gli egiziani che si attestano al 10,4% di occupati in possesso della laurea. I valori più bassi si registrano per la Repubblica Popolare Cinese, con il 2,6% di occupati laureati e il Ghana che presenta il valore più basso tra le comunità considerate, pari all'1,7%.

¹⁴ V. sul punto M. AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza, Milano, 2020.

¹⁵ W. CHIAROMONTE, *Lavoro diritti sociali degli stranieri. Il governo dell'immigrazione economiche in Italia e in Europa* Giappichelli, Torino, 2013, 11, V. anche M. BORZAGA, *Le migrazioni per motivi umanitari e per motivi economici nel quadro regolativo internazionale* in

ripercorrere solo sommariamente le principali norme internazionali in materia di migrazioni economiche, che hanno introdotto una serie di tutele nei confronti dei lavoratori migranti¹⁶.

Tra gli attori ad assumere un ruolo istituzionale nella promozione e rafforzamento dei diritti dei lavoratori, va menzionata l'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Questa è stata istituita nel 1919 con la parte XIII del Trattato di Versailles e contestualmente il suo fondamento e la regolazione del suo funzionamento sono stati elaborati in una c.d. Costituzione, che insieme alla Dichiarazione di Filadelfia e ad una serie di Convenzioni, Raccomandazioni e Protocolli delinea il corpus normativo dell'OIL.

Tra i provvedimenti normativi focalizzati sui lavoratori migranti assumono particolare importanza le convenzioni n. 97 del 1949¹⁷ e n. 143 del 1975¹⁸, entrambe ratificate dall'Italia¹⁹.

La prima, inerente ai lavoratori migranti a cui sono annessi tre allegati²⁰, prevede una serie di diritti con finalità di assistenza e di aiuto, la tutela della salute e il

W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2020, 29 ss.

¹⁶ Per un approfondimento sul tema v. A. PERULLI, V. BRINO, *Diritto internazionale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023; AA.VV., *Lavoratore extracomunitario di integrazione europea: profili giuridici*, Cacucci, Bari, 2007.

¹⁷ Denominata “Convenzione sui lavoratori emigranti (riveduta)”, in quanto revisiona la *Convenzione sui lavoratori emigranti del 1939*. Si rammenta, infatti, che l'Oil aveva già adottato una serie di norme sovranazionali sui migranti prima delle convenzioni citate, si fa in particolare riferimento alla convenzione 66 del 1939 *Migration for Employment Convention*, che tuttavia non entrò mai in vigore, e delle correlate raccomandazioni numero 61 e 62 del 1939 rispettivamente *Migration for Employment Recommendation* e *Migration for Employment (co operation between States) Recommendation*, in aggiunta a molte altre che non si citano in questa sede perché non sono focalizzate unicamente sui lavoratori migranti. V. S. TOZZOLI, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relativi alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, Torino, 2005, 66-67.

¹⁸ Denominata “Convenzione sui lavoratori migranti (disposizioni complementari)”, 1975.

¹⁹ Le convenzioni dell'OIL sono dei trattati internazionali sottoposti alla ratifica degli Stati membri e, una volta ratificate, devono essere trasposte nella legislazione nazionale. La prima è stata ratificata dall'Italia il 22/10/1952 con L. 02/08/1952, n. 1305; la seconda il 23/06/1981 con L. 10/04/1981, n. 158. Per un approfondimento sull'influenza che tali convenzioni hanno esercitato sull'Italia si v. B. DE MOZZI, *Le convenzioni OIL in materia di lavoratori migranti: quale impatto per l'Italia?*, in L. MECHI E A. SITZIA (a cura di), *Cento anni nell'Organizzazione internazionale del lavoro: prospettive storiche e giuridiche sulla partecipazione italiana*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023, 285 ss.

²⁰ Sono denominati: “Reclutamento, collocamento e condizioni di lavoro dei lavoratori emigranti che non sono reclutati in virtù di accordi relativi ad emigrazioni collettive stipulati con controllo governativo”; “Reclutamento, collocamento e condizioni di lavoro dei lavoratori emigranti che sono reclutati in virtù di accordi relativi a emigrazioni collettive stipulati con controllo

principio di non discriminazione. Tale principio, sebbene sia in tale Convenzione limitato ai soli migranti regolari, ha un ambito di applicazione molto esteso, in quanto prende direttamente in considerazione anche la remunerazione e l'assistenza sociale, l'ambito fiscale e contributivo e l'accesso alla giustizia²¹. Tuttavia, viene impedita l'estensione del principio ai rapporti interprivati, limitandone l'applicazione al solo profilo pubblicistico. Conseguenza di ciò, è l'ammissione dell'ingresso di immigrati nel mercato del lavoro a condizioni inferiori a quelle dei cittadini italiani, ponendo dunque a disposizione delle imprese manodopera a costo più basso²².

La Convenzione in esame ha avuto un enorme successo per l'elevato numero di ratifiche effettuate da molti stati membri dell'OIL, anche per la possibilità ad essi riconosciuta di escludere parti della Convenzione senza impedirne la ratifica. Ne deriva che la Convenzione rappresenta «la regolamentazione del fenomeno migratorio ad oggi più largamente condivisa»²³.

Collegata alla Convenzione appena esaminata, è la Convenzione n. 143 del 1975, denominata “Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti”. A differenza della precedente, questa dedica un ampio spazio al tema del contrasto all'immigrazione irregolare (Parte I), imponendo agli Stati di sopprimere le migrazioni clandestine e l'occupazione illegale di lavoratori migranti, nonché adottare le disposizioni opportune contro gli organizzatori di movimenti illeciti o clandestini di lavoratori migranti. L'attenzione per il contrasto all'immigrazione illegale si spiega alla luce del contesto storico politico degli anni 70, periodo in cui la recessione economica aveva portato ad un minore bisogno di manodopera straniera, e quindi al diffondersi tra gli Stati di politiche restrittive in materia di immigrazione²⁴.

governativo” e “Importazione degli effetti personali, degli utensili e dell'equipaggiamento dei lavoratori migranti”.

²¹ Si osserva inoltre, che in tale occasione viene superata la condizione di reciprocità a cui era subordinata l'efficacia del principio di parità di trattamento presente nella conv. 66/1939.

²² S. TOZZOLI, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, cit., 70. In altre, parole, laddove viene lasciato spazio all'autonomia delle parti, queste possono introdurre le condizioni che desiderano, anche inferiori.

²³ S. TOZZOLI, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, cit., 69.

²⁴ S. TOZZOLI, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, cit., 71. L'autrice evidenzia come «la linea di

Tuttavia sono due gli elementi su cui si vuole porre l'attenzione: l'art. 8, secondo il quale la perdita del lavoro non può comportare la perdita del permesso di soggiorno e quindi di per sé lo *status* di migrante regolare, che avrà diretto recepimento nella normativa italiana; e la parte II, dedicata alla parità di trattamento e di opportunità, che ne accoglie una nozione molto ampia, perché non solo estesa alla «materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive» e non più solo limitata ai migranti regolari (art. 9), ma anche applicabile ai rapporti interprivati. Tuttavia, se tale modifica è da accogliere come un avanzamento di tutele per i lavoratori migranti, dall'altro, la reale intenzione sottesa a tale estensione è la volontà di proteggere i lavoratori locali, vietando l'utilizzo di manodopera straniera a costi più bassi²⁵.

Infatti, è da ribadire come le politiche adottate dall'Oil in origine si prefiggevano l'obiettivo di preservare la competitività tra i paesi con l'adozione di standard giuslavoristici internazionali. Fu solo in un secondo momento, e in particolare a seguito della dichiarazione di Filadelfia entrata poi a far parte della Costituzione OIL, che si è posto il fine di tutelare i lavoratori²⁶.

Espressione di tale mutamento di rotta sono i *core labour standards*²⁷, enucleati nella “Dichiarazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e suoi seguiti” del 18 giugno 1998 e che trovano espressione in otto Convenzioni fondamentali. L'importanza di tali principi risiede nella circostanza che ne impone il rispetto – sebbene siano atti di soft law – a tutti gli Stati membri dell'Organizzazione, a prescindere quindi dallo strumento della ratifica²⁸. Infatti, è precisato al punto 2 della Dichiarazione che

intervento dell'Oil si sposta dalla creazione di condizioni per favorire l'immigrazione alla presa d'atto della necessità di evitare “*the excessive and uncontrolled or unassisted increase of migratory movements*” e della “*desiderability of encouraging the transfer of capital and Technology rather than the transfer of workers*”».

²⁵ S. TOZZOLI, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, cit., 72-73.

²⁶ M. BORZAGA, *Le politiche dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dell'Unione Europea in tema di contrasto alla povertà*, in LD, 2019, I, 65.

²⁷ Tale politica, come evidenzia M. BORZAGA, *Le politiche dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dell'Unione Europea in tema di contrasto alla povertà*, cit. è la risposta per reagire al declino dell'Oil, declino determinato a seguito della decolonizzazione e della globalizzazione economica che la ha relegata ad un ruolo marginale.

²⁸ Come evidenzia A. PERULLI, *L'Oil e la globalizzazione*, in LD, 2019, III, 394, tale strategia è stata oggetto di dibattito dottrinale – dibattito sopito allo stato attuale - in relazione alle scelte dei core labour rights, avvenuta, secondo certa dottrina (A. SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayardm, 2015 e P. ALSTON, *Core Labour Standard and the Transformation of*

tutti gli Stati Membri dell'Organizzazione abbiano «un obbligo, dovuto proprio alla loro appartenenza all'Organizzazione, di rispettare, promuovere e realizzare, in buona fede e conformemente alla Costituzione, i principi riguardanti i diritti fondamentali che sono oggetto di tali convenzioni». La natura di principio fondamentale rende l'applicazione degli stessi universale, includendo quindi tutti i lavoratori, compresi quelli migranti²⁹.

Al momento della sua adozione, la Dichiarazione enucleava quattro principi fondamentali: la libertà di associazione, la protezione del diritto sindacale e il diritto alla contrattazione collettiva; l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato e obbligatorio; l'effettiva abolizione del lavoro minorile; e l'eliminazione della discriminazione nell'impiego e la professione, a sua volta espressi ciascuno in due convenzioni³⁰. L'11 giugno 2022, la Dichiarazione è stata modificata da parte della Conferenza internazionale del lavoro³¹ con l'aggiunta di un quinto principio e diritto fondamentale del lavoro: un ambiente di lavoro sicuro e

the International Labour Rights, in *EJIL*, 2004, vol. 15, 478 ss.), in modo selettivo, arbitrario e con l'intento di accompagnare l'agenda politica neoliberista di alcuni stati. Di diversa opinione erano altri giuristi (B. LANGILLE, *Core Labour Rights. The True story (reply to Alston)*, in *EJIL*, 2005, vol. 16, 2005, 425 ss.; F. MAUPAIN, *Revitalization Not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers Rights*, in *EJIL*, 2005, vol. 16, 440 ss.), che sostenevano la bontà di tale scelta in virtù della funzione "capacitante" di quei diritti nella conquista di altri diritti e della natura degli stessi quali diritti fondamentali.

²⁹ Per un approfondimento sull'ambito di applicazione soggettivo dei core labour standards si v. V. DE STEFANO, *Ambito di applicazione soggettivo degli International Labour Standards dell'OIL*, in *LD*, 2019, III, 439 ss.

³⁰ Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, n. 87 del 1948 e Convenzione sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, n. 98 del 1949; Convenzione sul lavoro forzato, n. 29 del 1930 e Protocollo addizionale, 2014 e Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato, n. 105 del 1957; Convenzione sull'età minima, n. 138 del 1973 e Convenzione sulle forme peggiori di lavoro minorile, n. 182 del 1999; Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione, n. 100 del 1951 e Convenzione sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni, n. 111 del 1958. A questo sistema, l'OIL ha delineato altre 4 convenzioni incoraggiando gli Stati membri a ratificarle a causa della loro importanza per il funzionamento del sistema di sistema internazionale di norme sul lavoro e sono: la Convenzione sull'ispezione del lavoro del 1947 (n. 81) (e il suo Protocollo del 1995); la Convenzione sull'ispezione del lavoro (agricoltura) del 1969 (n. 129); la Convenzione sulla consultazione tripartita (norme internazionali del lavoro), 1976 (n. 144) e la Convenzione sulla politica dell'occupazione, 1964 (n. 122).

³¹ La conferenza internazionale del lavoro costituisce uno dei tre organi che fondano l'organizzazione internazionale del lavoro. Essa è un parlamento internazionale che ogni anno riunisce i delegati tripartiti dei paesi membri per discutere e adottare le norme internazionali del lavoro e definire le politiche dell'Organizzazione. Alla conferenza internazionale del lavoro si affiancano: l'Ufficio Internazionale del Lavoro (presieduto dal Direttore Generale) e il Consiglio d'Amministrazione. Si evidenzia come l'OIL sia l'unica fra tutte le organizzazioni del sistema multilaterale ad avere una struttura tripartita dove i rappresentanti dei governi, delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei sindacati di 187 paesi membri sono parimenti rappresentati e lavorano insieme.

salubre. La scelta di tali principi trovava la propria logica nella loro capacità di riconoscere e garantire altri diritti ai lavoratori.

La politica dei *core labour standards* ha avuto un enorme successo in quanto molti paesi, soprattutto quelli emergenti, hanno implementato le otto Convenzione relative³². Tuttavia, è doveroso ammettere le gravi difficoltà applicative di tali standard, atteso che si registrano ancora molte violazioni di questi principi nonostante l'adesione degli stati all'Organizzazione³³.

Tra le norme internazionali per la tutela dei lavoratori migranti va da ultimo menzionata, per il ruolo di rilievo che assume, la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1990 (con risoluzione 45/158 ed entrata in vigore internazionale solo 1° luglio 2003, ma non ratificata dall'Italia)³⁴.

In prima istanza, un merito da attribuire a tale Convenzione è aver dato una definizione al lavoratore migrante, quale «persona che sarà occupata, è occupata o è stata occupata in un'attività remunerata in uno Stato del quale non è cittadino» (art. 2 co. 1)³⁵. L'ampia portata di tale nozione permette di includere quindi tutti gli stranieri presenti nel mercato del lavoro, sia in via potenziale – perché non ancora occupati –, sia in relazione al passato – un tempo occupati e ora non più —³⁶.

Il raggio di applicazione delle tutele contenute nella convenzione è ulteriormente esteso, non solo dal punto di vista soggettivo, perché applicabile anche «ai

³² M. BORZAGA, *Le politiche dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dell'Unione Europea in tema di contrasto alla povertà*, cit., 68. Va poi menzionato che l'attività dell'Oil non si è arrestata, ma ha adottato la Decent Work Agenda del 1999 illustrata dal direttore generale dell'ufficio internazionale del lavoro Juan Somavia; la Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta adottata dalla conferenza internazionale del lavoro nel giugno 2008; la Dichiarazione per il futuro del lavoro del centenario dell'OIL 2019 e la Risoluzione sul lavoro dignitoso e l'economia sociale e solidale, 2022.

³³ M. BORZAGA, M. MAZZETTI, *Core labour standards e decent work: un bilancio delle più recenti strategie dell'OIL*, in *LD*, 2019, III, 461.

³⁴ Per una genesi della convenzione v. S. TOZZOLI, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, cit., 75.

³⁵ Si rammenta che non c'è una definizione univoca di «lavoratore migrante», atteso che le convenzioni OIL ne riportano una diversa, quale «persona che emigra da un paese verso un altro paese allo scopo di occupare un impiego che non dovrà esercitare per proprio conto e comprende qualsiasi persona ammessa regolarmente in qualità di lavoratore emigrante» (art. 11 Conv. 97/1949, in senso sostanzialmente analogo art. 11 Conv. 143/75).

³⁶ Inoltre, l'efficacia soggettiva non è fondata sul principio di reciprocità, applicandosi a tutti a prescindere dall'appartenenza ad uno degli Stati contraenti v. W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit., 14.

membri delle loro famiglie senza alcuna distinzione» (art. 1), ma anche da quello temporale, che prende in considerazione l'intero processo migratorio che li coinvolge, tutelandoli anche durante «la preparazione all'emigrazione, la partenza, il transito e l'intero periodo di soggiorno e di attività remunerata nello Stato di arrivo, nonché il ritorno nello Stato di origine o nello Stato di residenza abituale» (art. 1 co 2).

Se da un lato, l'ampia definizione dell'ambito di applicazione permette una maggiore estensione delle tutele della convenzione ONU, dall'altra, la stessa regolazione prescrive un'attribuzione di diritti differenziata in relazione allo *status* di migrante regolare o meno. A quest'ultimo è dedicata la parte III della Convenzione, inerente alle tutele applicabili a tutti i lavoratori migranti, compresi quindi gli irregolari, mentre la parte IV è limitata a quelli in possesso di documentazione o in situazione regolare.

Nella prima categoria, rientrano i diritti di stampo pubblicistico, quali: il diritto di emigrare; il diritto alla vita; a non essere sottoposto a tortura o soggetto a schiavitù o al lavoro forzato; la libertà di pensiero, coscienza e religione; la libertà di espressione e opinione; il diritto alla riservatezza; l'inviolabilità del domicilio³⁷.

Con particolare riferimento al rapporto di lavoro, l'articolo 25 stabilisce un diritto alla parità di trattamento in riferimento alla retribuzione, alle condizioni di lavoro e alle clausole di assunzione e ne sancisce l'inderogabilità nei contratti tra privati. La disposizione successiva sancisce il diritto dei migranti di partecipare alle attività del sindacato, di aderirvi o rivolgersi allo stesso.

Applicabili ai soli migranti regolari sono, invece, i diritti quali: la libertà di movimento e di stabilire la residenza; il diritto di fare parte di associazioni e sindacati personalmente, il principio di uguaglianza in materia di accesso a servizi di orientamento al lavoro e di collocamento. Viene tutelata la libertà di scelta della attività lavorativa, sebbene possa essere limitata per certe categorie di impiego o per determinate qualifiche personali.

³⁷ Il catalogo dei diritti è più ampio e ricomprende anche la segretezza della corrispondenza; il diritto a non essere privati della proprietà; in caso di espropriazione il diritto all'inviolabilità e alla sicurezza della persona; ad essere protetti contro ogni violenza minaccia; a non essere arbitrariamente tratti in arresto; e in caso di detenzione, ad essere trattati con umanità; e rispetto in caso di privazione della libertà personale, alla presunzione di innocenza fino alla dimostrazione della colpevolezza al processo alla difesa; a non essere incriminati se non in forza di una legge in vigore al momento della commissione del fatto.

La parte V si dedica invece a specifiche categorie di lavoratori migranti, quali ad esempio i frontalieri.

La Convenzione, limitandosi a riconoscere una serie di diritti – per lo più legati alla sfera della persona – ad un soggetto per il solo fatto di essere qualificato come lavoratore, non influisce in modo significativo sulle tutele inerenti al rapporto di lavoro, così che l’incidenza dell’attività lavorativa rileva solo ai fini applicativi.

Se le misure previste dalle fonti internazionali hanno il merito di implementare il principio di parità di trattamento, estendendolo anche alla sicurezza sociale, l’effettività delle disposizioni è indebolita dalle difficoltà riscontrata dall’Ilo di assumere un ruolo centrale nella regolamentazione delle fenomeno migratorio³⁸, non solo per la scarsa incisività dell’apparato sanzionatorio in caso di violazioni delle norme, ma anche per la sfiducia che gli stati mostrano nell’affidare una materia così delicata ad organi estranei alla dimensione nazionale.

Inoltre, l’assenza di norme inerenti alle condizioni di accesso e di permanenza per il migrante nel territorio dello Stato di arrivo evidenzia come tale settore rimanga oggetto della sovranità assoluta degli Stati³⁹. Infatti, i principi internazionali non sembrano incidere in modo significativo sul potere statale, la cui sovranità mantiene il controllo delle regole in materia di ingresso e di accesso al mercato, permettendo a tali principi di dare una risposta solo parziale al problema. Ne deriva un quadro internazionale, che ha sì accresciuto le tutele dei lavoratori migranti, perlomeno sul piano giuridico-formale, ma presenta ancora un elevato tasso di ineffettività delle stesse disposizioni, che rende frammentato e cedevole il quadro complessivo.

2.2. Segue. La disciplina europea in tema di migrazioni economiche

Si è già trattato della regolazione del fenomeno migratorio ad opera dell’Unione Europea⁴⁰, che registra innumerevoli lacune tanto da definire tale intervento

³⁸ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit., 20.

³⁹ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit., 15-16.

⁴⁰ V. cap. 1. Per un approfondimento v. G. CELLAMARE, *La disciplina dell’immigrazione nell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006; B. NASCIMBENE, *L’approccio globale nella gestione dell’immigrazione: la politica della UE alla luce dell’attuazione del Programma dell’Aja*, in *Diritto Unione Europea*, 2008, 4 ss.; M. AMBROSINI, *Le politiche dell’Unione*

come «il fallimento della “non politica” in campo migratorio»⁴¹. Se quindi si sono già evidenziati i limiti della gestione europea dell’immigrazione, questi sono ulteriormente esacerbati se solo si osserva il fenomeno delle migrazioni economiche, settore in cui dominano gli egoismi nazionali.

La competenza dell’Unione in quest’ultima materia si fonda sull’art. 79 TFUE, che individua la immigrazione e in particolare la gestione dei flussi, tra le sue competenze concorrenti⁴². Nell’ambito di queste, può determinare le «condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata», nonché i «diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro». Tuttavia, è espressamente vietato all’Unione europea «determinare il volume di ingresso» dei cittadini di paesi terzi che cercano un lavoro nel territorio degli stati membri, rimanendo questa una prerogativa esclusiva dei governi nazionali. Sebbene l’Unione europea risulti sul piano normativo competente in materia di immigrazione per motivi economici, non sembra che tale potere sia stata esercitato fino in fondo, in quanto la definizione di ipotesi sull’ingresso per ragioni lavorative, mediante vie legali, è del tutto assente nella normativa europea anche in ragione delle posizioni diverse assunte dalle Istituzioni e, soprattutto, dagli Stati membri all’interno del Consiglio⁴³. Invero, «la disciplina dell’immigrazione maturata all’interno dei contesti nazionali ha prodotto un orientamento – poi fatto proprio anche dalle istituzioni dell’Unione europea – informato al principio di *apertura selettiva*, e volto a contemperare l’approccio utilitarista alle migrazioni con un’etica pubblica ispirata alla “difesa della nazione”»⁴⁴. Per tale ragione non sorprende la mancata armonizzazione delle condizioni di accesso degli extracomunitari per motivi di lavoro nel territorio dell’Unione, che rimane soggetta alla discrezionalità degli Stati, costituendo ad

Europea sull’immigrazione, in www.welforum.it, 24 maggio 2019; D. GOTTARDI, *La normativa e le politiche europee recenti sull’immigrazione. Due volti o solo uno?*, in *LD*, 2009, IV, 516 ss.

⁴¹ M. LIVI BACCI, *Cronache di due fallimenti: l’Europa, l’Italia e le politiche migratorie*, in *Il Mulino*, 2011, III, 433.

⁴² A. MONTANARI, *Il lavoro degli extracomunitari*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. 6, M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 347 ss.; B. DE MOZZI, *Le politiche europee in materia di immigrazione*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2021, 491 ss.

⁴³ M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull’immigrazione e asilo: continuità o discontinuità col passato?*, cit., 26.

⁴⁴ C. BOTRUGNO, *Immigrazione ed Unione europea: un excursus storico ragionato*, cit., 121.

oggi uno dei problemi più controversi⁴⁵. La visione del fenomeno della migrazione economica, infatti, riunisce ed evidenzia tutte le criticità espresse dagli Stati nazionali e dall'Unione europea, che anche nel definire le linee programmatiche di indirizzo, si contraddice. Infatti, se da un lato, sottolinea l'importanza dell'immigrazione di lavoratori stranieri qualificati in ragione della forte carenza di manodopera esistente nel mercato europeo e della necessità di apportare crescita e affrontare i livelli di competizione globali, dall'altro, questo approccio utilitaristico alla migrazione è smentito dalla paura e dal pregiudizio che tale ingresso possa comportare ai valori fondamentali e al rispetto delle identità degli stati membri⁴⁶.

Pertanto, non è un caso che l'Unione europea abbia concentrato i suoi sforzi su un altro punto di sua competenza: il contrasto all'immigrazione irregolare, di cui ci si occuperà nel capitolo 3. In relazione al rapporto di lavoro, si assiste alla criminalizzazione del datore di lavoro, che impiega manodopera straniera priva di permesso di soggiorno.

L'insufficienza della sola risposta penale al fenomeno giustifica l'adozione della direttiva 2011/98/UE relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e che introduce anche una serie di tutele comuni per i migranti lavoratori regolarmente soggiornanti⁴⁷. La direttiva in esame ha solo il merito di delineare in astratto una «procedura unica di domanda», all'esito della quale autorizza lo straniero – mediante il c.d. permesso unico – a soggiornare e a lavorare nel territorio di uno Stato membro. Infatti, è precisato all'art. 6 par. 2 che «Quando rilasciano un permesso unico, gli Stati membri non rilasciano permessi aggiuntivi come prova di autorizzazione all'accesso al mercato del lavoro». La direttiva in esame, recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. 40/ 2014, interviene in modo minimo nella definizione dell'accesso al mercato del lavoro.

Va osservato che allo stato, la Commissione europea ha elaborato una proposta di revisione della direttiva citata, facente parte dell'insieme di misure previste

⁴⁵ A. MARCIANO, *I più recenti sviluppi delle tutele giuslavoristi che in materia di politiche migratorie*, in *ADL*, 2021, IV, 4.

⁴⁶ C. BOTRUGNO, *Immigrazione ed Unione europea: un excursus storico ragionato*, cit., 138.

⁴⁷ A. GUARISO, *Direttiva 2011/98 e d.lgs. 40/14 di recepimento*, in *DIC*, 2015, I, 15 ss.

da “Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo”, volta ad «affrontare le principali carenze della politica dell'UE in materia di migrazione legale, con l'obiettivo generale di attirare le competenze e i talenti di cui l'UE ha bisogno»⁴⁸. Tale proposta è stata accolta positivamente dal Parlamento europeo nella risoluzione del 20 maggio 2021 sui canali per la migrazione legale di manodopera⁴⁹ e mira a razionalizzare la procedura di domanda, rendendola più efficace, e a rafforzare le garanzie e la parità di trattamento dei cittadini di paesi terzi rispetto ai cittadini dell'UE⁵⁰.

Per lo più la legislazione europea è intervenuta nell’ambito della migrazione economica con interventi settoriali, che disciplinano le condizioni e le procedure per l’ingresso nel mercato del lavoro per specifiche categorie di lavoratori. Sono sette le direttive emanate sulla migrazione per motivi di lavoro che riguardano specifiche categorie, ma che in questa sede non verranno esaminati: direttiva 2009/50/CE c.d. Carta blu, sulla missione di lavoratori altamente qualificati (la successiva direttiva UE 2021/1883 che abrogherà la precedente a partire dal novembre 2023)⁵¹; la direttiva 2014/36/UE sui lavoratori stagionali; la Direttiva 2014/66/UE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell’ambito di trasferimenti intra-societari; la direttiva 2011/98/UE che stabilisce una procedura per il rilascio di un permesso unico, di soggiorno e lavoro, per lavoratori/trici migranti non rientranti nelle tre direttive di cui sopra; la direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare; la direttiva 2003/109/CE sui soggiornanti di lungo periodo⁵², e la direttiva 2016/801/UE sul soggiorno per motivi di studio e ricerca.

Si osserva quindi la particolare attenzione prestata dall’Unione europea verso la manodopera altamente qualificata, necessaria per mantenere la competitività

⁴⁸ Proposta di Direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro (rifusione), Bruxelles, 27.4.2022 COM(2022) 655 final.

⁴⁹ In tale sede viene suggerito di «ampliare la portata e l'applicazione della direttiva al fine di raggiungere un maggior numero di lavoratori».

⁵⁰ Relazione alla proposta di direttiva, 2.

⁵¹ È stato pubblicato il decreto legislativo, D.Lgs. n. 152/2023, che, in attuazione della direttiva (UE) 2021/1883 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2021, prevede nuove disposizioni sull'ingresso e soggiorno dei cittadini stranieri altamente qualificati.

⁵² Sulla direttiva è in esame Proposta di Direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (rifusione), Bruxelles, 27.4.2022 COM(2022) 650 final.

internazionale e la crescita economica, da un lato, e la manodopera stagionale, richiesta per colmare le carenze presenti nel mercato, dall'altro. Non sembra invece centrale nelle politiche dell'Unione europea l'inserimento di lavoratori scarsamente qualificati in un arco temporale duraturo.

In conclusione, riappare il disegno marcatamente economicistico dell'integrazione europea, che non mira a perseguire tanto l'obiettivo di arrestare i flussi migratori, «quanto piuttosto di ridurre la consistenza filtrandoli e selezionandoli al fine di soddisfare meglio il bisogno di manodopera del mercato del lavoro interno»⁵³.

In questa logica utilitaristica si inserisce la disciplina italiana sul tema.

3. La disciplina italiana in tema di migrazione per motivi economici: un'intricata evoluzione normativa

Evidenziata la sostanziale inesistenza di vincoli legislativi sovranazionali, nonché la evidente debolezza che connota il legislatore europeo sul tema della migrazione economica, è arrivato ora il momento di analizzare come il legislatore italiano ha regolato il fenomeno delle migrazioni economiche.

Preliminarmente bisogna precisare che il legislatore italiano è stato per molti anni restio a regolare il fenomeno delle migrazioni per motivi lavorativi, a dimostrazione di ciò, la prima disciplina organica in materia risale al 1998, disciplina ancora vigente, seppure modificata anche alla luce delle direttive europee. Senza soffermarsi sulle ragioni di tale disinteresse per una materia così delicata e allo stesso tempo strategica, data la crisi demografica che dilaga, si vuole ripercorrere brevemente l'evoluzione normativa che si è susseguita.

La prima regolazione delle migrazioni economiche è stata realizzata ad opera della pubblica amministrazione tra gli anni 60 e 70⁵⁴, mediante «una selva di circolari (...) una regolamentazione farraginosa nei cui misteri è facile

⁵³ C. BOTRUGNO, *Immigrazione ed Unione europea: un excursus storico ragionato*, cit., 139.

⁵⁴ In tale periodo l'Italia è divenuta terra di immigrazione. Si veda M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Carrocci, Roma, 2018, 29 secondo cui in 10 anni (1961-71) gli stranieri in Italia sono quasi raddoppiati.

perdersi»⁵⁵, improntata ad un approccio securitario al fenomeno, che concepiva l'immigrazione come problema di ordine pubblico e di sicurezza⁵⁶.

Pertanto, il primo tentativo di governo sistematico dell'immigrazione straniera è costituito dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 51 del 4 dicembre 1963⁵⁷. Questa prevedeva una complessa procedura che si articolava in una preliminare richiesta di "autorizzazione al lavoro" da parte del datore di lavoro⁵⁸ che, una volta accertata l'indisponibilità di manodopera nell'ambito della provincia per la qualifica richiesta, veniva concessa dall'Ufficio provinciale del lavoro⁵⁹. Ottenuta l'autorizzazione, il datore di lavoro poteva rivolgersi alla questura territorialmente competente per richiedere il "nulla osta provvisorio", condizione che consentiva allo straniero di chiedere il "visto di ingresso per motivi di lavoro", e una volta entrato in Italia, il permesso di soggiorno per

⁵⁵ G. GHEZZI, *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali, in politica del diritto*, in PD, 1982, II, 199. Inoltre, P. VETTORI, *Il collocamento dei lavoratori stranieri extra-comunitari in Italia*, in DL, 1971, I, 128, nota 5 ricorda tra le più importanti circolari emanate dal ministro del lavoro quelle: circolare 5 maggio 1964, 70/29/IV Lavoratori stranieri. Requisiti linguistici; Circolare 13 maggio 1965, 92/44/ IV Lavoratori stranieri. Norme integrative; Circolare 9 settembre 1968, 128/66/ IV Impiego in Italia dei lavoratori subordinati stranieri. Disposizioni modificative circolare 51/22/ IV e Circolare 25 gennaio 1973, 38/107 impiego in Italia dei lavoratori subordinati stranieri disposizioni integrative circolare 51/22/IV.

⁵⁶ Le disposizioni che regolavano il soggiorno e l'espulsione degli stranieri in Italia erano contenute negli articoli 142/152 del RD 19 giugno 1931, n. 773 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), nonché negli articoli 261/272 del regolamento esecutivo approvato con RD 6 maggio 1940, n. 653. Vi era anche il decreto legislativo 11 febbraio 1948 n. 50, che inseriva l'obbligo di denuncia dell'alloggio ospitalità ed assunzioni di stranieri e apolidi.

⁵⁷ M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, cit., 29; G. GHEZZI, *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali, in politica del diritto*, cit., 195 ss.; P. VETTORI, *Il collocamento dei lavoratori stranieri extra-comunitari in Italia*, cit., 129-131.

⁵⁸ Nell'istanza per la concessione dell'autorizzazione, il datore di lavoro doveva indicare «la nazionalità, il luogo di residenza, tutte le generalità dello straniero che voleva assumere, nonché la relativa qualifica, la retribuzione e la durata del rapporto». Inoltre, doveva impegnarsi a far fronte alle spese di trasferimento del lavoratore dal paese d'origine e precisare le eventuali possibilità di alloggio a carico dell'azienda. V. P. VETTORI, *Il collocamento dei lavoratori stranieri extra-comunitari in Italia*, cit., 129.

⁵⁹ L'autorizzazione aveva una durata non superiore ad un anno, era prorogabile e veniva concessa previa indisponibilità di manodopera accertata dall'ufficio del lavoro, il quale in caso di mancata risposta entro il termine di 30 giorni dalla data di pubblicazione della richiesta di assunzione del lavoro straniero, concedeva l'autorizzazione. V. G. GHEZZI, *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali, in politica del diritto*, cit., 198. Le disposizioni che regolavano il soggiorno e l'espulsione degli stranieri in Italia erano contenute negli articoli 142/152 del RD 19 giugno 1931, n. 773 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), nonché negli articoli 261/272 del regolamento esecutivo approvato con RD 6 maggio 1940, n. 653. Vi era anche il decreto legislativo 11 febbraio 1948 n. 50, concernente le sanzioni per omessa denuncia di stranieri o apolidi.

⁵⁹ G. GHEZZI, *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali*, cit., 195 ss.

motivi di lavoro⁶⁰. In particolare, la circolare prevedeva una stretta connessione tra il soggiorno e il rapporto di lavoro, tale per cui la cessazione di quest'ultimo comportava l'immediata perdita del permesso di soggiorno, aggravando la condizione di precarietà del migrante e determinando uno stato di totale soggezione nei confronti del datore di lavoro⁶¹. Sono stati introdotti dalla circolare diversi aspetti sulla modalità di ingresso che verranno poi conservati in parte nella disciplina successiva: *in primis*, si fa riferimento al meccanismo di incontro della domanda e dell'offerta di lavoro che si concretizza solo a distanza o sul suolo del paese straniero, in quanto da un lato, la regolazione amministrativa imponeva che la procedura si concludesse prima dell'ingresso del lavoratore in Italia⁶² e dall'altro, vietava l'ingresso del migrante per ricerca di occupazione; un secondo aspetto, che sarà successivamente ripreso, consisteva nella stretta connessione tra ingresso e soggiorno regolare, atteso che solo previa autorizzazione all'ingresso, mediante il rilascio del visto, era consentito al lavoratore ottenere il permesso di soggiorno; infine, terzo aspetto

⁶⁰ In particolare, lo straniero una volta arrivato in Italia doveva rivolgersi alla questura per il permesso di soggiorno, che ha validità per tutto il territorio nazionale e di durata non superiore ad un anno, salva proroga. La procedura per l'assunzione degli stranieri si conclude con il rilascio del libretto di lavoro dall'ispettorato provinciale del lavoro e con l'iscrizione alle liste di collocamento e con il relativo avviamento da parte della competente sezione di collocamento secondo il meccanismo previsto dalla legge del 49 per i lavoratori italiani. P. VETTORI, *Il collocamento dei lavoratori stranieri extra-comunitari in Italia*, cit., 132, descrive: le procedure di proroga dell'autorizzazione al lavoro erano concesse dall'Ufficio del lavoro tramite stampigliatura sull'autorizzazione originale. Per il rinnovo del permesso di soggiorno invece, era competente la questura. Questi due processi si complicano ulteriormente in caso di cambio del datore di lavoro per il lavoratore straniero. In quest'ultimo caso non occorre una nuova autorizzazione ma era sufficiente un'apposita stampigliatura con l'indicazione del nuovo datore di lavoro e della durata del rapporto. Maggiormente complessa era la procedura in caso di cambio di datore di lavoro congiuntamente alla mutazione della qualifica professionale, in quanto era richiesta una nuova formale autorizzazione al lavoro, secondo tutti i passaggi che sono stati evidenziati nel testo.

⁶¹ Secondo G. GHEZZI, *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali, in politica del diritto*, cit., 199 «è chiaro che, di fronte ad una disciplina di tal genere, saranno possibili, per i datori di lavoro, pressioni ed intimidazioni anche gravi». M.G. GAROFALO, *I lavoratori extracomunitari immigrati: osservazioni sulla L. 30 dicembre 1986, n. 943*, in *RGL*, 1988, I, 135 mette in evidenza come la procedura per ottenere l'autorizzazione a lavorare crea un circolo vizioso che conduce lo straniero nel territorio dell'illegalità, infatti ottenere l'autorizzazione, e conseguentemente il permesso di soggiorno, era estremamente difficile. Pertanto, «se, per una fortunata coincidenza, si fosse riusciti ad ottenere l'autorizzazione al lavoro relativo permesso di soggiorno, l'autorizzazione varrebbe comunque per quel lavoro non per altri; dunque, se lo stesso viene perduto - per licenziamento o per dimissioni - si perde l'autorizzazione e il permesso di soggiorno. Il risultato è la espulsione dal territorio nazionale». Sul punto vedi anche A. VISCOMI, *Giuslavoristi ed immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile*, in *LD*, 1992, I, 166.

⁶² W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit., 102.

che si rileva era lo stretto legame tra lavoro e soggiorno sullo Stato italiano, legame che nella circolare assume una diretta interdipendenza, mentre nella disciplina successiva assumerà connotati più sfumati.

La prima disciplina legislativa in materia verrà posta in essere circa vent'anni dopo, nel 1986, con la legge Foschi, L. 20 dicembre 1986, n. 943⁶³. Tuttavia, l'entusiasmo derivante dall'adozione di una normativa organica è ridimensionato dalla sostanziale conservazione della regolazione amministrativa degli anni precedenti, con cui si è recepita in gran parte la procedura delineata dalla circolare del 63⁶⁴. Alcune novità sono state però introdotte, prima tra tutte la rottura del legame di dipendenza tra il rapporto di lavoro e la permanenza regolare in Italia, alla luce dell'obbligo di conformarsi all'art. 8 della conv. 143 del 1975 (v. para 2.1)⁶⁵. Quest'ultimo, infatti, prevede che la perdita del posto di lavoro non possa costituire la revoca del permesso di soggiorno. Un secondo aspetto di interesse è la procedura di reclutamento dei lavoratori stranieri, che rappresenta una forma primordiale di programmazione dei flussi, che verrà poi sviluppata dai legislatori successivi. Secondo tale procedura è compito del ministero del lavoro fissare le direttive per «presentazione e la raccolta delle domande dei lavoratori extracomunitari legalmente residenti in Italia e, [...] di quelli dimoranti all'estero, che chiedano di essere avviati al lavoro alle dipendenze di una impresa operante sul territorio della Repubblica italiana» domande che sono inserite in apposite liste di collocamento dei lavoratori extracomunitari⁶⁶. Inoltre, merito di questa legge è l'accertamento che le

⁶³ “Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine” (sebbene prima sia stata emanata la legge n. 158 del 10 aprile 1981 che ha ratificato la conv. N 143 del 1975 dell'OIL). Sulla legge v. P. LAMBERTUCCI, *I lavoratori extracomunitari immigrati: la disciplina del rapporto di lavoro la garanzia dei diritti*, in ADL, 1995, II, 113 ss.; M.G. GAROFALO, *I lavoratori extracomunitari immigrati: osservazioni sulla L. 30 dicembre 1986, n. 943*, cit.

⁶⁴ A. VISCOMI, *Giuslavoristi ed immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile*, cit., 171. W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit., 107.

⁶⁵ Art. 11 co. 3 La perdita del posto di lavoro non costituisce motivo per privare il lavoratore extracomunitario ed i suoi familiari legalmente residenti del permesso di soggiorno.

⁶⁶ Art. 5 l. 943/86: Le liste predette devono essere tenute in modo che i lavoratori stranieri già legalmente residenti in Italia precedano in graduatoria, nell'ordine: i lavoratori loro familiari, i lavoratori extracomunitari, residenti all'estero, in cerca di prima occupazione in Italia, la cui domanda sia stata presentata ai sensi delle direttive relative all'attuazione della lettera a). Inoltre, la legge n. 943/86 agli articoli 16 e seguenti prevedeva la prima grande regolarizzazione a beneficio degli stranieri presenti illegalmente o irregolarmente sul territorio italiano rappresentando quindi la prima sanatoria. Come evidenzia A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla riforma della disciplina del lavoro immigrato extracomunitario*, in Lav. Inf., 1998, n. 8, 15 il sistema non regola l'incontro o contatto sociale tra domanda e offerta di lavoro immigrato in

condizioni offerte dal datore di lavoro siano rispettose di quanto stabilito per i lavoratori italiani dai CCNL, risultando così l'applicazione concreta del principio di parità di trattamento posto all'articolo 1⁶⁷.

Successivamente, venne emanato il Decreto-Legge del 30 dicembre 1989, n. 416⁶⁸, convertita in L. n. 39 del 1990 c.d. Legge Martelli, che si proponeva di regolare il fenomeno migratorio in modo più puntuale e sistematico⁶⁹. Tuttavia, come è stato sottolineato, i propositi formulati non sono stati pienamente raggiunti⁷⁰, in quanto il provvedimento si è collocato in continuità con la disciplina precedente. A destare particolare interesse è stata la riforma dell'art. 2 co. 3 che ha delineato un più puntuale meccanismo di programmazione dei flussi di ingresso, prevedendo che entro il 30 ottobre di ogni anno i ministri degli affari esteri, dell'interno, del bilancio e della programmazione economica, del lavoro e della previdenza sociale, sentiti i Ministri di settore eventualmente interessati, il CNEL, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e la conferenza Stato-regioni, debbano emanare dei decreti per la programmazione dei flussi, determinando la quota di lavoratori da ammettere alla luce di una serie di parametri⁷¹. Nonostante gli sforzi compiuti per

quanto non è stata data attuazione all'articolo 5, e quindi «come prevedibile, tale carenza è stata surrogata dall'iniziativa privata: da un lato, le c.d. “catene migratorie”; dall'altro, nuovi mercanti di schiavi».

⁶⁷ M.G. GAROFALO, *I lavoratori extracomunitari immigrati: osservazioni sulla L. 30 dicembre 1986, n. 943*, cit., 136.

⁶⁸ Recante «Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato». P. LAMBERTUCCI, *I lavoratori extracomunitari immigrati: la disciplina del rapporto di lavoro la garanzia dei diritti*, cit.

⁶⁹ Come evidenzia G. D'AURIA, *Aspetti giuridici dell'immigrazione extracomunitaria*, in *RGL*, 1997, I, 145: «la legge aveva quattro oggetti principali, corrispondenti ad altrettanti suoi obiettivi: una rigorosa disciplina (per l'avvenire) dell'ingresso e del soggiorno di stranieri extracomunitari; la programmazione annuale dei flussi di ingresso per ragioni di lavoro dei nuovi immigrati; la regolarizzazione degli extracomunitari entrati clandestinamente in Italia; il progressivo inserimento degli stranieri regolarizzati nella realtà economica e sociale del nostro paese».

⁷⁰ Secondo G. D'AURIA, *Aspetti giuridici dell'immigrazione extracomunitaria*, cit., 147-148 sono cinque i limiti che connotano la legge: «il primo – sicuramente il più importante - consisteva nel considerare l'immigrazione non già come fenomeno di lunga durata, ma come un “dato” di cui prendere atto per il passato (anche con il riconoscimento di fondamentali diritti sociali agli stranieri rientrati nella legalità) è un rischio da fronteggiare, per l'avvenire, con misure rigorose di controllo degli ingressi. [...] il secondo limite era dovuto all'assenza, da sempre, in Italia, di un'efficace governo del mercato del lavoro; [...] il terzo limite riguardava gli aspetti di carattere organizzativo e finanziario [...] gli ultimi due limiti erano estrinseci alla legge, nel senso che questa non scontava né l'assenza di una politica dell'immigrazione a livello comunitario, né le ambiguità delle politiche di “aiuto allo sviluppo” poste in essere dai paesi industrializzati (Italia compresa) e tutt'altro che orientati all'emancipazione economica e democratica dei paesi sottosviluppati».

⁷¹ L'articolo 2 è sostituito dal seguente:

l'introduzione dell'articolato sistema, questo non ha ricevuto una pronta attuazione dettata «dall'incapacità del mondo politico di gestire la programmazione dei flussi»⁷².

A seguire, dopo una serie di provvedimenti ispirati a placare situazioni di emergenza⁷³, ci fu il decreto Dini, Decreto-Legge del 18 novembre 1995 n 489⁷⁴, che conteneva diverse disposizioni in tema, tra le quali si sottolinea l'introduzione del permesso di soggiorno per lavoro stagionale (capo I, artt. da 1 a 3) e la sanatoria per motivi di lavoro (art.12 Regolarizzazione per offerta di lavoro), seppure molto selettiva.

La condizione dello straniero trova una compiuta sistematizzazione con la l. 6 marzo 1998, n. 40 cd. Legge Turco-Napolitano (rubricata «*Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*»), che all'art. 47 delega al Governo ad emanare un decreto legislativo contenente il «*Testo unico delle disposizioni concernenti gli stranieri*»⁷⁵. Designato come provvedimento

«Art. 2 co. 4 a) delle esigenze dell'economia nazionale; b) delle disponibilità finanziarie e delle strutture amministrative volte ad assicurare adeguata accoglienza c) delle richieste di permesso di soggiorno per motivi di lavoro avanzate da cittadini stranieri extracomunitari già presenti sul territorio nazionale con permesso di soggiorno per motivi diversi, d) dello stato delle relazioni e degli obblighi internazionali, nonché' della concentrazione in sede comunitaria. Unitamente alla programmazione dei flussi mediante i decreti, la legge in esame ha anche leggermente modificato la procedura di accesso dello straniero in Italia e in particolare quella per richiedere il permesso di soggiorno. Inoltre, ha precisato all'art. 4 co. 5, la multifunzionalità del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Agli artt. 9 e 10 sono previste la regolarizzazione dei cittadini extracomunitari già presenti nel territorio dello Stato e dei lavoratori autonomi.

⁷² W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit., 113.

⁷³ G. D'AURIA, *Aspetti giuridici dell'immigrazione extracomunitaria*, cit., 141 ss. ricorda una serie di provvedimenti che furono emanati tra il 1992 e il 1993 (un decreto-legge 9 febbraio 1992 numero 193, due volte reiterato e alla fine abbandonato) volti alla gestione delle espulsioni, a seguito di una situazione d'emergenza per la presenza di clandestini e stranieri pericolosi o responsabili di reati, in grado di minare l'ordine pubblico. Nel periodo successivo, le leggi degli anni 1995-96 sono prevalentemente improntate alla repressione della nuova immigrazione clandestina.

⁷⁴ Secondo G. D'AURIA, *Aspetti giuridici dell'immigrazione extracomunitaria*, cit., 153 «il decreto fu subito ascripto all'orientamento che mira a trasferire la politica dell'immigrazione sul piano inclinato della politica criminale» per la severissima disciplina sulle espulsioni (erano previste 5 tipologie) e per il proposito di contrastare con il massimo della durezza la nuova immigrazione clandestina.

⁷⁵ Sul T.U. Immigrazione v. M.G. GAROFALO, M. MCBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, in RGL, 2000, II, 483 ss.; G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003; G. LUDOVICO E M. MARANDO, *La disciplina del lavoro extracomunitario: la determinazione dei flussi di ingresso*, in DRI, 2001, IV, 473 ss.; G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato* in B. NASCIMBENE (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 752 ss.; L. NERI, *Il lavoro*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, Rimini, 2019, 203 ss.; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2013; L. CALAFA, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, Bologna, 2013; M. MCBRITTON, *Migrazioni*

volto ad accorpate le disposizioni del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (approvato con Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773), della legge 30 dicembre 1986 n. 943 e dell'articolo 3, comma 13, della legge 8 agosto 1995, n. 335, previa compatibilità e coordinamento con le norme della legge Turco-Napolitano, il Testo unico venne emanato con decreto legislativo n. 286/1998. Insieme ad esso vennero adottati il regolamento di attuazione n. 394 del 1998⁷⁶ e i due documenti previsti dall'art. 3 del TUI (documento programmatico triennale relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato e decreto del presidente del consiglio che definisce la quantità di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per motivi di lavoro), costituendo così il quadro normativo in materia di immigrazione. Infatti, il TUI pone al centro della sua attenzione la programmazione degli ingressi – già prevista dall'art. 2 della legge Martelli –, che si caratterizza per essere un meccanismo di programmazione *top-down*, adottato a livello centrale⁷⁷.

L'impianto configurato dal legislatore del 1998 è stato mantenuto nei suoi tratti essenziali fino ad oggi e, anche dopo la riforma incisiva ad opera della legge 30 luglio 2002, n. 189, costituisce la disciplina normativa in materia di migrazioni economiche.

Il TUI del 1998, seppur con tutte le criticità che lo contraddistinguono⁷⁸, aveva il merito di superare la logica emergenziale che aveva connotato il periodo precedente⁷⁹, nel quale l'immigrazione costituiva un problema di ordine

economiche e ordinamento italiano: una prospettiva giuslavoristica, Cacucci, Bari, 2017; S. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2005; ID., *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in *DML*, 2007, I-II, 77 ss.; A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari*, il Mulino, Bologna, 1992.

⁷⁶ *Regolamento recante norme di attuazione del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero a norma dell'articolo 1 comma 6 del decreto legislativo 25 luglio 1998 numero 286*, secondo M.G. GAROFALO, M. MCBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, cit., 487 la tecnica normativa a formazione successiva ha «l'obiettivo di rendere trasparenti e controllabili le prassi amministrative, appunto regolando con normative che scendano fino al dettaglio, dettate secondo procedure in attuazione di principi stabiliti per legge e così restringendo gli spazi di arbitrarietà nelle decisioni sui singoli casi e aprendo spazi reali al controllo giurisdizionale».

⁷⁷ M.G. GAROFALO, M. MCBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, cit., 488-489, criticano tale scelta.

⁷⁸ V. L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *DIC*, 2002, II, 13 e i documenti di MAGISTRATURA DEMOCRATICA E ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Per una legislazione giusta ed efficace sull'immigrazione*, in *QG*, 1996, III e IV.

⁷⁹ M. G. GAROFALO, M. MCBRITTON, *Immigrazione lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, N. 286*, cit., 484; A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla riforma della disciplina del lavoro immigrato extracomunitario*, cit.

pubblico. Infatti, il legislatore del '98 nel regolare il fenomeno dell'immigrazione aveva accolto la logica del "doppio binario"⁸⁰, articolata da un lato, nella protezione delle frontiere esterne mediante il contrasto all'immigrazione irregolare⁸¹, dall'altro nell'implementazione delle tutele per lo straniero (art. 2) e nel garantire un processo di integrazione dello stesso nel tessuto sociale⁸². Anche sotto il profilo lavoristico, si poteva desumere la spinta solidaristica sottesa al TUI, da due aspetti: il primo, rappresentato dall'istituto dello sponsor, disciplinato all'art. 23 ("Prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro"), che introduceva la possibilità per il cittadino italiano o straniero regolarmente soggiornante di farsi garante dell'ingresso di uno straniero per consentirgli l'inserimento nel mercato del lavoro⁸³; il secondo, costituito dalla abrogazione della previsione che imponeva il controllo della indisponibilità di manodopera italiana nella procedura volta alla concessione dell'autorizzazione al lavoro⁸⁴ e che aveva l'effetto di relegare lo straniero in una condizione di subalternità rispetto alla forza lavoro locale e di limitare la discrezionalità del datore di lavoro di scegliersi i propri collaboratori⁸⁵. Sempre dello stesso segno, vi è l'abrogazione implicita dell'art. 8 co. 4 della l. 943 del 1986 che subordinava

⁸⁰ A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-fini*, in *QG*, 2002, 964 ss.

⁸¹ A tal proposito v. il Titolo II, Capo II, denominato "Controllo delle frontiere, respingimento ed espulsione".

⁸² Si v. art. 40 e Titolo V "Disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale".

⁸³ Una prima forma embrionale dell'istituto dello sponsor si trova nell'art. 3 co. 6 della l. 39/1990, secondo il quale: «6. Non considerato manifestamente sprovvisto di mezzi, anche se privo di denaro sufficiente, chi esibisce documentazione attestante la disponibilità in Italia di beni o di una occupazione regolarmente retribuita, ovvero l'impegno di un ente o di un'associazione, individuati con decreto del Ministro dell'interno di concerto con il Ministro per gli affari sociali, o di un privato, che diano idonea garanzia, ad assumersi l'onere del suo alloggi e sostentamento, nonché del suo rientro in patria». Per un approfondimento dell'istituto presente nella l. 40/1998 e che si focalizza sui soggetti garanti e sull'oggetto della garanzia v. G. LUDOVICO, *Il lavoro subordinato degli immigrati extracomunitari*, in *DRI*, 2001, IV, 481-486.

⁸⁴ Sul punto, v. G. LUDOVICO, *Il lavoro subordinato degli immigrati extracomunitari*, cit., 479 secondo cui «la conferma della mancata sopravvivenza del preventivo accertamento dell'indisponibilità di lavoratori italiani discende, infatti, dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40 del 1998, a norma del quale, salvo disposizioni più favorevoli gli istituti ai quali altre disposizioni di legge fanno riferimento devono intendersi disciplinati dalle norme del T.U. Secondo tale principio, quindi, l'assenza di riferimenti espliciti alla condizione posta dalla precedente normativa dovrebbe indurre alla certezza circa la sua implicita abrogazione». In tal senso anche A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla riforma della disciplina del lavoro immigrato extracomunitario*, cit., 19.

⁸⁵ A. TURSI, *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, Torino, 2005, 13.

ad una nuova autorizzazione, emessa all'esito della procedura complessa indicata sopra, lo svolgimento di attività di lavoro che richiedesse diverse qualifiche⁸⁶.

Come si diceva, l'assetto così creato è stato profondamente modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, la c.d. Bossi-Fini, che si proclama antitetica rispetto a quella precedente⁸⁷. L'intervento legislativo ha proposto una «visione della immigrazione come variabile dipendente dal mercato e, in particolare, dalle esigenze del mondo delle imprese [che] si accompagna, nella legge n. 189, alla consacrazione del primato dell'ordine pubblico e delle esigenze securitarie (per di più richiamate in modo improprio), con conseguente considerazione del migrante come potenziale delinquente»⁸⁸.

Invero, sono diverse le novità introdotte che hanno determinato un sensibile peggioramento delle condizioni dello straniero, non solo in tema di allontanamento, asilo e criminalizzazione dell'immigrazione irregolare, ma anche in tema di restringimento delle condizioni per l'ingresso, riduzioni delle tutele e precarizzazione dello status di migrante.

In tema di ingresso, il provvedimento ha accolto una logica proibizionista⁸⁹, rendendo ancora più difficile l'accesso dell'extracomunitario allo Stato italiano, in quanto da un lato, è stato attribuito al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di chiudere discrezionalmente i confini, alla luce della modifica dell'art. 3 che consente ora al Governo di determinare in via provvisoria le quote flusso in mancanza della pubblicazione del decreto di programmazione annuale; dall'altra, è stata re-inserita una disposizione che condiziona l'ingresso del

⁸⁶ G. LUDOVICO, *Il lavoro subordinato degli immigrati extracomunitari*, cit. 479. Non si rinvencono particolari novità in merito alla stipulazione di altre tipologie contrattuali e pertanto è ammessa la possibilità per lo straniero extracomunitario di stipulare: il contratto di formazione-lavoro, l'apprendistato, il part-time e gli altri contratti previsti nel nostro ordinamento. Per un approfondimento sul tema v. P. LAMBERTUCCI, *I lavoratori extracomunitari immigrati: la disciplina del rapporto di lavoro la garanzia dei diritti*, cit., 121; G. LUDOVICO, *Il lavoro subordinato degli immigrati extracomunitari*, cit. 479.

⁸⁷ V. A. TURSI, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2004, n. 14, 202 secondo cui la l. Turco-Napolitano era ispirata invece al criterio della "ragionevole integrazione, basato «sulla consapevolezza della necessità di attuare «onorevoli compromessi» [...] «tra le pretese di entrata e il dovere di accoglienza»».

⁸⁸ L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, cit., 11.

⁸⁹ L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, cit., 14.

migrante per motivi lavorativi alla indisponibilità di manodopera italiana o europea su tutto il territorio nazionale⁹⁰.

In secondo luogo, il provvedimento in esame ha determinato un peggioramento delle condizioni di vita del lavoratore migrante: *in primis*, con l'abrogazione dell'istituto dello "sponsor"⁹¹; *in secundis*, con l'introduzione del contratto di soggiorno di lavoro (art. 5 bis, TUI), che costituisce il requisito per il rilascio del permesso di soggiorno, determinando così l'effetto di condizionare il soggiorno dello straniero alla permanenza del rapporto di lavoro⁹².

Come già ribadito, il TUI, nella sua formulazione vigente, ha mantenuto l'impianto risultante dalle modifiche apportate dal legislatore del 2002 sulla struttura elaborata dal legislatore del 1998 e rappresenta, oggi, la stratificazione delle visioni politiche che si sono susseguite negli anni sul tema dell'immigrazione e che oscillano tra una maggiore o minore estensione dei diritti dei migranti ad una minore o maggiore restrizione del loro ingresso.

4. L'attuale disciplina sull'ingresso del lavoratore extracomunitario

4.1 Le politiche immigratorie italiane: l'inefficace gestione dei flussi

⁹⁰ È un elemento che denota lo sfavore verso il migrante. Infatti, ai sensi del nuovo Art. 22 co. 11 «il centro per l'impiego provvede a diffondere le offerte per via telematica agli altri centri ed a renderle disponibili su sito INTERNET o con ogni altro mezzo possibile ed attiva gli eventuali interventi previsti dall'articolo 2 del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181. Decorso venti giorni senza che sia stata presentata alcuna domanda da parte di lavoratore nazionale o comunitario, anche per via telematica, il centro trasmette allo sportello unico richiedente una certificazione negativa, ovvero le domande acquisite comunicandole altresì al datore di lavoro. Ove tale termine sia decorso senza che il centro per l'impiego abbia fornito riscontro, lo sportello unico procede ai sensi del comma 5». Di questo segno, si evidenzia anche l'allungamento del periodo richiesto per ottenere rilascio della carta di soggiorno da 5 a 6 anni.

⁹¹ L'Istituto, previsto all'art. 23 del Testo unico, consentiva allo straniero di entrare in Italia per ricercare un'occupazione, previa garanzia da parte di un soggetto terzo della disponibilità di un alloggio, della copertura dei costi per il sostentamento e la assistenza sanitaria per la durata del permesso di soggiorno.

⁹² Si precisa che sebbene la perdita del lavoro non determini automaticamente la revoca del permesso di soggiorno, il legislatore del 2002 ha reso più difficile la permanenza dello straniero disoccupato sul territorio italiano, riducendo il periodo di ricerca di una nuova occupazione da 1 anno a 6 mesi. Secondo V. ANGIOLINI, *Immigrazione e lavoro*, in *RGL*, 2002, I, 136 tale introduzione suscita forti perplessità anche alla luce dei principi costituzionali in quanto «la costituzione italiana, agli articoli 35 e ss., garantisce allo stesso modo tutti i lavoratori, senza far differenza, o dar modo di differenziare, tra chi è cittadino italiano e chi non lo è. È pertanto altamente discutibile, per rapporto principi costituzionali, assumere il possesso della cittadinanza fattore discriminante della disciplina dei contratti individuali, predisponendo per legge un tipo di rapporto contrattuale che valga solo per gli immigrati extracomunitari in quanto tali».

Se l'Italia non ha mai adottato una politica in tema di migrazione economica volta ad una gestione efficace del fenomeno⁹³, mostrando semmai di averlo sempre subito⁹⁴, una regolazione dello stesso appare ormai irrinunciabile, alla luce dell'esigenza di «porre un limite, qualitativo e anche quantitativo, al numero degli stranieri occupati, o in cerca di occupazione, e dei loro familiari, presenti sul territorio nazionale»⁹⁵.

Pertanto, nonostante l'assenza di una gestione politica lungimirante del fenomeno, appare che il legislatore non abbia mai messo in discussione la logica utilitaristica sottesa all'immigrazione economica – di derivazione europea –, che vede lo straniero come manodopera a basso costo. Infatti, ad oggi determinare una politica immigratoria per motivi lavorativi richiede una distinzione tra «la dimensione d'ordine pubblico attinente al contenimento dell'immigrazione entro i limiti giudicati ottimali in base agli orientamenti politico-culturali democraticamente assunti come vincolanti» e la «dimensione strettamente lavoristica, attinente al governo efficace e razionale del rapporto tra gli immigrati e il mercato del lavoro domestico»⁹⁶.

Equilibrio che non è stato ancora attuato, attesa la gestione emergenziale del fenomeno alla luce dell'utilizzo sistematico del provvedimento di sanatoria per fronteggiare la pressione esercitata dagli ingressi irregolari sulle frontiere⁹⁷.

⁹³ L'individuazione della politica da adottare è una questione che per la complessità che la connota non è possibile affrontare in questa sede. Tuttavia, si condivide il pensiero di N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, in LD, 2003, II, 292 «Sembra dunque che accanto al tentativo di disincentivazione dell'immigrazione verso il nostro paese attuato attraverso le innalzamento di barriere giuridiche e culturali, si sia cercato di utilizzare l'immigrazione stessa come banco di sperimentazione di politiche di flessibilità, o meglio di precarietà, che coinvolgono tutta la forza lavoro, nazionale e straniera».

⁹⁴ M. LIVI BACCI, *Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati*, reperibile su <https://www.pietroichino.it/?p=16170&print=1> ricorda che determinare una politica migratoria presuppone una capacità di programmazione, e quindi di valutazione dei fabbisogni sociali e del mercato del lavoro, e una capacità di valutare preventivamente le caratteristiche personali degli immigrati (livello di formazione, l'idoneità all'inserimento sociale ecc.), capacità che, allo stato, sono assenti nelle amministrazioni di settore.

⁹⁵ A. TURSI, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit., 199-200. Sulla legittimità costituzionale di determinare chi entra v. G. LUDOVICO, *Politiche migratorie e flussi di ingresso per motivi di lavoro*, in G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003, 92-94.

⁹⁶ A. TURSI, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, cit., 201.

⁹⁷ G. LUDOVICO, *Politiche migratorie e flussi di ingresso per motivi di lavoro*, cit., 92. Egli sottolinea come tale gestione sia in parte dovuta anche al ritardo culturale con cui un paese come l'Italia si è confrontata con il fenomeno dell'immigrazione.

Nonostante ciò, merito del legislatore del 1998 è quello di aver previsto degli strumenti per definire tale politica.

L'art. 3 del TUI, denominato “politiche migratorie”, prevede, infatti, che ogni tre anni – salva la necessità di un termine più breve (possibilità introdotta dalla riforma Bossi-Fini) – il Presidente del Consiglio dei ministri predisponga il documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione degli stranieri con Decreto del Presidente della Repubblica, sentiti diversi soggetti istituzionali e che – previa approvazione del governo – lo trasmetta al Parlamento, il quale potrà fornire un parere entro 30 giorni. Il rilievo del documento programmatico si comprende non solo per il largo coinvolgimento degli organi che contribuiscono alla sua definizione, ma anche alla luce del contenuto previsto. Infatti, secondo il comma 2 il documento deve indicare le azioni e gli interventi che lo Stato italiano si propone di svolgere in materia di immigrazione, anche mediante la conclusione di accordi con i paesi di origine; le misure di carattere economico e sociale nei confronti degli stranieri soggiornanti nel territorio dello Stato; nonché i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato e gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti.

Se la definizione della politica migratoria da parte dei più importanti attori istituzionali si rivela una scelta equilibrata, la determinazione dei flussi di ingresso – a seguito della modifica ad opera della legge Bossi Fini – è completamente attribuita al potere esecutivo. Infatti, è compito del Presidente del Consiglio dei ministri emanare entro il 30 novembre di ogni anno un decreto con la determinazione delle quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per «lavoro subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale, e autonomo tenuto conto dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea eventualmente disposte ai sensi dell'articolo 20» o ulteriori decreti, «qualora se ne ravvisi l'opportunità». Inoltre, in caso di mancata pubblicazione del decreto di programmazione annuale ad opera del presidente del Consiglio dei ministri, lo stesso potrà provvedere in via transitoria con proprio decreto⁹⁸. Tale previsione non è stata criticata solo per la

⁹⁸ La L. 18 dicembre 2020, n. 173 ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la conversione, con modificazioni, del D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, eliminando il periodo “entro il 30 novembre,

formulazione indeterminata che la connota, ma soprattutto per la discrezionalità, che sfiora i confini dell'arbitrio riconosciuta all'esecutivo, in virtù della quale si concede al governo la facoltà di chiudere i confini⁹⁹.

La gestione dell'immigrazione viene poi decentralizzata per quanto concerne l'integrazione sociale alle regioni, province, comuni e altri enti locali, che hanno il compito di adottare i provvedimenti volti a rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri (in particolare quelli inerenti «all'alloggio, alla lingua, l'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana»), e ai Consigli territoriali per l'immigrazione – di nuova istituzione – per l'analisi delle esigenze e la promozione di interventi da attuare a livello locale.

A completamento della disposizione concernente la determinazione dei flussi di ingresso nel territorio italiano, si deve segnalare l'art. 21 T.U.I. che, da un lato, ammette possibili restrizioni numeriche verso cittadini appartenenti agli Stati che non collaborano al contrasto all'immigrazione clandestina, dall'altro, riserva un trattamento di maggior favore agli stranieri che vantano un'ascendenza italiana¹⁰⁰, riservando a loro quote preferenziali previo inserimento in un apposito elenco costituito presso le rappresentanze diplomatiche; o che siano cittadini di Stati che hanno stipulato accordi o intese con l'Italia. Il trattamento

nel limite delle quote stabilite nell'ultimo decreto emanato”, sopprimendo così ogni limite alla discrezionalità dell'esecutivo.

Inoltre, si sottolinea che il D.L. 20/2023 conv. In L. 50/2023 all'art. 1 prevede «1. Per il triennio 2023-2025, le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale e per lavoro autonomo, sono definite, in deroga alle disposizioni dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. 2. Ai fini della predisposizione dello schema di decreto di cui al comma 1, la Presidenza del Consiglio dei ministri sente i Ministri competenti per materia, gli iscritti al registro di cui all'articolo 42, comma 2, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro. Il predetto decreto è adottato, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari, che si esprimono entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta. Decorso tale termine il decreto è comunque adottato».

⁹⁹ G. LUDOVICO, *Politiche migratorie e flussi di ingresso per motivi di lavoro*, cit. 99 secondo il quale «la formulazione della norma non chiarisce in alcun modo se al decreto emanato in via transitoria deve far seguito delle menomazioni il provvedimento definitivo. Particolarmente opinabili sono poi gli effetti che la disposizione determina sul corretto funzionamento del sistema di programmazione dei flussi migratori, essendo rimessa alla totale discrezionalità del presidente del consiglio, in palese violazione dell'art. 10, comma due, Cost.». v. anche N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 299.

¹⁰⁰ Per parte per parte di almeno uno dei genitori fino al terzo grado in linea retta di ascendenza residenti in paesi non comunitari.

di maggior favore verso questi lavoratori si manifesta anche in virtù della possibilità per questi ultimi di iscriversi ad apposite liste in base alle quali, un datore di lavoro potrà attingervi. In tal modo, le liste fungono da meccanismo di incontro tra domanda e offerta di lavoro, in deroga alla richiesta nominativa necessaria per ottenere il visto di ingresso (art. 21, co. 5).

La funzionalizzazione della immigrazione per motivi economici si evince dalla disposizione che prevede la possibilità per lo Stato italiano di stipulare accordi con altri paesi al fine di introdurre lavoratori stranieri in Italia per svolgere determinate opere o servizi limitati nel tempo, al termine dei quali i lavoratori hanno l'obbligo di tornare nel proprio paese d'origine, nonché dalla disposizione recente¹⁰¹ di autorizzare – sulla base di intese in materia di rimpatrio – l'ingresso di lavoratori, anche stagionali, al di fuori delle quote di ingresso.

La logica utilitaristica che governa i flussi migratori è accentuata con la l. 189/2002. Infatti, già prima di tale provvedimento, era previsto che i decreti annuali dovessero tenere conto delle indicazioni sull'andamento dell'occupazione, dei tassi di disoccupazione a livello nazionale e regionale, nonché sul numero dei cittadini extracomunitari iscritti nelle liste di collocamento (art. 21 co. 4), ma successivamente allo stesso, viene imposto di predisporre i decreti annuali alla luce dei dati sulla effettiva richiesta di lavoro e sulla base dei rapporti che le regioni possono trasmettere ogni anno sulla presenza e sulle condizioni degli immigrati extracomunitari nel territorio regionale (art. 21 co 4 bis e 4 ter).

4.2 La procedura di ingresso del lavoratore extracomunitario

La sovranità dello Stato sul territorio italiano si esplica, da un lato, nella scelta di vietare l'ingresso a determinati soggetti¹⁰², dall'altra, nella facoltà di ammetterne altri secondo la discrezionalità del legislatore, che si esprime nel condizionare l'ingresso ad un motivo tassativamente previsto che lo giustifica e che assume la veste del visto di ingresso. Quest'ultimo è, infatti, il documento che permette al cittadino extracomunitario di entrare regolarmente nel territorio

¹⁰¹ Introdotta dall'art. 1 co. 5 ter del D.L. 10 marzo 2023, n. 20 convertito con modificazioni nella l. 5 maggio 2023, n. 50.

¹⁰² Si veda a tal proposito art. 22 co. 5 bis, 5 ter TUI.

di uno Stato diverso dal suo di origine¹⁰³, insieme al passaporto o altro documento equiparabile¹⁰⁴. A tali condizioni non si sottraggono nemmeno i lavoratori stranieri, a cui anzi sono imposti ulteriori requisiti per l'accesso e il soggiorno regolare.

La procedura di ingresso per motivi lavorativi dell'extracomunitario è estremamente antiquata¹⁰⁵ e articolata, in quanto introduce una serie di passaggi che gravano prima sul datore di lavoro, il quale deve adoperarsi presentando diversi documenti allo sportello unico per l'immigrazione, poi sul lavoratore, soggetto ad una serie di adempimenti sottoposti a termine il cui mancato rispetto determina l'inefficacia della procedura. Ne discende una procedura che ha l'effetto di scoraggiare l'assunzione di manodopera straniera, disincentivare l'ingresso entro percorsi legali, anche attraverso la riduzione delle quote di accesso, e incrementare la precarizzazione e amministrativizzazione dei diritti degli immigrati regolari¹⁰⁶.

L'ingresso dello straniero lavoratore è regolato dall'art. 22 TUI, come riformato dalla legge Bossi-Fini, che lo ha disciplinato, adeguandolo ad una visione restrittiva della immigrazione.

In primo luogo, va osservato come il sistema si fondi sull'assunto che l'incontro tra il lavoratore straniero e il datore di lavoro possa avvenire all'estero, circostanza che raramente si verifica nella prassi. Infatti, il datore di lavoro che intende instaurare un rapporto di lavoro subordinato con uno straniero residente all'estero deve presentare allo Sportello per l'immigrazione competente

¹⁰³ Sul visto di ingresso da parte di cittadini di paesi terzi vedere G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, (a cura di) P. MOROZZO DELLA ROCCA, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, 15 ss.; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019, 22 ss.

¹⁰⁴ Inoltre, ai sensi dell'art. 4 co. 1 è necessario entrare attraverso i valichi di frontiera e il visto viene rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche italiane nello stato di origine dello straniero. Le condizioni di rilascio del visto variano a seconda dei motivi per i quali si richiede. Si osserva anche che se la durata del soggiorno è inferiore a 3 mesi non serve il permesso di soggiorno ma è sufficiente come documento autorizzatorio dell'ingresso il solo visto.

¹⁰⁵ La struttura della procedura di ingresso è stata mantenuta nel corso degli anni e risale all'anno 1963.

¹⁰⁶ A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-fini*, cit., 967 e N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 292.

territorialmente¹⁰⁷ un elenco di documenti, che si è allungato nel tempo¹⁰⁸, quali: «la richiesta nominativa di un nullaosta al lavoro»; «idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero»; la proposta di contratto di soggiorno con specificazione delle relative condizioni di lavoro e dell'impegno al pagamento delle spese per il rientro nel paese di provenienza; la dichiarazione di impegno a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro; asseverazione di cui all'art. 24 bis comma 2 (di recente introdotta dal dl. 20/2023) (art. 22 co. 2).

Dalla lettura di questo elenco si evince chiaramente la preoccupazione del legislatore di ammettere uno straniero nel proprio territorio, che in assenza delle risorse minime per vivere e delle garanzie fornite dal futuro datore di lavoro, graverebbe sulle finanze statali, rappresentando quindi un problema di ordine pubblico.

Per quanto concerne la richiesta di nullaosta¹⁰⁹, non si segnalano particolari criticità, in quanto la riforma del 2002 ne ha semplicemente mutato la denominazione, (prima era chiamata autorizzazione al lavoro). Si segnala come la richiesta nominativa presupponga la conoscenza del lavoratore extracomunitario, conoscenza che – come si è affermato – deve essere avvenuta nel territorio straniero, attesa l'impossibilità del lavoratore di fare ingresso per ricercare un'occupazione. Tale meccanismo di incontro tra la domanda e l'offerta è del tutto innaturale dal momento che impone l'incontro all'estero o virtualmente, contribuendo alla formazione di manodopera straniera irregolare, come si esaminerà nel capitolo 3.

¹⁰⁷ La legge Bossi Fini ha voluto semplificare la procedura identificando un unico soggetto competente sia per la concessione del nullaosta alla richiesta di visto di ingresso, sia per la stipula del contratto di soggiorno. Lo sportello unico per l'immigrazione è un'articolazione territoriale della prefettura. In precedenza, il soggetto deputato a ricevere i documenti era l'ufficio periferico del Ministero del lavoro e della previdenza sociale.

¹⁰⁸ In origine era previsto solo che il datore di lavoro presentasse richiesta nominativa di autorizzazione al lavoro (art. 22 co. 1), idonea documentazione indicante le modalità della sistemazione alloggiativa (art. 22 co. 2) e la copia del contratto di lavoro (art. 22 co. 8), che tuttavia non sembrava essere un requisito necessario ai fini del rilascio dell'autorizzazione, quanto un adempimento che doveva essere assolto una volta che lo straniero aveva fatto ingresso in Italia, in quanto era prescritta l'esibizione della copia del contratto stipulato con il lavoratore.

¹⁰⁹ Ai sensi dell'articolo 30 comma 2 del regolamento attuativo alla richiesta di nullaosta dovevano essere indicate le generalità del datore di lavoro, dell'impresa, del lavoratore che si intendeva assumere e del luogo nel quale sarebbe stata eseguita la prestazione lavorativa e ai sensi del comma 3, si richiede anche la presentazione dell'autocertificazione dell'iscrizione dell'impresa alla Camera di Commercio e una idonea documentazione atta a comprovare la capacità occupazionale e reddituale del datore di lavoro.

Precedentemente all'entrata in vigore della legge Bossi-Fini, il sistema di incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro non era così congeniato, in quanto l'art. 23 del TUI del 1998, concernente "la prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro", attribuiva allo straniero la possibilità di entrare nel territorio italiano per ricercare un'occupazione. In virtù di tale disposizione il cittadino italiano o lo straniero regolarmente soggiornante potevano farsi garanti dell'ingresso di uno straniero¹¹⁰, presentando «entro 60 giorni dalla pubblicazione dei decreti di cui all'articolo 3, comma 4, apposita richiesta nominativa, alla questura della provincia di residenza, la cui autorizzazione all'ingresso costituisce titolo per il rilascio del visto di ingresso» (art 23 co 1). La procedura di ingresso si articolava secondo le stesse modalità previste per l'ingresso per motivi di lavoro, con l'unica differenza che lo straniero, entrato in Italia con il visto di cui all'art. 23, aveva il compito di iscriversi alle liste di collocamento presso la direzione provinciale del lavoro, costituendo ciò, la condizione per il rilascio di un "permesso di soggiorno a fini di inserimento nel mercato del lavoro" da richiedere entro 8 giorni dall'ingresso e della durata di un anno.

La garanzia da fornire per ottenere l'autorizzazione all'ingresso consisteva nell'assicurare la disponibilità di un alloggio, la copertura dei costi per il sostentamento, l'assistenza sanitaria per tutta la durata del soggiorno e le spese per il rientro nel paese di provenienza¹¹¹.

Tale istituto, se comunque condizionato al rispetto delle quote di ingresso e all'individuazione di un garante, è da considerare con grande favore per la pragmaticità che lo caratterizzava. Infatti, è noto come negli studi sociologici il migrante economico si diriga secondo le c.d reti migratorie, ossia in paesi in cui sa di poter contare su determinate persone – amici o parenti connazionali–, costituendo tale pratica una prassi ormai consolidata¹¹².

Pertanto, riconoscerla sul piano normativo è stato senz'altro una valida operazione, i cui effetti positivi il legislatore del 2002 non ha voluto cogliere.

¹¹⁰ Erano ammessi a fare i garanti anche le regioni, gli enti locali e le associazioni professionali e sindacali, gli enti e le associazioni del volontariato operanti nel settore dell'immigrazione da almeno tre anni, provvisti dei requisiti patrimoniali e organizzativi individuati nel reg. di attuazione, per un maggiore approfondimento v. G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 794.

¹¹¹ Art. 23 e Reg. attuativo.

¹¹² V. sul punto M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, il Mulino, Bologna, 2011, 44 e 83 ss.

È noto poi che se da un lato, tale istituto consente di incontrare – realisticamente – il datore di lavoro in Italia, dall'altro, non elimina, anzi inasprisce, la condizione di soggezione in cui si trova lo straniero, che ha un anno di tempo per cercare un'occupazione, al termine del quale, in caso di tentativo infruttuoso, sarà costretto a ritornare nel proprio paese.

La disciplina attuale, sebbene abbia soppresso l'istituto dello sponsor, prevede dei meccanismi per attenuare l'irrazionale sistema che impone l'incontro tra la domanda e l'offerta all'estero. La previsione all'art. 22 co. 3 consente al datore di lavoro di effettuare una richiesta numerica, reperendo il lavoratore straniero dalle liste predisposte ai sensi dell'art. 21, in conformità delle intese stipulate dall'Italia con altri paesi stranieri o secondo le quote preferenziali concesse ai lavoratori di origine italiana. Inoltre, si osserva che qualora il datore di lavoro optasse per la richiesta numerica non sarebbe onerato di comunicare ogni variazione del rapporto di lavoro allo sportello Unico per l'immigrazione (né dall'asseverazione di cui alla lett. D bis art. 22 co. 2), ma solamente obbligato a presentare il contratto di soggiorno con le garanzie per l'alloggio e per le spese di rientro¹¹³.

A destare maggiore attenzione è stata l'introduzione del contratto di soggiorno per lavoro ad opera dell'art. 5 bis, norma che non definisce tale contratto.

Come si specificherà in seguito, questa è una rilevante novità apportata dal legislatore del 2002, che ha condizionato il rilascio del permesso di soggiorno alla stipulazione del contratto di soggiorno.

Quest'ultimo, oltre alle condizioni di lavoro, deve contenere «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» (lett. a) dell'art. 5 bis co. 1) e «l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel paese di provenienza» (lett. b) dell'art. 5 bis co. 1).

Le due garanzie imposte al datore di lavoro nel contratto di soggiorno hanno indotto la dottrina ad interrogarsi sulla natura del contratto di soggiorno.

¹¹³ G. LUDOVICO, *Commento all'articolo 22 D.Lgs 286/1998*, in G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003, 162. L'autore sottolinea come la mancata previsione dell'obbligo di comunicare ogni variazione intervenuta nel corso del rapporto costituisce una scelta legislativa non comprensibile.

Un primo orientamento, tuttavia minoritario, valorizza la presenza delle garanzie a carico del datore di lavoro attribuendo al contratto di soggiorno un ruolo essenzialmente pubblicistico, assunto mediante un contratto tipico a obbligazioni a carico del solo proponente, da stipulare in forma scritta¹¹⁴. Il contratto di lavoro, collegato al primo, manterrebbe, invece, la propria autonomia funzionale e il contenuto volto a disciplinare le condizioni di lavoro. Una seconda ricostruzione – anch'essa minoritaria – qualifica il contratto di soggiorno come negozio trilaterale, che vede oltre alla partecipazione delle due parti già citate, anche quella dello Stato ai fini della concessione del permesso di soggiorno¹¹⁵. Tale interpretazione non ha trovato approdo in dottrina, che sottolinea come il permesso di soggiorno non possa essere negoziabile tra le parti, data la valenza pubblica che assume nell'autorizzare l'ingresso dello straniero¹¹⁶. A conferma di ciò è la lettera della legge che all'art. 5 bis individua espressamente le parti del contratto di soggiorno, senza fare cenno alla parte pubblica.

Secondo invece l'orientamento maggioritario, il contratto di soggiorno apparirebbe come un semplice contratto di lavoro «a cui accede l'ulteriore impegno di natura contrattuale relativo alla disponibilità dell'alloggio al pagamento delle spese di rimpatrio»¹¹⁷. Tale interpretazione è avallata secondo

¹¹⁴ G. DONDI, *La politica verso l'immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, in G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003, 14; M. MCBRITTON, *Immigrazione e lavoro nell'esperienza giuridica italiana*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, Bari, 2007, 205.

¹¹⁵ U. DE AUGUSTINIS, *Art. 6*, in U. DE AUGUSTINIS (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione: commento alla L. n. 189 del 30 luglio 2002 e al D.L. n. 195 del 9 settembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, 23 ss.; A. GUARISO, *Le incrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, in *DL*, 2006, 35 ss.; O. GIOLO, *Le ragioni (non sufficienti) dell'esclusione. Un approccio teorico-generale al diritto dell'immigrazione*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro: meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009, 92.

¹¹⁶ G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 781.

¹¹⁷ G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 780. Nello stesso senso V. ANGIOLINI, *Immigrazione e lavoro*, cit., 236; L. CASTELVETRI, F. SCARPELLI, *Il lavoro degli immigrati*, in *RIDL*, 2003, III, 12; N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 318; M.L. DE MARGHERITI, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, Torino, 2005, 191; S. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Esi, Napoli, 2005, 249; A. TURSI, *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina*

tale indirizzo alla luce del fatto che la presenza di tali garanzie non conferisce al contratto alcun elemento di specialità, non comportando quindi alcuna deviazione della causa del contratto di lavoro subordinato¹¹⁸.

Focalizzando, ora, l'attenzione sulle garanzie contenute nel contratto di soggiorno, quella concernente la disponibilità di un alloggio per il lavoratore, in conformità nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica, ha destato qualche perplessità¹¹⁹. La *ratio* di tale previsione sembra ad una prima lettura costituire una tutela a favore dello straniero, il quale potrebbe effettivamente trovarsi in difficoltà nella ricerca di un'abitazione, ma secondo una più approfondita analisi appare soddisfare, in via privatistica mediante il trasferimento di tale onere sul datore di lavoro, «l'esigenza di pubblico interesse costituita da un'adeguata sistemazione abitativa del prestatore di lavoro», derivante dalla possibile «presenza di contesti abitativi indecorosi, spesso connessi ai fenomeni immigrativi»¹²⁰. Il trasferimento sul datore di lavoro dell'assolvimento di tale esigenza pubblica scarica su di esso un costo non indifferente, che aumenta il prezzo della manodopera straniera, disincentivandone l'utilizzabilità.

Inoltre, rispetto alla previsione di cui alla l. 40/1998, che imponeva solo la esibizione di documentazione idonea ad una sistemazione alloggiativa, secondo cui era sufficiente la comunicazione dei dati relativi all'abitazione indicata dal lavoratore senza alcun obbligo aggiuntivo di spesa¹²¹, la novella, riformata dalla legge Bossi Fini, impone invece un vero e proprio vincolo di mettere a disposizione un alloggio conforme agli standard minimi in materia di edilizia residenziale.

La maggiore incisività della garanzia si evince anche dalla previsione che consente al datore di lavoro di trattenere fino ad un terzo dello stipendio del

dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002, Giappichelli, Torino, 2005, 18.

¹¹⁸ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit., 188.

¹¹⁹ N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 309.

¹²⁰ U. DE AUGUSTINIS, *L'introduzione dell'art. 5-bis nel Testo Unico: contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in U. DE AUGUSTINIS (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione: commento alla L. n. 189 del 30 luglio 2002 e al D.L. n. 195 del 9 settembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, 27.

¹²¹ G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 781

lavoratore straniero per le spese sostenute in materia di alloggio¹²², nonostante la spesa per l'alloggio sia in via principale a carico del lavoratore straniero, in quanto, diversamente, si porrebbe una discriminazione alla rovescia nei confronti dei lavoratori italiani¹²³.

L'allegazione al contratto di soggiorno della garanzia in esame evidenzia come la stessa debba essere fornita in un momento anteriore rispetto all'effettiva entrata del lavoratore nel territorio italiano¹²⁴, comportando l'attribuzione di costi anticipati in capo al datore di lavoro per il reperimento dell'alloggio, causando inevitabilmente un effetto deterrente verso l'assunzione di forza lavoro straniera¹²⁵. Tuttavia, l'indeterminatezza della norma non consente di prevedere fino a quale momento il datore sia onerato dalla garanzia e si ipotizza, quindi, che, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, le garanzie si trasferiranno automaticamente in capo al nuovo datore di lavoro¹²⁶.

Quanto alle spese per il rientro, anche esse contribuiscono all'aumento del costo del lavoro straniero, creando un effetto anticoncorrenziale per il lavoratore¹²⁷. L'operazione di dissuasione dall'impiego di manodopera straniera si comprende proprio per tale ragione, in quanto l'obbligo di pagare il viaggio di ritorno non era previsto prima della riforma del 2002, che con tale disposizione mostra di concepire lo straniero come potenziale pericolo per la sicurezza pubblica, assicurandogli un'uscita garantita dallo Stato italiano.

I profili problematici si rinvencono anche nell'individuazione del datore di lavoro onerato a sostenere tali spese. Il responsabile sembra essere colui che per ultimo assumerà la veste del datore di lavoro¹²⁸, ma una interpretazione ispirata

¹²² G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 782 la disposizione dell'articolo 2 comma 9 del dl 9 settembre 2002, n. 195 la soluzione maggiormente accreditata prevede l'accollo delle spese di alloggio da parte del datore di lavoro ma tale obbligo non si protrae oltre la cessazione del rapporto.

¹²³ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit. 189.

¹²⁴ M. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, in *DIC*, 2002, III, 29.

¹²⁵ N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 309.

¹²⁶ L. CASTELVETRI, F. SCARPELLI, *Il lavoro degli immigrati*, cit., 13.

¹²⁷ L. NERI, A. GUARISO, *La legge Bossi-Fini sull'immigrazione: le innovazioni in materia di lavoro*, in *DL*, 2002, 241.

¹²⁸ M. L. DE MARGHERITI, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit., 194.

al buon senso imporrà, invece, un regime di solidarietà tra i diversi datori di lavoro¹²⁹.

Le problematiche più spinose concernono l'inadempimento degli obblighi assunti tramite garanzia, che costituiscono una condizione per il rilascio del permesso di soggiorno ai sensi del comma 2 dell'art. 5 bis¹³⁰. In tale ipotesi, il legislatore non ha indicato alcuna misura sanzionatoria e, per tale ragione, sono emerse diverse interpretazioni sul punto.

Secondo infatti una dottrina minoritaria, il mancato assolvimento delle garanzie previste dall'articolo 22 non invalida il contratto di soggiorno per lavoro, che in virtù del principio della conservazione degli effetti determinerebbe un semplice contratto di lavoro, producendo soltanto l'inidoneità del rilascio del permesso di soggiorno. Tuttavia, la dottrina maggioritaria sostiene che il mancato rispetto delle garanzie, essendo poste come condizioni indispensabili ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, determina la nullità del contratto di soggiorno.

Inoltre, come rileva attenta dottrina in tale situazione non potrebbero nemmeno applicarsi i rimedi civilistici, in quanto inidonei a garantire efficacemente il rispetto degli impegni assunti in sede di stipulazione del contratto di soggiorno, esponendo l'intera disciplina al grave pericolo di una diffusa ineffettività¹³¹.

Nell'ottica securitaria che domina la riforma Bossi-Fini, si comprende l'inserimento della lett. d) del co. 2 che obbliga il datore di lavoro a comunicare ogni variazione concernente il rapporto di lavoro allo Sportello unico per l'immigrazione, riconoscendogli un ruolo di controllo e monitoraggio del rapporto, che indubbiamente non ottimizza o semplifica il suo operato¹³².

Si sottolinea inoltre che «l'introduzione di sempre nuove condizioni di legalità della permanenza dello straniero accentua il carattere di precarietà della condizione di regolarità acquisita, costantemente minacciata dal venir meno di

¹²⁹ A. MONTANARI, *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam Padova, 2010, 132 e W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche In Italia e in Europa*, cit., 189.

¹³⁰ Art. 5 bis, co. 2 «Non costituisce titolo valido per il rilascio del permesso di soggiorno il contratto che non contenga le dichiarazioni di cui alle lettere a) e b)», ossia la disponibilità di un alloggio e l'impegno al pagamento delle spese di rientro.

¹³¹ G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 783-784.

¹³² G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 789, si sottolinea inoltre come il legislatore del 2012 abbia abrogato la disposizione che prevedeva una sanzione pecuniaria (dai 500 ai 2500€) per la mancata comunicazione allo sportello unico per l'immigrazione di qualunque variazione del rapporto di lavoro.

uno dei suoi presupposti. Una tale incertezza, oltre a costituire ostacolo a percorsi di inserimento e integrazione degli stranieri, non può che alimentare fenomeni, per altro già significativamente consistenti, di sfruttamento del lavoro e della condizione di debolezza che ne deriva»¹³³.

A seguito della presentazione di tutta la documentazione sopra accennata, lo Sportello unico dell'immigrazione ha l'obbligo di verificare la previa indisponibilità di manodopera sul territorio nazionale. Infatti, tale passaggio preliminare, che è stato reintrodotta dalla l. 189/2002, dopo l'abrogazione da parte della l. 40/1998, ha origini ben più lontane, in quanto era già stato previsto dal legislatore del 1986¹³⁴.

Se da un lato, non lascia sorpresi tale previsione, in quanto conforme al principio costituzionale che riserva ai cittadini il diritto al lavoro, dall'altra, la reintroduzione della condizione della indisponibilità è un chiaro segno della logica utilitaristica delle politiche migratorie e della disincentivazione all'utilizzo di manodopera straniera. Infatti, tale considerazione è avallata dalla procedura complessa che era stata ideata dal legislatore del 2002, che prevedeva il coinvolgimento del centro per l'impiego territorialmente competente, il quale, dopo aver diffuso le offerte di lavoro a tutti gli altri centri per l'impiego italiani, poteva trasmettere al richiedente – trascorsi venti giorni e in mancanza di risposte da parte di lavoratori italiani o comunitari –, la certificazione negativa, strumentale al rilascio dell'autorizzazione da parte dello sportello unico. Tale procedura ha dispiegato i suoi effetti fino al 2013, anno nel quale è stata semplificata, ma solo in apparenza, perché ha imposto al datore di lavoro di dimostrare – con idonea documentazione – la indisponibilità di manodopera sul territorio nazionale¹³⁵.

Di pregio, però, è il merito di aver espunto dalla norma la previsione che circoscriveva la verifica alla sola manodopera “nazionale o comunitaria”, estromettendo in maniera discriminatoria quella extracomunitaria

¹³³ N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 310.

¹³⁴ V. art. 8 co. 3 secondo cui «Gli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione provvedono al rilascio dell'autorizzazione previo accertamento di indisponibilità di lavoratori italiani e comunitari aventi qualifiche professionali per le quali è stata richiesta l'autorizzazione al lavoro e previa verifica delle condizioni offerte dal datore di lavoro al lavoratore extracomunitario».

¹³⁵ Articolo 22 comma 2 «Il datore di lavoro [...] deve presentare, previa verifica presso il centro per l'impiego competente, dell'indisponibilità di un lavoratore presente sul territorio nazionale, idoneamente documentata...».

disoccupata¹³⁶. Ad oggi il generico riferimento al “lavoratore sul territorio nazionale” permette di superare tale profilo e coinvolgere nell’accertamento anche i lavoratori extracomunitari iscritti alle liste di collocamento.

La conclusione di tale verifica non consente ancora il rilascio del nulla osta, che potrà essere concesso solo dopo che lo Sportello avrà valutato il rispetto delle «prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie». Tale disposizione evita di considerare le problematiche sottese all’individuazione del contratto collettivo e delle garanzie ad esso connesse¹³⁷. Si ritiene che lo scopo di una tale previsione sia di duplice ordine: da un lato, garantire un trattamento paritario nei confronti dei lavoratori stranieri, dall’altra, evitare l’effetto concorrenziale che potrebbe scaturire nei confronti dei lavoratori italiani e nel mercato del lavoro dall’adozione di condizioni contrattuali inferiori a quelle previste per i lavoratori autoctoni¹³⁸.

Ultimata tale valutazione, se rispettate tutte le condizioni sopra evidenziate, lo Sportello unico, nel termine di sessanta giorni dalla presentazione della richiesta (termine che è stato allungato nel 2014 dai quaranta originari), deve rilasciare il nullaosta, con validità di sei mesi, nel rispetto dei limiti qualitativi e quantitativi previsti dal Decreto flussi. Il termine deve considerarsi ordinatorio, in quanto al suo mancato rispetto non è comminata alcuna conseguenza, ma anzi si evidenzia la loro frequente violazione nella prassi.

Il rilascio del nullaosta è stato di recente condizionato da un ulteriore passaggio, che testimonia l’approccio securitario del legislatore odierno al tema della immigrazione: la previa assunzione di informazioni dalla questura

¹³⁶ A sottolineare tale aspetto anteriormente alla modifica introdotta nel 2013 sono diversi esponenti della dottrina G. LUDOVICO, *Commento all’articolo 22 D.Lgs 286/1998*, in G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003, 164; N. CASTELLI, *Politiche dell’immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 313; L. CASTELVETRI, F. SCARPELLI, *Il lavoro degli immigrati*, cit., 13 secondo cui in virtù di un’interpretazione conforme al principio di uguaglianza e di parità di opportunità e trattamento sanciti dall’articolo 10 convenzione Oit 143 del 1975 bisognerà estendere tale verifica anche alla forza di lavoro straniera.

¹³⁷ A fronte della vecchia formulazione della disposizione, che prevedeva «l’applicazione di condizioni che non possono essere inferiori a quelle stabilite dai contratti collettivi nazionali di lavoro applicabili», la nuova sembra ipotizzare l’introduzione da parte del legislatore di un meccanismo di estensione legale dell’efficacia dei contratti collettivi che «ne impone l’applicazione, quale onere aggiuntivo, anche al datore di lavoro non associato o che comunque non intenda applicare il contratto collettivo». In tal senso, N. CASTELLI, *Politiche dell’immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 306; G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 791 tale nuova formulazione presupporrebbe l’efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi di diritto comune.

¹³⁸ N. CASTELLI, *Politiche dell’immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, cit., 307.

territorialmente competente, prevedendo un meccanismo di silenzio assenso, tale per cui in mancanza di indicazioni contrarie, il nullaosta potrà essere rilasciato¹³⁹.

Su richiesta del datore di lavoro, il nullaosta deve essere trasmesso dallo sportello agli uffici consolari del paese di origine del lavoratore straniero, affinché concedano il visto di ingresso per motivi lavorativi, il solo documento che consente al lavoratore straniero di entrare regolarmente in Italia.

La procedura in esame prevede che il lavoratore, entro 8 giorni dal suo ingresso, debba firmare il contratto di soggiorno presso lo Sportello unico di immigrazione, contratto che condiziona il rilascio del permesso di soggiorno (art. 22 co. 6). Nel medesimo termine e solo dopo la stipulazione del contratto di soggiorno, lo straniero dovrà recarsi presso la questura territorialmente competente per richiedere il permesso di soggiorno per motivi di lavoro (art. 5 co. 2), che deve essere rilasciato nel termine ordinatorio di 60 giorni. Il legislatore, consapevole dei ritardi che possono verificarsi a seguito del rilascio del permesso di soggiorno, ha previsto per il lavoratore la facoltà di permanere e lavorare regolarmente in pendenza della richiesta di rilascio, a condizione che questa sia stata effettuata dopo l'atto di stipula del contratto di soggiorno (art. 5 co. 9 bis).

Pertanto, con la richiesta e con il conseguente rilascio del permesso di soggiorno per motivi lavorativi si conclude la procedura "bizantina"¹⁴⁰ che regola l'ingresso del migrante per motivi economici.

4.3 La regolazione del soggiorno del lavoratore extracomunitario

Come di recente esaminato, il permesso di soggiorno e il rapporto di lavoro sono strettamente connessi, nonostante abbiano una funzione profondamente diversa, in ragione del fatto che il permesso di soggiorno è ispirato all'«obiettivo del controllo e del mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico»¹⁴¹, mentre il contratto di lavoro è finalizzato alla regolazione dello svolgimento dell'attività

¹³⁹ Il d.l. 20/2023 conv. In L. 50/2023 ha modificato l'art. 22 comma 5, prescrivendo l'acquisizione di informazioni relative ad elementi ostativi all'ingresso dello straniero nel termine di 60 giorni, decorsi i quali, lo Sportello dell'immigrazione potrà rilasciare comunque il nullaosta. In precedenza, si riteneva sufficiente "sentire il questore".

¹⁴⁰ M. MCBRITTON, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, in *RGL*, 2010, II, 551.

¹⁴¹ G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 807.

lavorativa e, come tale, è soggetto alla disciplina lavoristica al pari di ogni rapporto di lavoro.

La stretta connessione che intercorre tra i due impone l'analisi delle conseguenze che possano derivare dalle vicende modificative che coinvolgono prima il permesso di soggiorno, poi il rapporto di lavoro.

4.3.1 Le vicende modificative che interessano il permesso di soggiorno

Come noto, il legislatore ha voluto disciplinare anche la permanenza del lavoratore migrante, introducendo delle condizioni per il rilascio dei visti di ingresso, per il rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno, determinando un trattamento differente rispetto al lavoratore cittadino italiano che non è esposto a vicende che possano condizionare il suo soggiorno in Italia.

Di regola il permesso di soggiorno ha la stessa durata del visto di ingresso¹⁴². Tuttavia, il permesso di soggiorno per motivi lavorativi ha una disciplina diversa a seguito della riforma del 2002¹⁴³, che commisura la sua durata a quella prevista dal contratto di soggiorno per lavoro, imponendo però il rispetto del limite di nove mesi per i contratti di lavoro stagionali, 1 anno per i contratti di lavoro a termine e 2 anni per quelli a tempo indeterminato.

Ulteriori previsioni sono stabilite per il rinnovo del permesso di soggiorno, che solleva le questioni più problematiche, in quanto è concesso solo previa «verifica delle condizioni previste per il rilascio e delle diverse condizioni previste dal presente testo unico» (art. 5 co. 4). La formulazione così delineata non specifica quindi quali delle condizioni imposte per l'ingresso debbano essere rispettate in sede di rinnovo, atteso che non tutte possono trovare applicazione in ragione della diversa *ratio* sottesa.

Ad esempio, si dubita che la verifica della indisponibilità di manodopera rientri tra quelle condizioni, atteso che l'entrata del lavoratore nel territorio italiano rende superflua la verifica finalizzata all'impedimento dell'ingresso.

¹⁴² Art. 5 co. 3. Ai sensi del comma 2, il visto di ingresso stabilisce anche le attività che possono essere svolte durante la permanenza del lavoratore.

¹⁴³ Il legislatore del 2002 ha deciso di scorporare le previsioni inerenti al permesso di soggiorno per motivi di lavoro da quelle dei permessi di soggiorno per altri motivi, in particolare introducendo il co. 3 bis nell'art. 5.

Altra condizione che non sembra potersi applicare è quella relativa alle informazioni da acquisire presso la questura, per le stesse ragioni appena esposte, così come quella inerente alle quote di ingresso.

Più problematica è, invece, la questione delle garanzie previste nel contratto di soggiorno, atteso che queste svolgono una funzione che non si esaurisce con l'ingresso del lavoratore e per tale ragione sembra doverosa la loro applicabilità¹⁴⁴.

Diversamente, è senz'altro da considerarsi condizione per il rinnovo del permesso di soggiorno la sussistenza di un contratto di lavoro, elemento che legittima il soggiorno dello straniero in Italia. Infatti, se la perdita del posto di lavoro non determina automaticamente l'espulsione dello straniero per la facoltà a lui concessa di iscriversi alle liste di collocamento, come si dirà meglio successivamente, tale possibilità rimane valida per la residua durata del periodo di validità del permesso, allo scadere del quale, in assenza di un nuovo contratto, il lavoratore sarà espulso dall'Italia.

Non c'è dubbio che l'introduzione di tali condizioni per il rinnovo del permesso di soggiorno rappresenti una violazione del principio di parità di trattamento previsto, sia dalle fonti nazionali, art. 2 del TUI, sia da quelle internazionali, quale la conv. OIL n. 143 del 1975, perché ha l'effetto di porre lo straniero in una posizione di svantaggio rispetto al lavoratore italiano, facilitandone anche l'espulsione.

La normativa prevede inoltre termini perentori entro cui fare la domanda di rinnovo, il cui mancato rispetto invalida la stessa richiesta, che, dal 2014, deve essere effettuata entro 60 giorni prima della scadenza¹⁴⁵. È stata, invece, conservata la previsione – introdotta dalla Bossi finì – che ha ridotto la durata del rinnovo e la ha equiparata a quella stabilita dal permesso di soggiorno iniziale¹⁴⁶.

Tuttavia, a tale quadro si è aggiunta la recentissima disposizione introdotta dal D.L. 20/2023 secondo cui «ciascun rinnovo non può superare la durata di tre

¹⁴⁴ Della stessa idea è S. NAPPI, *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, cit., 83.

¹⁴⁵ Il legislatore del 2002 ha previsto che la richiesta di rinnovo dovesse essere effettuata entro i termini di: 30 giorni per lo stagionale, 60 per quello a tempo determinato, 90 per quello a tempo indeterminato, a seconda della tipologia di contratto di soggiorno, ma quello del 2014 ha semplificato la procedura, uniformando il termine.

¹⁴⁶ Nella legge Turco-Napolitano il rinnovo aveva durata doppia rispetto a quella del contratto di soggiorno.

anni»¹⁴⁷, disposizione che non sembra quindi coordinarsi con quella precedente, che imponeva una permanenza dello straniero non può superiore a due.

Oltre al mancato rinnovo del permesso di soggiorno, vi sono altri casi che determinano l'obbligo del lavoratore straniero di lasciare il paese di accoglienza, come il rifiuto del permesso di soggiorno in sede di richiesta o la revoca dello stesso per elementi sopravvenuti.

Ai sensi dell'art. 5 co. 5, è precisato che «quando mancano o vengono a mancare i requisiti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di regolarità amministrative sanabili» il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati.

In primo luogo, si configura la situazione in cui lo straniero – consapevole della scadenza imminente del permesso di soggiorno – ha provveduto ad effettuare la richiesta di rinnovo, e in pendenza di essa, spira il termine. In tale caso, come evidenziato sopra, la normativa vigente – introdotta nel 2011 – tollera la permanenza dello straniero sul territorio italiano anche in assenza di un permesso di soggiorno valido, purché abbia presentato la richiesta di rinnovo nei termini e alle condizioni prescritte¹⁴⁸. Pertanto, qualora quest'ultimo sia titolare di un contratto di lavoro, il perdurare della condizione di incertezza sull'esito della richiesta non comporta alcun effetto pregiudizievole sul piano lavorativo. Conseguentemente il datore di lavoro potrà legittimamente impiegare alle proprie dipendenze il lavoratore straniero in attesa del rinnovo.

La condizione giuridica dello straniero prima dell'intervento normativo del 2011 era molto differente, in quanto il legislatore nulla aveva previsto in merito. Infatti, la scadenza del permesso di soggiorno determinava la irregolarità della permanenza del lavoratore sul territorio italiano, sollevando quindi innumerevoli interrogativi in ordine alle conseguenze che ciò avrebbe prodotto sul rapporto di lavoro. Infatti, giova ricordare che sussiste un divieto penalmente sanzionato

¹⁴⁷ Art. 5 co. 3 bis, ultimo periodo.

¹⁴⁸ Ai sensi dell'art. ex l'articolo 5 comma 9 la domanda di rinnovo, di rilascio o di conversione deve essere evasa entro un termine massimo di 60 giorni, arco temporale che è stato allungato nel 2014, dall'originario 20 giorni. Inoltre, ai sensi del comma successivo, il lavoratore può, in pendenza della domanda, legittimamente «soggiornare nel territorio dello Stato e svolgere temporaneamente l'attività lavorativa fino ad eventuale comunicazione dell'autorità di pubblica sicurezza da notificare anche al datore di lavoro con le indicazioni dell'esistenza dei motivi ostativi al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno».

previsto nei confronti del datore di lavoro di occupare alle proprie dipendenze lavoratori extracomunitari sprovvisti di visto di ingresso oppure privi del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, ovvero il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato. In virtù di tale divieto, si era inizialmente ipotizzata la tesi della risoluzione automatica del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta della prestazione data dalla condizione di irregolarità del lavoratore.

Infatti, sebbene la perdita del permesso di soggiorno non sia espressamente assimilata dal legislatore come un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, è ad essa equiparabile, in ragione del divieto di impiegare manodopera irregolare.

La categoria dell'impossibilità sopravvenuta è stata utilizzata di frequente in giurisprudenza nell'ambito del rapporto di lavoro, in quanto ad essa erano ricondotte le situazioni di inabilità psicofisica del lavoratore, della carcerazione (soprattutto preventiva o cautelare) del medesimo, della revoca di permessi o autorizzazioni amministrative necessari in relazione alla qualifica o alle mansioni del prestatore di lavoro.

In ragione di ciò, la giurisprudenza aveva ricondotto tali fattispecie «alla categoria dogmatica dell'impossibilità non imputabile della prestazione regolata dall'art. 1256 c.c., con il conseguente richiamo dell'art. 1463 c.c., che dispone l'immediata cessazione del rapporto nei casi di impossibilità totale, e dell'art. 1464 c.c., a norma del quale l'impossibilità soltanto parziale determina la riduzione della controprestazione ovvero il recesso del contratto qualora il creditore non abbia alcun apprezzabile interesse all'adempimento residuo»¹⁴⁹. Ne deriva che l'orientamento maggioritario ha per lungo tempo continuato ad escludere che la sopravvenuta impossibilità della prestazione potesse comportare, in fattispecie non assistite da specifiche previsioni legali o contrattuali, una limitazione del potere discrezionale del datore di lavoro tale da imporre il mantenimento del rapporto¹⁵⁰.

Tuttavia, a segnare un definitivo cambio di indirizzo è stata la Sezione Unite della Cassazione, secondo le quali «può ritenersi legittimo il recesso del datore di

¹⁴⁹ G. LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, in *DRI*, 2001, I, 117-118.

¹⁵⁰ G. LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, cit.

lavoro solo quando sia provata l'impossibilità di adibire il lavoratore, la cui prestazione sia divenuta parzialmente impossibile, a mansioni equivalenti e compatibili con le sue residue capacità lavorative, senza che ciò comporti una modifica dell'assetto aziendale»¹⁵¹, confermando la conciliabilità tra l'obbligo di repêchage e l'impossibilità sopravvenuta. In ottemperanza di tale principio, la giurisprudenza successiva ha quindi escluso la immediata cessazione del rapporto a fronte dell'impossibilità sopravvenuta.

Ad aderire a tale principio è stata la Cassazione¹⁵², che ha colto l'occasione per fare chiarezza sulle conseguenze derivanti dalla scadenza del permesso di soggiorno, sancendo l'illegittimità della risoluzione del contratto in via automatica. Invero, secondo la Suprema corte *«Questo principio appare applicabile anche al caso di sopravvenuta scadenza o revoca del permesso di lavoro o di soggiorno, perché questi eventi non determinano necessariamente e di per sé stessi una impossibilità definitiva di attuazione del rapporto. È ben possibile, al contrario, che sia ripristinata, anche in tempi brevi, la possibilità di esecuzione, a seguito di eventi quali il rinnovo del permesso, la concessione di uno nuovo, l'annullamento o la sospensione dell'atto di revoca, ecc., come del resto si è verificato nel caso in esame. Ed è evidente che in simili casi sarebbe incongruamente penalizzante per il lavoratore straniero l'automatica e definitiva perdita del posto di lavoro, nel momento stesso della scadenza del permesso o della sua revoca»*. Inoltre, la sospensione del rapporto non sembra nemmeno in contrasto con il divieto di occupare manodopera irregolare straniera da parte del datore di lavoro, in quanto ciò che rileva non è la pendenza del rapporto, ma l'impossibilità di darne esecuzione in concreto¹⁵³.

In conclusione, quindi, *«la cessazione di efficacia o di validità del permesso di lavoro o del permesso di soggiorno determina non la risoluzione del rapporto, ma la sua sospensione totale, con riguardo ad ogni suo effetto economico e giuridico»¹⁵⁴.*

Diversa è la situazione del definitivo venir meno del titolo autorizzatorio al soggiorno.

¹⁵¹ S.U. Cass. civ., 7/8/1998 n. 7755 con nota G. LUDOVICO.

¹⁵² Cass. civ., sez. lav., 11/07/2001, n. 9407 con nota L. VENDITTI.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem.

In tale caso, la permanenza dello straniero in Italia diventa illegittima e, assumendo quest'ultimo lo *status* di soggiornante irregolare – condizione che verrà analizzata nel cap. successivo –, dovrà lasciare l'Italia per fare rientro nel paese di origine¹⁵⁵. Conseguenza che avrà indubbiamente rilevanti effetti sul vincolo contrattuale, impedendo allo straniero lo svolgimento della prestazione lavorativa.

Nel merito la stessa Corte di cassazione, già esaminata, ha ritenuto «*integrata l'ipotesi dell'impossibilità in senso proprio quando il lavoratore straniero, per ottemperare alla normativa sul soggiorno o agli inerenti provvedimenti dell'autorità, sia costretto ad abbandonare il territorio nazionale o sia, comunque, impedito a rendere la prestazione lavorativa*».

Invero, il definitivo diniego del permesso di soggiorno non può che rappresentare un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta definitiva, idonea dunque a costituire un motivo di recesso del contratto. Al pari di altre ipotesi già riscontrate nella casistica giurisprudenziale, l'insanabile irregolarità del soggiorno, che impedisce al datore di lavoro di utilizzare il prestatore irregolare, autorizza il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 l. 604/1966. Tuttavia, alcuni adattamenti sono necessari in ragione delle peculiarità dell'impossibilità sopravvenuta in esame. A differenza della disciplina per giustificato motivo oggettivo, la situazione in esame non impone al datore di lavoro l'obbligo di *repêchage*, dati gli interessi pubblicistici sottesi al divieto di cui all'art. 22 co. 12¹⁵⁶.

4.3.2 Le vicende modificative che interessano il rapporto di lavoro

¹⁵⁵ Sulle conseguenze derivanti dal soggiorno irregolare v. cap. 3, Inoltre S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019, 234 la direttiva 2008/115 persegue la l'attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio e «predispone un meccanismo di espulsione a intensità graduale crescente, che offre allo straniero la possibilità di rimpatrio volontario, ma permette poi agli Stati membri di eseguire l'allontanamento in modo coattivo, con strumenti via via più restrittivi della libertà personale, che possono consistere anche nella detenzione».

¹⁵⁶ Nello stesso senso G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, cit., 809. Secondo l'A. «soltanto nell'ipotesi della temporanea perdita del permesso di soggiorno, inoltre, potrà ritenersi operante il principio giurisprudenziale che subordina la legittimità del licenziamento alla prova delle ragioni tecnico-produttive che non hanno consentito di attendere il rientro del lavoratore sul posto di lavoro».

Di massima importanza è analizzare, ora, le conseguenze giuridiche derivanti dalle vicende modificative del rapporto di lavoro e della loro eventuale incidenza sul permesso di soggiorno.

Il legislatore ha sempre regolato il caso in cui il lavoratore avesse perso il posto di lavoro: alle origini, riconoscendo l'effetto della revoca del permesso di soggiorno; in seguito (anche ad opera della ratifica della convenzione OIL n. 143 del 1975¹⁵⁷), è stato introdotto il principio di indifferenza del permesso di soggiorno rispetto alle vicende inerenti al rapporto di lavoro.

È indubbio che la rottura della dipendenza diretta tra soggiorno e lavoro ha portato dei benefici per il lavoratore straniero, costituendo tale previsione un'importante conquista sul piano dei diritti.

Tuttavia, non si può ammettere che il principio di indifferenza trovi oggi piena realizzazione, in quanto si può ancora rilevare un legame tra il contratto di lavoro e il permesso di soggiorno, che sebbene non diretto, è sicuramente idoneo ad incidere sulla capacità dello straniero di permanere in Italia.

La novella che regola oggi tale circostanza è collocata nell'art. 22 co. 11 T.U.I., secondo la quale non solo, «la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario», ma ammette anche che il lavoratore possa «essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno», e comunque, per un periodo non inferiore ad un anno. Tale formulazione consente quindi al lavoratore di ricercare una nuova occupazione per il periodo di validità del permesso, al termine del quale, in caso di insuccesso, dovrà ritornare nel paese di origine.

Come si evince dalla lettera della legge, tale disposizione non deve destare troppo entusiasmo, in quanto, nei fatti posticipa di un anno il momento di valutazione della sussistenza di un rapporto di lavoro, che rimane condizione per la permanenza nel paese ospitante, non eliminando le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano e che produrranno comunque l'espulsione¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Nel para. 1, dell'art. 8 della conv. OIL 143 del 1975, ratificata dall'Italia nel con L. 10 aprile 1981, n. 158 dispone: «a condizione di aver risieduto legalmente nel paese ai fini dell'occupazione, il lavoratore migrante non potrà essere considerato in posizione illegale o comunque irregolare a seguito della perdita del lavoro, perdita che non deve, di per sé, causare il ritiro del permesso di soggiorno o, se del caso, del permesso di lavoro».

¹⁵⁸ Infatti, nella versione così modificata dalla legge Bossi Fini, l'art. 22 co. 11 oltre a ribadire che la perdita del posto di lavoro non costituiva motivo di revoca del permesso di soggiorno stabiliva

A complicare il quadro è intervenuta la legge Fornero, che non solo ha allungato il termine di durata della ricerca da sei mesi ad «un 1 anno ovvero per tutto il periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito percepita dal lavoratore straniero, qualora superiore», ma ha anche inserito il periodo secondo cui «decorso il termine di cui al secondo periodo, trovano applicazione i requisiti reddituali di cui all'articolo 29, comma 3, lettera b)» (Comma modificato dall'articolo 4, comma 30, della Legge 28 giugno 2012, n. 92).

Tale disposizione, generica nella sua formulazione, non consente di coglierne appieno il significato. Secondo un'interpretazione letterale, dovrebbe implicare che allo scadere del termine che consente la legittima permanenza sul territorio nazionale, il lavoratore straniero, che non ha trovato alcuna occupazione, può continuare a soggiornare in Italia a condizione che possieda «un reddito annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale aumentato della metà dell'importo dell'assegno sociale per ogni familiare da ricongiungere». Tale norma, quindi, spezzerebbe il legame tra contratto e permesso di soggiorno, tanto che né la presenza di un rapporto di lavoro, né la ricerca di un'occupazione, rappresenterebbero più elementi condizionanti il rinnovo del permesso, spalancando così la porta d'accesso alla cittadinanza.

Tuttavia, una norma che ammette un soggiorno regolare a tempo indeterminato senza una causale giustificativa del soggiorno non appare conforme alla normativa vigente, che ai sensi dell'art. 5 predetermina la durata del permesso di soggiorno e del suo rinnovo, legandola ad una motivazione che la legittima.

Sembra allora necessario ricorrere alla giurisprudenza, che sul punto ha stabilito come: *«La norma di cui sopra non afferma affatto, come sembra ritenere il ricorrente, che scaduto il permesso di soggiorno lo straniero rimasto privo di attività lavorativa ha senz'altro diritto ad un ulteriore permesso di soggiorno della durata minima di un anno: la norma è infatti funzionale a regolare la situazione in cui il requisito del reddito venga meno nel corso del periodo di durata del permesso di soggiorno, ed a tal fine chiarisce che la perdita del posto di lavoro non è causa di ritiro immediato del permesso, che può essere*

che il lavoratore straniero in possesso del permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perdeva il posto di lavoro, anche per dimissioni, poteva iscriversi nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque per un periodo non inferiore a sei mesi.

mantenuto sino alla naturale scadenza ovvero per un periodo superiore, precisamente sino al decorso di un anno dalla perdita del posto di lavoro, ovvero per un periodo più lungo se lo straniero percepisca un sostegno al reddito»¹⁵⁹.

Al fine di poter beneficiare del permesso di soggiorno per attesa occupazione, è quindi «indispensabile che il soggetto si iscriva sin da subito nelle liste di collocamento, al fine di poter reperire una nuova occupazione»¹⁶⁰.

Diversamente, «sarebbe sempre possibile l'iscrizione all'ufficio di collocamento all'approssimarsi della scadenza del permesso di soggiorno al fine di eludere la normativa in materia di rinnovo, in violazione di un elementare canone di ragionevolezza dell'azione amministrativa di rilevanza costituzionale»¹⁶¹.

Invero, la «spettanza di un periodo di attesa occupazione (non trattandosi di una misura di carattere umanitario o puramente solidaristico) riposa sul presupposto tacito secondo il quale, chi ha dimostrato in passato di poter reperire una legittima ed adeguata occupazione, può ritenersi di regola in grado di reperirne una nuova entro il lasso di tempo concesso dalla norma. Tuttavia, perché la presunzione risulti giustificata, occorre che nel periodo precedente, cioè in costanza del permesso di soggiorno per lavoro, un'attività lavorativa sia stata effettivamente svolta, ed abbia prodotto un reddito adeguato, o quanto meno siano state acquisite (mediante l'apprendimento scolastico, o mediante corsi di formazione) capacità lavorative»¹⁶².

Inoltre, per quanto riguarda i requisiti reddituali «costituiscono una condizione imprescindibile per la legittima permanenza dello straniero in Italia di talché gli stessi non possono essere derogati se non nei casi specificamente individuati dalla legge»¹⁶³ e quindi «la circostanza che lo straniero sia incolpevole riguardo alla sua condizione di impossidenza e di disoccupazione non rileva se non ricorre una situazione espressamente prevista dalla legge»¹⁶⁴. Una di queste situazioni sembra essere quella della perdita del lavoro a cui si riferisce la

¹⁵⁹ T.A.R. Torino, (Piemonte) sez. I, 07/08/2017, n. 945.

¹⁶⁰ Consiglio di Stato sez. III, 10/08/2017, n. 3993.

¹⁶¹ T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna) sez. II, 05/06/2014, n. 599.

¹⁶² T.A.R. Parma, (Emilia-Romagna) sez. I, 11/03/2016, n. 84.

¹⁶³ T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, 13/02/2017, n. 103 «si tratta di un principio che discende dai principi espressi dagli artt. 2 e 3 della Costituzione che non ammettono che taluno possa sottrarsi senza giustificato motivo all'adempimento dei doveri di solidarietà sociale cui sono chiamati i cittadini. Ne consegue che non assumono rilievo, se non nei casi previsti dalla legge, le condizioni particolari dello straniero».

¹⁶⁴ T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, 13/02/2017, n. 103.

previsione di cui all'art. 22, comma 11, d.lgs. 286/98. Quest'ultima contemplando la possibilità di protrarre la permanenza sul territorio nazionale oltre la scadenza del permesso di soggiorno e nonostante la condizione di disoccupazione e l'assenza di reddito, *«prevede infine le conseguenze della mancata iscrizione alla liste di collocamento ovvero della scadenza del periodo di un anno dalla iscrizione, conseguenze che si sostanziano nella applicazione delle soglie di reddito di cui all'art. 29 d.lgs. 286/98»*¹⁶⁵.

Ne deriva che la deroga ai requisiti reddituali si esplica solo per un limitato arco temporale, quello dell'anno dalla perdita del posto di lavoro, consistente nel periodo di tolleranza concesso dal legislatore per reperire una nuova occupazione, oltre il quale, si riespanderanno le medesime condizioni di reddito previste dalla legge.

Secondo la stessa giurisprudenza *«l'iscrizione nelle liste di collocamento è condizione per potere permanere nel territorio dello Stato per un anno dalla perdita del lavoro ove la durata residua del permesso di soggiorno sia inferiore ed è condizione per essere dispensato dalla dimostrazione del requisito del reddito per un anno dal momento della perdita del rapporto di lavoro. Le altre interpretazioni volte a sminuire la rilevanza dell'iscrizione nelle liste di collocamento ovvero a postergare la possibilità di iscrizione nelle stesse da parte del lavoratore ad un momento successivo alla scadenza del permesso di soggiorno appaiono contra legem e contrarie allo spirito della Costituzione che richiede da parte di tutti l'adempimento dei propri doveri di solidarietà sociale»*¹⁶⁶.

Tale interpretazione è stata avallata anche dalle prassi amministrative, adottate dal Ministero dell'Interno. In particolare, la Circolare n. 40579 del 3 ottobre 2016 ha precisato che «all'ultima parte del comma 11, dell'articolo 22, il legislatore ha voluto chiarire che ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno per attesa occupazione, trovano applicazione i requisiti reddituali di cui all'articolo 29, comma 3, lettera b), ciò a dire che, ai fini della determinazione

¹⁶⁵ T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, 13/02/2017, n. 103.

¹⁶⁶ T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, 13/02/2017, n. 103.

del reddito, si potrà tenere conto anche del reddito annuo complessivo dei familiari conviventi con il richiedente»¹⁶⁷.

Questa interpretazione, in aggiunta a quella proposta dalla giurisprudenza esaminata, conferma l'esistenza di un legame tra il lavoro, che costituisce una fonte di reddito, e il soggiorno dello straniero nel paese ospitante, in quanto, qualora quest'ultimo non svolga attività lavorativa, potrà permanere in Italia a condizione che qualcun altro lavori al posto suo, integrando quei requisiti di reddito previsti dalla normativa.

In tale quadro, è stato di recente introdotto dal legislatore del 2023 il comma 5 quater, secondo il quale la sopravvenuta presenza di motivi ostativi al rilascio del nullaosta autorizzatorio del visto di ingresso è motivo di revoca non solo dello stesso visto e nullaosta, ma qualora questi fossero stati già concessi, anche del permesso di soggiorno, nonché del contratto di soggiorno. In sostanza la mancanza di motivi che legittimano l'ingresso travolge tutti gli atti successivi a tale fase, determinando quindi l'espulsione automatica del lavoratore.

Tale conseguenza appare fin troppo severa alla luce delle prescrizioni necessarie per l'ingresso, che attribuiscono al datore di lavoro molteplici oneri, quali per esempio il rispetto delle condizioni del contratto collettivo nazionale applicabile da parte del contratto di soggiorno o la presenza delle garanzie date dal datore di lavoro in relazione all'alloggio e alle spese per il rientro. Tale disposizione è eccessivamente sbilanciata a sfavore dello straniero, il quale, per un lieve inadempimento del datore di lavoro, sarebbe costretto a ritornare nel suo paese di origine. Ne discende che, non solo si eliminano gli effetti positivi derivanti dalla proposizione introdotta dalla Legge Fornero, ma si inasprisce la condizione di soggezione in cui si trova lo straniero nei confronti del datore di lavoro. Quest'ultimo, responsabile della procedura per l'ingresso, delineata dall'art. 22, ha in astratto il potere di invalidarla in ogni istante, provocando l'espulsione del lavoratore dal paese di accoglienza. Infatti, la logica utilitaristica a cui è ispirata la procedura di assunzione di manodopera extracomunitaria non è incompatibile con quella ricattatoria, che può essere promossa dal datore di lavoro per ottenere

¹⁶⁷ Si richiama anche la Circolare n. 5792 del 09 luglio 2012 Ministero dell'Interno che ribadisce per la necessità di dimostrare reddito minimo annuo in base ai precisi parametri indicati nella lettera b), del comma 3 dell'articolo per il rinnovo del permesso di soggiorno.

il consenso del lavoratore straniero ad essere impiegato al minor costo possibile¹⁶⁸.

5. Brevi conclusioni

Alla luce dell'articolata normativa sull'ingresso dello straniero per motivi lavorativi, si comprende come la stessa, per i requisiti estremamente restrittivi che impone e per la procedura complicata che si deve rispettare, ostacola l'accesso regolare al mercato del lavoro, favorendo invece gli ingressi irregolari. A fronte di un mercato nazionale che necessita di manodopera, non solo per colmare i vuoti creati in alcuni settori in cui si fatica a trovare persone da impiegare, ma anche per stimolare la crescita (anche demografica), è paradossale come la logica utilitaristica che ha sempre dominato le politiche e le normative in materia di migrazione economica, oggi tradisca proprio questa finalità.

Un secondo elemento che si pone in evidenza, è proprio il forte grado di dipendenza che il lavoratore straniero subisce nei confronti del proprio datore di lavoro.

Se, come è stato esaminato, non sussiste un legame diretto tra il rapporto di lavoro e il permesso di soggiorno, non si può negare che uno – seppure indiretto – vi sia. Infatti, se nel rapporto di lavoro intercorrente tra lo straniero richiedente asilo e il suo datore di lavoro, il legame sussiste ma è mediato dal ruolo del giudice o della Commissione territoriale, che valorizzando l'elemento lavorativo ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, lo elevano a presupposto; nel rapporto tra migrante economico e datore lavoro, il legame tra lavoro e soggiorno è ancora più stretto, perché condiziona direttamente la possibilità dello straniero di permanere nel territorio italiano, attribuendo al datore di lavoro il potere di condizionare la sua sfera più intima legata al soggiorno.

Non sorprende quindi, che in un tale scenario, il datore di lavoro, consapevole della necessità che ha lo straniero di conservare il proprio rapporto di lavoro, se ne possa approfittare.

¹⁶⁸ L'applicazione delle condizioni previste dai contratti collettivi non appare una tutela sufficiente, dato l'enorme numero di contratti collettivi esistenti (800 ecc).

CAPITOLO 3:

La condizione di “dipendenza” del migrante irregolare

Nei precedenti capitoli si è posta l’attenzione sull’interazione tra le regole concernenti l’ingresso e il soggiorno dei migranti e le condizioni di lavoro a cui sono soggetti. In particolare, si è visto come la differente normativa regolante l’accesso al mercato del lavoro per i richiedenti asilo (cap. 1) e per i migranti economici (cap. 2) produca una condizione di “dipendenza” dello straniero verso l’attività lavorativa, in ragione del valore che essa rappresenta, non solo come mezzo di sostentamento, ma anche come motivo per ottenere il permesso di soggiorno. In altre parole, la correlazione esistente tra le opportunità di permanenza nel paese ospitante e l’esistenza di un rapporto di lavoro induce il lavoratore a ricercare e, poi, mantenere un rapporto di lavoro, legandosi al proprio datore di lavoro.

Si è osservato, inoltre, come questa “dipendenza” verso il rapporto di lavoro sia inversamente proporzionale ai diritti riconosciuti al lavoratore migrante in relazione al suo *status* al momento del suo ingresso, determinando così il passaggio da una situazione di maggiore vulnerabilità, per il lavoratore migrante economico, ad una minore, per il titolare di protezione internazionale.

Per completare, quindi, il quadro in esame si è voluto analizzare anche la circostanza in cui lo straniero non abbia alcun titolo per accedere al mercato del lavoro, ma tuttavia vi partecipi nonostante il suo *status* da irregolare. Come è possibile prevedere, tale circostanza produrrà la massima condizione di vulnerabilità a cui il lavoratore straniero può essere soggetto.

Prima di procedere alla disamina delle norme in materia di soggiorno irregolare, si vuole fornire uno sguardo di insieme sul fenomeno dell’immigrazione irregolare e delineare le dimensioni dello stesso in Italia e in Europa.

1. Alcuni dati sull’immigrazione irregolare

Fornire un quadro statistico sulla migrazione irregolare non è semplice a causa della mancanza di dati precisi sul numero di migranti che entrano nei paesi

attraverso canali irregolari e/o vi rimangono nelle medesime condizioni. Tuttavia, i dati presenti indicano che nel 2022 l'immigrazione irregolare verso l'Italia è stata caratterizzata, rispetto all'anno precedente, da un marcato aumento dei flussi su tutte le rotte marittime e terrestri, rivelandosi il principale punto di accesso e di transito di migranti irregolari nell'Unione Europea¹. La forte pressione migratoria in direzione dell'Italia e dell'Europa, principalmente dall'Africa, dal Medio Oriente e dall'Asia è conseguenza di fattori molteplici e ricorrenti di medio-lungo periodo, come «l'instabilità politica, i conflitti armati, i cambiamenti climatici estremi e la forte spinta demografica»².

Tali fenomeni hanno portato 119.031 immigrati ad approdare sulle coste italiane nel 2022, la maggioranza di questi – 104.580 – via mare³. Sono, infatti, tre le principali rotte che percorrono i migranti irregolari: quella marittima del mediterraneo centrale, che parte dalle coste libiche e tunisine e attraversa il mar mediterraneo per giungere in Italia, si conferma essere la maggiore traiettoria utilizzata dagli stranieri irregolari – 86.609 persone la hanno attraversata –; la seconda rotta marittima per consistenza dei flussi di migranti – pari a 17.971 persone – è quella del mediterraneo orientale, che parte dalla Turchia e dal Libano, per approdare sulle coste di Calabria, Puglia e Sicilia. Da ultimo si registra la rotta terrestre balcanica che registra 14.541 attraversamenti⁴.

¹ Relazione annuale sulla politica dell'informazione per la sicurezza relativa al 2022, redatta dal sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, reperibile a https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2023/02/immigrazione_irregolare.jpg. V. ILO, *Proteggere i diritti dei lavoratori migranti in situazioni d'irregolarità e gestire le migrazioni irregolari per motivi di lavoro: Un compendio*, 2023.

² Solo in riferimento ai cambiamenti climatici, la Relazione annuale sulla politica dell'informazione per la sicurezza relativa al 2022 mostra che circa il 2% della popolazione mondiale – pari a 150 milioni di persone - si trova in una condizione di insicurezza alimentare acuta. L'impatto della pandemia sulla produzione e sull'approvvigionamento dei beni alimentari, le conseguenze dei cambiamenti climatici e della persistenza dei fenomeni meteorologici estremi (siccità), e le criticità securitarie in alcune aree del mondo, costituiscono i fattori determinanti per l'innalzamento dei prezzi alimentari in generale, e dei prodotti cerealicoli in particolare. Ci sono tre principali fattori di spinta e di attrazione: fattori socio-politici, fattori demografici ed economici e fattori ambientali. Per un approfondimento sui fattori di spinta dal punto di vista macrosociologico v. M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Mulino, Bologna, 2019, 35 ss.

³ Secondo i dati della RELAZIONE ANNUALE SULLA POLITICA DELL'INFORMAZIONE PER LA SICUREZZA relativa al 2022. Secondo i dati di FRONTEX reperibili al <https://www.frontex.europa.eu/what-we-do/monitoring-and-risk-analysis/migratory-map/> il numero di ingressi irregolari nel 2023 (gennaio – Settembre) è di 131, 630.

⁴ RELAZIONE ANNUALE SULLA POLITICA DELL'INFORMAZIONE PER LA SICUREZZA relativa al 2022, 37.

Tali dati mostrano come l'Italia sia il paese più esposto al flusso delle immigrazioni irregolari, posizionandosi in cima alla classifica dei primi cinque paesi di primo ingresso dell'Unione europea insieme a Spagna (32.219), Grecia (18.308), Cipro (17.284) e Bulgaria (15.605)⁵. Tuttavia, tale dato non mostra però che l'Italia sia coinvolta in misura minoritaria per l'esame delle richieste di asilo, che grava principalmente su Germania, Francia e Spagna⁶.

La situazione italiana si posiziona in continuità con quella europea, secondo cui nel 2022 sono stati registrati dall'agenzia Frontex 331.400 attraversamenti irregolari delle frontiere, con un aumento del 66% rispetto al 2021, di questi, 148.000 sono traversate marittime (con un aumento del 29% rispetto al 2021) e 183.400 sono attraversamenti delle frontiere terrestri (con un aumento del 110% rispetto al 2021)⁷. Diversamente, il numero di stranieri presenti illegalmente nell'UE nel 2022, è di circa 1,08 milioni di cittadini extracomunitari, dato che ha registrato un aumento del 59% rispetto al 2021 (679 730)⁸.

Il quadro seppur brevemente delineato mostra quindi che il fenomeno dell'immigrazione irregolare assume dimensioni rilevanti, coinvolgendo un grande numero di persone e quindi, anche per tale ragione, si è deciso di trattarlo nel presente capitolo.

La formazione di bacini più o meno ampi di immigrazione irregolare è, secondo studi sociologici, qualificata come la «risultante della sfasatura tra restrizioni politiche alla mobilità del lavoro e domanda economica di manodopera»⁹.

⁵ RELAZIONE ANNUALE SULLA POLITICA DELL'INFORMAZIONE PER LA SICUREZZA relativa al 2022, 36. Cfr. i dati dell'UNHCR reperibili al https://data.unhcr.org/en/situations/mediterranean#_ga=2.119475721.1422724308.1654000385-140039634.1543830388.

⁶ RELAZIONE ANNUALE SULLA POLITICA DELL'INFORMAZIONE PER LA SICUREZZA relativa al 2022, 36. L'Italia, sebbene sia tra i primi dieci paesi coinvolti per il maggior numeri di richieste di asilo, si posiziona tra quelli che ne ricevono meno, 75.845 domande. Infatti, nel 2022 la Germania – al primo posto - ha ricevuto 243.835 domande di asilo; al secondo si posiziona la Francia con 156.455, poi la Spagna con 117.950 e infine, l'Austria 101.730.

⁷ Secondo le statistiche sulla migrazione in Europa della Commissione europea reperibili su https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_it#attraversamenti-irregolari-delle-frontiere. È stato registrato anche un aumento del 17% dei decessi in mare: nel 2022, sono stati segnalati 2 406 morti o dispersi sulle tre rotte principali, rispetto alle 2 062 vittime del 2021. Nel 2022, a 420 100 cittadini di paesi terzi è stato ingiunto di lasciare l'UE e sono stati rimpatriati in un paese extra UE solo 77 500 cittadini di paesi terzi. Ciò corrisponde al 18,5% di tutte le decisioni di rimpatrio emesse nel corso dell'anno, in aumento rispetto al 20% del 2021.

⁸ EUROSTAT, *Immigration law enforcement in the EU: 2022 figures*, reperibile al <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/DDN-20230505-2>.

⁹ M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile: Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, cit., 48. Secondo l'a. «una pubblicazione dell'Oecd di oltre dieci anni fa individuava

2. La condizione giuridica di irregolarità dello straniero: una pluralità di dimensioni

Alla luce delle statistiche sul numero di stranieri irregolari presenti, è giunto ora il momento di delineare la nozione di straniero irregolare¹⁰.

Preme precisare che l'immigrazione irregolare assume rilevanza solo sul piano normativo, non essendo «un dato di natura, ma una questione che nasce dall'interazione tra alcune forme di mobilità umana e i sistemi normativi dei paesi riceventi»¹¹, espressione di una costruzione politica precisa¹².

Pertanto, assumendo tale accezione un significato prettamente giuridico, è dunque alle disposizioni normative che bisogna guardare per ricercarne il significato.

Il tema dell'immigrazione irregolare è stato preso in considerazione da varie fonti, che delineano un quadro multilivello.

In primo luogo, occorre sottolineare che non esiste una definizione universalmente accettata di migrazione irregolare, in quanto il termine è generalmente utilizzato per identificare le persone che si muovono al di fuori dei canali migratori regolari¹³, sottolineando dunque la relatività del significato che muta a seconda dell'ordinamento giuridico che si considera.

una serie di settori in cui si registravano le maggiori concentrazioni di lavoratori stranieri in condizione irregolare: agricoltura, industria manifatturiera, edilizia e lavori pubblici, alcune branche dei servizi, come l'industria turistica. Caratteri come i bassi margini di profitto, l'elevata concorrenza, le fluttuazioni stagionali della domanda, accomunano questi settori. Le imprese, generalmente piccole, puntano a minimizzare i costi del lavoro e a ottenere la massima flessibilità, sotto forma soprattutto di alta intensità di lavoro per brevi periodi».

¹⁰ Come osserva M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile: Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Mulino, Bologna, 2013, 12 spesso si rinviene - anche nel presente elaborato per ragioni di semplificazione - l'affiancamento improprio del termine irregolare al soggetto immigrato, come se tale condizione fosse associata ad un essere umano. Diversamente invece, l'irregolarità è una condizione giuridica determinata dalle leggi che governano l'accesso, il soggiorno e lo svolgimento di un'attività lavorativa.

¹¹ M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile: Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, cit., 14.

¹² Secondo E. BALIBAR, *Strangers as Enemies. Walls all over the World, and how to Tear them Down*, in *Mondi Migranti*, 2012, I, 7 ss. sottesa alla costruzione politica si percepisce «un atteggiamento socialmente diffuso, di sospetto o paura per l'infiltrazione e l'insediamento di stranieri considerati minacciosi».

¹³ Secondo l'IOM <https://www.iom.int/key-migration-terms> la immigrazione irregolare è definita come il «Movimento di persone che avviene al di fuori delle leggi, dei regolamenti o degli accordi internazionali che regolano l'ingresso o l'uscita dallo Stato di origine, di transito o di destinazione». Anche L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso*

Tuttavia, tale fenomeno è stato disciplinato da norme internazionali. Come accennato, nei capitoli precedenti, oltre alle tutele ribadite dalle Convenzioni internazionali, quale per esempio la Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (ICRMW), che riconoscono ai lavoratori immigrati irregolarmente i diritti fondamentali, il tema dell'immigrazione irregolare è stato considerato in particolare dalla Convenzione sui lavoratori migranti del 1975 n. 143 e dalla Raccomandazione sui lavoratori migranti n. 151 del 1975. In virtù di tali disposizioni, gli Stati firmatari della Convenzione devono impegnarsi a stabilire sistematicamente se esistano lavoratori migranti illegalmente occupati sul proprio territorio e in caso di verifica positiva, devono adottare tutte le disposizioni necessarie ed opportune per reprimere le migrazioni clandestine, l'occupazione illegale di migranti e per sanzionare coloro che favoriscono l'immigrazione illegale e che impiegano manodopera illegale a fini lavorativi¹⁴. Inoltre, la Convenzione impone agli Stati membri di adottare sanzioni amministrative, civili e penali per l'impiego illegale di lavoratori migranti e l'organizzazione delle migrazioni irregolari di manodopera in condizioni di abuso¹⁵.

Tuttavia, è a livello europeo che si configura la maggiore regolazione del fenomeno e si rinviene ad una vera e propria definizione di immigrato irregolare. Come noto, è competenza dell'Unione europea sviluppare una politica comune dell'immigrazione, intesa ad «assicurare la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani» (art. 79, par. 1 del TFUE)¹⁶. In particolare, l'Unione adotta le misure nel settore dell'immigrazione

italiano, in *LD*, 2017, I, 72 concepisce il concetto di immigrato irregolare come relativo, in quanto cambia a seconda «del contesto normativo di riferimento, fino ad implodere completamente quando ci si colloca in prospettiva multilevel a partire da aree geografiche diverse».

¹⁴ Secondo l'Art. 3 Conv. 143/1975 «Ogni Membro deve adottare tutte le disposizioni necessarie ed opportune, sia che siano di sua competenza, sia che richiedano una collaborazione con altri Membri : a) per sopprimere le migrazioni clandestine e l'occupazione illegale di lavoratori migranti; b) contro gli organizzatori di movimenti illeciti o clandestini di lavoratori migranti, ai fini dell'occupazione, in provenienza o a destinazione del proprio territorio, o in transito attraverso lo stesso, e contro coloro che impiegano lavoratori i quali siano immigrati in condizioni illegali, per prevenire ed eliminare gli abusi di cui all'articolo 2 della presente convenzione» e ai sensi dell'Art. 4 «Gli Membri debbono, tra l'altro, adottare, sul piano nazionale ed internazionale, le disposizioni necessarie per stabilire a tale proposito contatti e scambi sistematici d'informazione con gli altri Stati, consultando anche le organizzazioni rappresentative degli imprenditori e dei lavoratori».

¹⁵ Art. 6, Convenzione n. 143/75.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 5 par. 3 TUE, nell'esercizio di detta competenza operano i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, intervenendo quindi «soltanto se e in quanto gli obiettivi

clandestina, del «soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare» (art. 79, par. 2 lett. c)¹⁷.

Sulla scorta di tale base giuridica sono diverse le disposizioni normative che sono state adottate e che assumono rilevanza per la presente trattazione: la dir. 2008/115/Ce, “recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”, (c.d. direttiva rimpatri)¹⁸ e la dir. 2009/52/Ce, “riguardante norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti del datore di lavoro che impiega cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”¹⁹.

dell'azione prevista non possono essere conseguiti in maniera sufficiente dagli Stati membri, (...) ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti a livello di Unione (...)» e si limitano «a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati» (Art. 4 TUE).

¹⁷ Come osservato da G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2021, 29 la norma in parola non definisce queste espressioni. Tuttavia, l'allontanamento può definirsi come una forma di espulsione di uno straniero che «costituisce manifestazione dell'esercizio del suo [dello stato] potere sovrano (di controllare le frontiere e le persone che le attraversino o soggiornino su quel territorio e quindi) di rimpatriare, indirizzare, rinviare lo straniero interessato verso il paese di provenienza oltre a quello che verso quello di cui è cittadino». Diverso è il respingimento alla frontiera, che presuppone il mancato ingresso dello straniero nel paese. Il respingimento è oggetto dell'articolo 10 comma 1 T.U.I. secondo cui «la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato. 2 Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso». Si definisce diversamente l'espulsione, individuata dall'art. 10 bis co. 4 TUI, in caso di ingresso irregolare e prevista anche dall'art. 13 TUI secondo cui: «per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il ministro dell'Interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro degli affari esteri. 2 L'espulsione è disposta dal prefetto, caso per caso, quando lo straniero: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'articolo 10; b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-bis, o senza avere richiesto la proroga del visto o il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando la proroga del visto o il permesso di soggiorno siano stati revocati o annullati o rifiutati ovvero quando il permesso di soggiorno sia scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68, ovvero quando l'autorizzazione ai viaggi è stata annullata o revocata ovvero se lo straniero è un soggiornante fuori termine ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, punto 19), del regolamento (UE) 2017/2226, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017, o nel caso in cui sia scaduta la validità della proroga del visto; c) appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».

¹⁸ Per un commento v. C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in Rivista di diritto internazionale, 2011, III, 693 ss.; L. ALENI, *La politica dell'Unione europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in Diritto dell'Unione europea, 2006, 589 ss.

¹⁹ Per un commento alla direttiva 2009/52/CE v. G. CANNELLA, C. FAVILLI, *La direttiva sulle sanzioni per l'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: contenuto ed effetti nell'ordinamento italiano*, in DIC, 2011, II, 37 ss. e M. BARBIERI, *L'intervento comunitario di*

È proprio nella Direttiva rimpatri che, nel delineare l'ambito di applicazione soggettiva, si perviene alla definizione di soggiorno irregolare, qualificato come «la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni di ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro» (art. 3 n. 2 dir. Rimpatri)²⁰.

Si tratta quindi di una definizione negativa, che ammette la condizione di irregolarità a seguito della violazione delle regole previste a livello nazionale in materia di ingresso, soggiorno o residenza. Non permette, invece, di individuare quali regole sono poste come requisiti per l'ingresso o il soggiorno e il cui mancato rispetto determinerebbe l'irregolarità, creando quindi una situazione di incertezza sul piano interpretativo²¹. Inoltre, la grande varietà di discipline adottate dagli Stati membri dell'Unione europea che hanno ciascuno stabilito regole diverse sull'ingresso e soggiorno impedisce di delineare una definizione comune di irregolarità.

Da quanto sopra esposto, la legislazione europea e nazionale sembra delineare imporre una nozione di condizione dello straniero dicotomica, imponendo una sua riconduzione o nello *status* legale, o in quello illegale. Tuttavia, come è stato evidenziato dalla dottrina, la realtà della condizione dello straniero assume varie sfaccettature, collocandosi in un *continuum* di *status* diversi tra regolarità e irregolarità²². Pertanto, sarebbe corretto inquadrare lo *status* di irregolare come

contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana, in RIDL, 2010, III, 71 ss.; M. PAGGI, *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, in DIC, 2012, IV, 87 ss. Nell'ambito della competenza attribuita all'unione europea vi sono anche misure volte a sanzionare i soggetti che possono agevolare l'immigrazione clandestina, dir. 2001/51/CE che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno; dir. 2004/81/CE 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; dir. 2011/36/CE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

²⁰ Definizione sostanzialmente ripresa nell'art. 2 lett. b) della dir. 2009/52/CE.

²¹ M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile: Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, cit., 13.

²² A. TRIANAFYLLIDOU, L. BARTOLINI, *Understanding Irregularity*, in S. SPENCER, A. TRIANAFYLLIDOU (a cura di), *Migrants with Irregular Status in Europe*, Springer, 2020, 13. Infatti secondo l'A. «it may result from red tape or labour market dynamics that privilege irregular stay and irregular work. Researchers have coined the term 'befallen irregularity' (González Enríquez 2014; Vickstrom 2014) to specifically characterise the cases in which migrants in southern Europe fell to irregular status because of red tape around stay or work requirements that are impossible to fulfil. The term 'befallen irregularity' or 'semi-legality'»

una condizione giuridica dinamica e mutevole nel tempo, attese le diverse connotazioni che l'immigrato potrà integrare nel corso del suo soggiorno nel paese ospitante. Invero, tale condizione può essere assunta e dismessa in diversi momenti, per esempio a seguito di un ingresso irregolare può verificarsi una sanatoria che ne regolarizza la condizione, o dopo un regolare ingresso con visto, può non essere rinnovato il permesso di soggiorno, o ancora in presenza di visto e permesso di soggiorno, si può verificare la situazione in cui sono svolte attività non autorizzate (come l'attività di lavoro in presenza di un visto turistico)²³.

A fronte quindi delle molteplici possibilità che possono portare il migrante ad una condizione di irregolarità, ai fini della presente trattazione se ne classificano tre.

La prima, riguarda la violazione delle regole di ingresso nel territorio italiano, che porta a qualificare lo straniero come "clandestino". A questa categoria appartengono i casi in cui lo straniero ha varcato la frontiera in assenza di documenti o ha presentato documenti falsi.

La seconda si realizza quando lo straniero si trova a soggiornare nel paese ospitante in assenza di un titolo autorizzatorio. Tale situazione si concretizza a seguito di un ingresso irregolare (irregolarità del soggiorno originaria), o quando, dopo l'ingresso regolare nel territorio, perché in presenza di documenti e trascorso un periodo di soggiorno regolare, lo straniero perde uno dei requisiti che ne legittimano il soggiorno, gettandolo in una condizione di irregolarità (irregolarità del soggiorno sopravvenuta).

Da ultimo è possibile qualificare come irregolare anche colui che entra e soggiorna conformemente alla disciplina legislativa italiana, ma svolge delle attività che non sono autorizzate dal suo *status*. Si pensi al caso dello straniero in Italia per motivi turistici che svolge una prestazione lavorativa.

Nella trattazione ci si focalizzerà sui soggiornanti irregolari, al fine di comprendere quali conseguenze e quali rischi incorre lo straniero nel trattenersi

(Kubal 2013) is also used to emphasise the fact that migrants, particularly but not exclusively in southern Europe, may alternate periods of regular stay and work with periods of irregular stay and irregular work and may live in conditions of partial regular status (...)».

²³ Per avere una panoramica sulle possibili intersezioni tra l'ingresso, il soggiorno e lo status lavorativo del migrante, che possono determinare la irregolarità dello stesso v. A. TRIANDAFYLIDOU, L. BARTOLINI, *Understanding Irregularity*, cit., 16.

irregolarmente in Italia e per descrivere la vulnerabilità che ne deriva, nel momento in cui diventa parte contrattuale in un rapporto di lavoro.

3. Le conseguenze dell'irregolarità sullo straniero in quanto persona

La prima conseguenza pregiudizievole che subisce lo straniero irregolare, e che condiziona pesantemente le sue *chances* lavorative, è il rimpatrio.

Invero, a seguito dell'accertamento dell'ingresso o soggiorno irregolare, la Direttiva 2008/115/CE, c.d. direttiva rimpatri²⁴, prevede l'espulsione dello straniero dal territorio italiano e il rimpatrio in quello di origine²⁵.

A tal proposito, la direttiva adotta un «meccanismo di espulsione ad intensità graduale crescente»²⁶ che offre allo straniero la possibilità di ritornare nel

²⁴ Per un approfondimento in generale sulla direttiva rimpatri v. C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, 1 ss.; A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: an Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, 1 ss.; M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *DIC*, 2010, 1 ss.; F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *DIC*, 2013, 15 ss.; ID., *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2017; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019, 219 ss.

²⁵ Le modalità di ingresso o di soggiorno illegale non sono rilevanti ai fini applicativi della direttiva, data la sua applicazione indistintamente all'immigrato che ha attraversato clandestinamente la frontiera, a quello che lo ha fatto con l'utilizzo di documenti falsi o a quello che lo ha fatto regolarmente ma poi si è trattenuto sul territorio oltre il periodo concordato dal visto. V. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 226. Si osserva inoltre, che sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva i richiedenti protezione internazionale; infatti, la domanda di protezione internazionale impedisce di qualificare il richiedente quale irregolare, se è in corso la procedura per la definizione della stessa. Diversamente, in caso di rigetto e in assenza di altro titolo autorizzatorio al soggiorno, la condizione di irregolarità si presenta. Sull'interazione tra decisione di rimpatrio e domanda per il riconoscimento della protezione internazionale v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 228. Vi sono altre categorie di soggetti a cui la direttiva non si applica: gli stranieri familiari di cittadini dell'UE ai sensi dell'art. 2 par. 3; i cittadini di paesi terzi che appartengono all'area Schengen; i cittadini di paesi terzi «sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 il codice di frontiere Schengen o fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra di regola mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro» ai sensi dell'art. 2 par. 2 lett. a); dell'art. 2 par. 2 lett. b). coloro che sono «Sottoposti a rimpatrio come sanzione o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione». In questi ultimi due casi, gli stranieri possono essere sottoposti a procedure di espulsione previste dalla normativa nazionale meno garantiste rispetto a quella prevista dalla direttiva (S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 232).

²⁶ F. VIGANÒ, *Diritto penale immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *DIC*, 2010, III, 13 e 34.

proprio paese d'origine volontariamente o, in mancanza di tale decisione, permette agli Stati di eseguire l'allontanamento in modo coattivo secondo modalità sempre più restrittive della libertà personale, fino ad includere il trattenimento²⁷.

Ai sensi dell'art. 6 dir., all'accertamento del soggiorno irregolare dello straniero consegue la "decisione di rimpatrio", definita come «la decisione o l'atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio» (art. 3 n. 4), salvo le deroghe previste dall'articolo stesso²⁸, nonché i limiti imposti dagli obblighi internazionali, quali, per esempio, il principio di non refoulement²⁹.

La decisione di rimpatrio determina un periodo congruo tra i sette e i trenta giorni entro cui lo straniero soggiornante irregolare deve lasciare lo stato italiano (art. 7.1 dir.). In caso di mancato adempimento dell'obbligo di ritorno verso il paese di origine, lo Stato membro potrà adottare diverse misure per assicurarne l'allontanamento (art. 8.1), incluso il trattenimento. Infatti, la direttiva espressamente prevede la possibilità di trattenere lo straniero in un centro di permanenza temporanea, o in mancanza di posti disponibili – e in virtù di una disposizione molto discutibile³⁰ –, nei centri penitenziari in reparti separati da quelli dei detenuti, al fine di preparare il rimpatrio nel caso in cui sussista un pericolo di fuga o il cittadino ostacoli la procedura di rimpatrio. Tale misura, che non dovrebbe avere alcuna finalità punitiva, è volta ad evitare che una persona

²⁷ S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 234.

²⁸ L'art. 6 ai paragrafi 2,3,4,5, individua i casi in cui sia possibile rinviare la decisione di rimpatrio: lo straniero in possesso di un valido permesso di soggiorno rilasciato da un altro Stato membro; o quando lo straniero è accolto da un altro Stato membro in virtù di accordi bilaterali; o quando è possibile rilasciare un permesso di soggiorno per motivi caritatevoli umanitari di altra natura; o infine quando è in corso una procedura per il rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero.

²⁹ Ai sensi dell'art. 5 della direttiva che sancisce il principio di non refoulement, ma anche in virtù degli obblighi internazionali previsti dalla CEDU come limiti all'esercizio della sovranità degli stati membri, quali la tutela delle condizioni di salute, della vita familiare e dell'interesse superiore del minore.

³⁰ Infatti come è stato osservato S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 255 «la collocazione di queste due categorie di soggetti presso la medesima struttura si configura come un'indebita equiparazione di situazioni nettamente diverse rappresenta quindi una discriminazione l'impossibilità di ospitare i migranti presso apposite strutture una mera questione organizzativa imputabile agli Stati membri, che non può essere considerata una finalità legittima capace di giustificare una così grave compressione del principio di uguaglianza». Sul punto, v. anche CGUE, sentenza 17 luglio 2014, c-524/13 Bero e Bouzalmate, punto 25 e CGUE, sentenza 17 luglio 2014, c-473/13 Pham, punti 17,19,22.

in attesa di allontanamento si renda irreperibile o intralci la procedura³¹. Per tale ragione, la misura del trattenimento deve essere concepita come estrema *ratio* e adottata solo quando non possono essere applicate altre misure meno coercitive³² e comunque deve essere attuata nel rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali dei cittadini di paesi terzi³³. Inoltre, è da precisare che proprio in ossequio a tale principio, la direttiva stessa fissa un limite massimo al trattenimento dell'immigrato³⁴ che non può superare i sei mesi, eccezionalmente prorogabile di ulteriori dodici³⁵.

³¹ S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 253 e C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, cit., 344 secondo cui «la direttiva non codifica la nozione di «rischio di fuga», la cui declinazione è rimessa alla discrezionalità degli Stati ed all'apprezzamento delle autorità amministrative e giurisdizionali. Essendo tale concetto determinante, poiché è in base ad esso che si decide secondo quale binario eseguire l'espulsione (partenza volontaria o esecuzione immediata con eventuale trattenimento), la sua mancata codificazione mina altamente l'uniforme applicazione della direttiva, almeno fino all'intervento interpretativo della Corte di giustizia».

³² Ai sensi dell'art. 7 par. 3 sono misure meno coercitive: l'obbligo di alloggiare in determinati luoghi, la consegna dei documenti, o il deposito di una garanzia finanziaria, o l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità. V. anche C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, cit., 341 ss.

³³ V. sentenza 3 giugno 2014, Mahadi, punto 55 «Come risulta anche dai considerando 13, 16, 17 e 24 della direttiva 2008/115, ogni trattenimento rientrante in tale direttiva è strettamente disciplinato dalle disposizioni del capo IV di detta direttiva così da garantire, da una parte, il rispetto del principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti e, dall'altra, il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini dei paesi terzi interessati».

³⁴ Si precisa inoltre, che il trattenimento previsto per l'immigrato irregolare dalla direttiva 115/2008 è differente da quello previsto per il richiedente asilo ai sensi delle direttive 2013/32/CE, c.d. direttiva Procedure, e dir. 2013/33/CE, c.d. direttiva accoglienza, in quanto rientra in un diverso regime giuridico. Infatti, per quanto riguarda il trattenimento dei richiedenti asilo, l'articolo 8 della direttiva 2013/33/UE stabilisce che il richiedente non possa essere trattenuto per il solo fatto di essere un richiedente e può essere soggetto al trattenimento solo se non siano applicabili misure alternative meno coercitive. Infine dispone che «un richiedente può essere trattenuto soltanto: a) per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; d) quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE (...) e lo Stato membro interessato può comprovare, (...) che vi sono fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio; e) quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; f) conformemente all'articolo 28 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide. I motivi di trattenimento sono specificati nel diritto nazionale».

³⁵ Il prolungamento del termine del trattenimento è consentito ai sensi dell'art. 15 par 6 solo nei casi in cui «nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa: a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi».

Ulteriore conseguenza dello *status* di immigrato irregolare si colloca sul piano penalistico³⁶. Infatti, anche ai sensi della direttiva non è vietato ad uno Stato membro qualificare il soggiorno irregolare come reato, prevedendo sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione dell'infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno. Così la L. 15 luglio 2009, n. 94, facente parte del cosiddetto "Pacchetto Sicurezza" ha introdotto una fattispecie di reato proprio, l'art. 10-bis, D.Lgs. n. 286/1998, che punisce l'ingresso e la permanenza dello straniero irregolare all'interno dello stato italiano³⁷. Secondo la dottrina, il trattamento sanzionatorio predisposto dal legislatore nei confronti dello straniero irregolare si rivela estremamente punitivo, non tanto per la severità della pena, quanto per il tipo di condotta incriminata: la mera condizione di irregolarità dello straniero, a prescindere da un precedente o contestuale provvedimento di espulsione o dalla commissione di un altro illecito penale³⁸.

Emerge inoltre la natura simbolica del reato in esame, perché più che incidere sulla situazione del migrante che avrà esito nell'espulsione (adottata in via amministrativa dal prefetto o applicata dal giudice quale sanzione sostitutiva della pena pecuniaria per il reato ex art. 10 bis), ha voluto placare la sensazione di insicurezza dei cittadini nei confronti dell'immigrazione irregolare³⁹.

Se prima del 2009 l'ingresso dello straniero nello stato italiano, che si sottraeva ai controlli di frontiera, legittimava l'adozione di un provvedimento di

³⁶ A latere della criminalizzazione dell'ingresso e dell'immigrazione irregolare, gli studi sociologici, v. M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, cit., 22 hanno evidenziato come la condanna verso tale fenomeno è vera solo in parte. Infatti, molti settori della società tollerano e anzi coadiuvano la immigrazione irregolare. L'«immigrazione irregolare persiste e si riproduce, malgrado gli sforzi di sradicamento, perché vari aspetti del funzionamento delle società riceventi e delle loro istituzioni, nonché i comportamenti degli attori coinvolti, concorrono a nascondere, a confonderla con interessi e attività del tutto legali, a proteggerla per convenienza o per ragioni di principio».

³⁷ Per un approfondimento v. S. ZIRULIA, *Art. 10 bis*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo IV, Wolters Kluwer, Milano, 5 edizione, 2021, 1471 ss. e L. MASERA, *Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza"*, Giappichelli, Torino, 2009, 27 ss.

³⁸ G. MENTASTI, *La "crimmigration" nel sistema italiano: tra scelte di incriminazione e ricorso al trattenimento amministrativo*, Tesi di dottorato, 2019/2020, 81; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica Del Diritto*, 2013, I, 17 ss.; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Rivista italiana Diritto processuale penale*, 2012, 1425 ss.

³⁹ M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, in S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010, 72 e L. MASERA, *Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., 28; V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009, 15.

espulsione amministrativa ai sensi dell'art. 13 co. 2 lett. a TUI; a seguito dell'introduzione dell'art. 10 bis TUI, la medesima condotta, pur continuando a giustificare l'adozione del citato provvedimento amministrativo, integra anche un reato⁴⁰. Pertanto, la criminalizzazione dell'ingresso e del soggiorno irregolare del migrante appare essere una sistematica azione volta all'emarginazione sociale del migrante irregolare, perché rischia di essere denunciato ogni volta che entra in contatto con un pubblico funzionario in quanto obbligato a fare denuncia nel momento in cui viene a conoscenza di un reato nell'esercizio delle proprie funzioni (si vedrà meglio infra 6.1)⁴¹.

Dalla breve disamina effettuata, discendono gravose conseguenze per lo straniero irregolare, che non solo potrà essere espulso dal territorio nazionale, ma anche condannato quale autore del reato di immigrazione clandestina e nel migliore dei casi, qualora non venga accertata la sua condizione di irregolarità, sarà costretto a condurre una vita semi-nascosta soggetta al rischio di essere scoperti ed espulsi e celare «la propria condizione, soprattutto agli apparati pubblici che svolgono funzioni di controllo, ricorrere a prestanome per alcune transazioni, affidarsi a reti informali per rispondere ad una serie di esigenze, talvolta procurarsi dei documenti falsificati o comunque utilizzati in modo non corretto»⁴².

Questa condizione che contraddistingue il migrante, destinato a condurre un'esistenza tra l'informalità e l'illegalità, ha importanti ricadute sul rapporto di lavoro. Infatti, al di là della facilità con cui il singolo potrà ricadere in una situazione di sfruttamento lavorativo che rappresenta l'apice della vulnerabilità a cui può essere soggetto, la sua condizione giuridica si ripercuoterà anche su

⁴⁰ G. MENTASTI, *La "crimmigration" nel sistema italiano: tra scelte di incriminazione e ricorso al trattenimento amministrativo*, cit., nota 80, 82 e L. MASERA, *Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., 30. Ricorda che il percorso di penalizzazione dello straniero irregolarmente soggiornante aveva già segnato una tappa significativa nel 2004 con la qualificazione come delitto del reato di inottemperanza all'ordine di espulsione punito con la reclusione dal uno a quattro anni, con arresto obbligatorio e giudizio direttissimo.

⁴¹ L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., 34-35; G. MENTASTI, *La "crimmigration" nel sistema italiano: tra scelte di incriminazione e ricorso al trattenimento amministrativo*, cit., 83.

⁴² M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile*, cit. 33.

quella lavorativa⁴³, trasformandolo in un lavoratore irregolare, *rectius* sommerso.

Si pone, dunque, la attenzione sulla questione del “lavoro irregolare” per comprendere come lo *status* illegale dello straniero incida sul rapporto di lavoro instaurato e quali conseguenze possano verificarsi a seguito della rilevazione di tale irregolarità, *in primis* sul lavoratore e poi sul datore di lavoro.

4. Le conseguenze dell’irregolarità sullo straniero in quanto lavoratore

Il lavoro irregolare⁴⁴ assume una molteplicità di sfaccettature e articolazioni determinata dall’estrema varietà del fenomeno a cui si riferisce. Dal punto di vista giuridico, la categoria dell’irregolarità del lavoro è molto ampia, perché originata dal contrasto tra il comportamento previsto e quello realizzato⁴⁵, comprendendo innumerevoli casi che si differenziano al variare della regola violata⁴⁶.

A ben vedere, quindi, ogni violazione di regole poste a tutela del lavoratore configurerebbe il lavoro irregolare, a prescindere dalla gravità della violazione commessa e ponendo sullo stesso piano condotte molto diverse tra loro⁴⁷. Infatti, nell’ambito della categoria del lavoro irregolare possono ascriversi in astratto sia il mero inadempimento contrattuale, sia il lavoro con oggetto o causa illecita.

Di recente è stata concettualizzata la fattispecie del lavoro irregolare come insieme di altre tre sotto-categorie: «a) il lavoro illegale o illecito in senso proprio, cioè *contra legem* quanto all’oggetto dell’attività o della realtà

⁴³ Secondo A. TRIANDAFYLIDOU, L. BARTOLINI, *Understanding Irregularity in Migrants with Irregular Status in Europe*, cit., 27 il lavoratore irregolare dispone di pochi mezzi per fare pressione e ottenere diritti a lui spettanti. Anche il Rapporto ILO, *Proteggere i diritti dei lavoratori migranti in situazioni d’irregolarità e gestire le migrazioni irregolari per motivi di lavoro: Un compendio*, 2023, 17 evidenzia che i migranti in situazione irregolare hanno spesso difficoltà ad esercitare i diritti umani, tra cui l’accesso ai diritti del lavoro.

⁴⁴ Il lavoro irregolare assume una nozione chiaramente diversa da quella esaminata nel paragrafo precedente che coinvolgeva il soggiorno, evidenziando la dimensione non tanto lavorativa dello straniero, quanto quella della cittadinanza dello stesso.

⁴⁵ W. CESARINI SFORZA, *Diritto (principio e concetto)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, 633.

⁴⁶ S. CIUCCIOVINO, *Undeclared work e lavoro sommerso: definizioni e fenomenologie nella prospettiva nazionale e sovranazionale*, in *RGL*, 2023, III, 353. Sul punto anche E. ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, “non dichiarato”*: una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di “attività remunerata”, in *DLM*, 2014, I, 12 evidenzia la indeterminatezza del termine irregolare - privo di significato tecnico – legata all’individuazione della regola da applicare nella singola fattispecie.

⁴⁷ M. ESPOSITO, *Lavoro sommerso (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2012, 754.

economica in cui si svolge; b) atti od omissioni di vario genere in violazione della normativa inderogabile di legge e di contratto collettivo di tutela del lavoro incidenti sul rapporto interprivato intercorrente tra le parti del contratto di lavoro e sul rapporto di natura contributiva e fiscale con gli enti; c) inadempimenti essenzialmente di carattere dichiarativo e di registrazione che incidono sul rapporto autoritativo verso le autorità pubbliche competenti inerenti all'instaurazione e/o allo svolgimento del rapporto di lavoro»⁴⁸.

Dall'analisi degli interventi volti a reprimere forme di lavoro irregolare, si evince che il legislatore abbia concentrato la sua attenzione solo sulle condotte più gravi, in quanto lesive della dignità della persona, della libertà o dell'ordine pubblico⁴⁹, trascurando di occuparsi della irregolarità derivante dalla violazione delle norme di diritto del lavoro a tutela dei lavoratori o di quelle previste dal contratto collettivo, in quanto già provviste dei rispettivi meccanismi di autodifesa.

Infatti, il legislatore ha perseguito obiettivi di ampia razionalizzazione generale, sottintendendo il rilievo macroeconomico delle fattispecie condannate, tra cui la solidarietà fiscale ed economico-finanziaria, la leale concorrenza tra imprese, l'ordine pubblico, nonché la socialità e la trasparenza del mercato⁵⁰.

Ai fini della trattazione, sembra importante soffermarsi sulla prima tipologia di irregolarità, il lavoro illegale, nell'ambito del quale è possibile collocare l'impiego di manodopera straniera irregolare per la violazione che reca alle norme pubblicistiche che presidiano e regolano il fenomeno della immigrazione dei cittadini di paesi terzi.

Come già accennato nelle pagine precedenti, sono diverse le modalità con cui il lavoratore straniero può infrangere la disciplina del diritto immigratorio, determinando l'irregolarità del suo *status*: nel caso in cui entri in assenza di documenti nel territorio italiano, nel caso in cui, pur in possesso di documenti

⁴⁸ S. CIUCCIOVINO, *Undeclared work e lavoro sommerso: definizioni e fenomenologie nella prospettiva nazionale e sovranazionale*, cit., 354. V. A. VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *DML*, 2000, II, 386-387 che propone una classificazione del lavoro sommerso, che individua le seguenti posizioni di lavoro in: «a) occupati irregolari in senso stretto; b) occupati non dichiarati o non regolarmente dichiarati; c) lavoratori con doppio lavoro; d) lavoratori stranieri non residenti». Quest'ultima categoria comprenderebbe gli stranieri irregolari in quanto in possesso di permesso di soggiorno scaduto e i lavoratori stranieri clandestini in quanto sprovvisti di permesso di soggiorno.

⁴⁹ M. ESPOSITO, *Lavoro sommerso (voce)*, cit., 754.

⁵⁰ M. ESPOSITO, *Lavoro sommerso (voce)*, cit., 754.

regolari per l'ingresso, si tratti oltre il tempo consentito, nel caso in cui perda i requisiti per il soggiorno regolare sul territorio. Queste ipotesi evidenziano come la irregolarità della sua condizione giuridica comporti la irregolarità (*rectius* illegalità) del rapporto di lavoro, causandogli una serie di conseguenze pregiudizievoli, a cui si darà rilievo in seguito.

Tuttavia, il lavoro prestato irregolarmente non è solamente ascrivibile alla categoria del lavoro illegale, si pensi anche a quella del lavoro sommerso⁵¹.

Infatti, – come si è visto – la criminalizzazione della presenza irregolare dello straniero sul territorio e del suo utilizzo da parte di un datore di lavoro impedisce ad entrambi i soggetti di comunicare alle autorità pubbliche competenti l'effettiva sussistenza del rapporto di lavoro e le condizioni a cui lo straniero è soggetto in ragione delle conseguenze penali che ne deriverebbero.

Pertanto, l'impiego di stranieri irregolari configura necessariamente l'esistenza di lavoro sommerso e costituisce uno degli aspetti più impegnativi della lotta al sommerso⁵². Infatti, è frequente, in materia di lavoro con extracomunitari irregolari, la violazione delle norme inderogabili del diritto del lavoro, poiché la mancata dichiarazione dell'esistenza del rapporto costituisce un incentivo per il datore di lavoro ad eludere le norme di diritto sostanziale lavoristiche.

Sono inoltre, diversi i fattori che favoriscono la persistenza di rapporti di lavoro non denunciati: «un luogo di lavoro poco definito o variabile o difficile da controllare (come i campi coltivati, i cantieri edili, le imprese di pulizia); la

⁵¹ Per un approfondimento sul lavoro sommerso v. A. BELLAVISTA, *Il Lavoro sommerso*, Giappichelli, Torino, 2000; ID. *L'emersione del lavoro irregolare nel decreto rilancio*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, Torino, 2020, 163 ss.; M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la «lotta per il diritto»*, in *ADL*, 2000, I, 43 ss.; A. VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *DML*, 2000, II, 379 ss.; B. CARUSO, *Lavoro sommerso e il ruolo del sindacato*, in *RGL*, 1999, III, 79 ss.; E. ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, "non dichiarato": una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di "attività remunerata"*, in *DLM*, 2014, I, 11 ss.; A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive*, in *RGL*, 2012, II, 269 ss.; M. PERUZZI, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *DLM*, I, 115 ss.; V. PINTO, *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *RGL*, 2012, 304 ss.; L. BATTISTA, *Il lavoro sommerso e il ruolo dell'Autorità europea del lavoro*, Cacucci, Bari, 2022; si segnala infine il numero III del 2023 di *RGL*, interamente dedicato a tale tematica.

⁵² Secondo A. VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, cit., 393-394 secondo l'A. rispetto al lavoro sommerso degli immigrati irregolari «l'ordinamento non offre strumenti ordinari (né diretti, né indiretti) ma soltanto strumenti straordinari di emersione», come la sanatoria.

Così anche M. PAGGI, *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, cit., 49.

presenza di datori di lavoro poco strutturati e scarsamente formalizzati (piccole attività familiari, unità domestiche, lavoratori indipendenti, ecc.); un interesse del consumatore finale ad abbattere i costi del servizio acquistato, chiudendo un occhio sulla fatturazione delle prestazioni; una convergenza di interessi fra datore di lavoro e lavoratore nel mantenere il rapporto di lavoro nell'informalità, caso particolarmente evidente nel caso di lavoratori sprovvisti di regolari autorizzazioni»⁵³.

Sul piano delle condizioni contrattuali, non stupisce che i lavoratori in nero possano percepire un trattamento economico inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di riferimento, in quanto spesso il taglio del costo del lavoro costituisce uno dei principali incentivi per il datore di lavoro a non dichiarare l'esistenza del rapporto.

Tuttavia, effetti pregiudizievoli si rinvencono anche sul piano previdenziale. A seguito delle omissioni contributive determinate dall'evasione del datore di lavoro, la posizione previdenziale del lavoratore straniera sarà pressoché inesistente e comunque frammentata. Inoltre, si ritiene difficile per un lavoratore straniero, tanto più se irregolare, poter intraprendere un giudizio per la regolarizzazione della propria posizione previdenziale e per il pagamento dei contributi omessi, ricadendo su di lui l'onere di provare la effettiva sussistenza del rapporto di lavoro⁵⁴.

Ne consegue che il lavoro nero produce rilevanti danni sia al singolo soggetto coinvolto (sul piano previdenziale e delle chances future) sia alla collettività, come per i mancati introiti derivanti dal gettito fiscale⁵⁵.

⁵³ M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile*, cit., 48.

⁵⁴ Sulla posizione previdenziale del lavoratore sommerso v. M. FAIOLI, *Struttura e contesto della dimensione (negativa) previdenziale nel lavoro prestato irregolarmente*, in *RGL*, 2023, III, 381 ss. Per quanto concerne il tema della sicurezza sociale degli immigrati in generale v. A. GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati: alla ricerca della solidarietà perduta*, in *RDSS*, 2020, 247 ss., F. RAVELLI, *La tutela previdenziale dei migranti*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 193 ss.; M. RANIERI, *La tutela assistenziale dei migranti*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 235 ss.; R. NUNIN, *I diritti sociali degli stranieri in alcune recenti decisioni della corte costituzionale*, in *RGL*, 2022, II, 101 ss.; E. D'AVINO, *Ancora sulla legittimità del requisito del radicamento territoriale per l'accesso ai diritti sociali: aliquid novi?*, in *RDSS*, 2020, III, 577 ss.

⁵⁵ A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, cit., 27. Il lavoro nero contribuisce infatti ad aumentare il costo del lavoro regolare, aumentando le tasse. Secondo l'A. il lavoro sommerso costituisce il livello più intenso di elusione dell'applicazione della disciplina lavoristica e pertanto la sua esistenza, di per sé, rappresenta la negazione dello stesso diritto del lavoro (p. 3).

Pertanto, è emblematico il rapporto di lavoro con lo straniero privo di permesso di soggiorno, perché riunisce tutte e tre le dimensioni della categoria di lavoro irregolare, creando quindi un complesso fenomeno, difficile da sradicare.

La realtà in cui lo straniero irregolare è costretto a muoversi e le difficoltà a cui va incontro per far rispettare i suoi diritti, lo rende un lavoratore particolarmente vulnerabile. Invero, i lavoratori extracomunitari e irregolari sono sicuramente la categoria più debole dei lavoratori del sommerso, proprio perché quest'ultima rappresenta «una strategia di sopravvivenza a seguito della mancanza di valide alternative che costringono dunque il migrante ad accettare le occasioni non regolari che gli vengono offerte»⁵⁶.

Per tale ragione, la posizione in cui versa il lavoratore irregolare straniero si colloca tra le più critiche, e il legame che lo vincola ad un determinato rapporto di lavoro non denunciato è duplice: da un lato, per esigenze di sopravvivenza sarà costretto ad accettare le condizioni imposte, anche se inferiori a quelle dei lavoratori nazionali; dall'altro, non potrà denunciare la violazione delle norme lavoristiche perché anch'esso irregolare, determinando un circolo vizioso.

5. Le conseguenze dell'irregolarità dello straniero per il datore di lavoro

Se, come si è visto, la condizione di irregolarità in cui versa lo straniero si ripercuote profondamente su quella lavorativa, bisogna ad ogni modo osservare che anche per il datore di lavoro l'impiego di manodopera straniera irregolare non è priva di conseguenze.

Invero, le irregolarità commesse dal datore di lavoro nei confronti dei lavoratori stranieri extracomunitari assumono un duplice rilievo, sia sotto il profilo giuslavoristico del contrasto al lavoro sommerso e delle violazioni delle norme inderogabili del diritto al lavoro, sia sotto il profilo penalistico, volto alla repressione dell'immigrazione clandestina e del suo sfruttamento.

⁵⁶ A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, cit., 30. Sui danni prodotti invece dall'immigrazione irregolare v. M. LIVI BACCI, *Una regolare irregolarità. Vivere da immigrati fuori dalle regole*, in Mulino, 2006, III, 494-495.

Sul primo versante, le politiche di emersione del lavoro sommerso e la regolarizzazione dei rapporti di lavoro⁵⁷ hanno costituito le misure principali per contrastare il fenomeno dell'irregolarità. In particolare, come ha sottolineato in diverse sedi la dottrina, lo strumento principale per regolare l'accesso degli stranieri extracomunitari al mercato del lavoro è il ricorso alle sanatorie⁵⁸. Invero, dal 1986 ad oggi sono state realizzate ben 8 sanatorie, volte a soddisfare la carenza di manodopera in determinati settori⁵⁹. Da ultimo, è stata prevista di recente una procedura di emersione dei rapporti di lavoro con immigrati in condizione di irregolarità⁶⁰ nell'art. 103 d.l. 34/2020⁶¹, in ragione dell'avvento della pandemia Covid che ha reso necessario intervenire per ragioni di sanità pubblica e tutela della salute degli irregolari. Tale sanatoria si concentra però solo su alcuni settori, che – anche a causa della pandemia – hanno particolarmente sofferto della carenza di manodopera, come l'agricoltura, l'allevamento, la pesca e attività connesse, il lavoro domestico, l'assistenza della persona⁶².

Tuttavia, se la sanatoria è idonea a migliorare «la condizione delle persone interessate (e di molto), non necessariamente quelle del settore dovesse lavorano»⁶³. Infatti, è stato sottolineato come sono proprio le condizioni lavorative di alcuni settori a legittimare lo sfruttamento di soggetti bisognosi,

⁵⁷ Per un approfondimento delle misure di contrasto al lavoro irregolare v. M. MCBRITTON, *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in *QG*, 2014, 171 ss.; M. BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, cit.; M. ESPOSITO, *Il contrasto al lavoro nero: discontinuità dei percorsi legislativi e cultura dei valori giuridici*, Discussion Paper n. 2 Giugno 2012; B. CARUSO, *Lavoro sommerso e ruolo del sindacato*, cit.; M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la "lotta per il diritto"*, cit.; V. PINTO, *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007; A. VISCOMI, *Incentivi all'emersione del lavoro sommerso e tecniche di accesso*, in *RDSS*, 2002, 85 ss.

⁵⁸ W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *DIC*, 2020, III, 1.

⁵⁹ S. BOLOGNA, *Lavoro e sicurezza sociale dei migranti economici: l'eguaglianza imperfetta*, in G. DE MARZO, F. PARISI (a cura di), *Diritto e immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, La Tribuna, Treviso, 2021, 287.

⁶⁰ Tale misura si aggiunge a quelle previste dagli artt. 78 e 103, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. Con modificazioni in L. 24 aprile 2020, n. 27.

⁶¹ Per un'analisi delle procedure di emersione previste dal decreto rilancio v. A. BELLAVISTA, *L'emersione del lavoro irregolare nel «decreto rilancio»*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, Torino, 2020, 166 ss. e E. GONNELLI, *La regolarizzazione dei lavoratori migranti come intervento straordinario per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *LLI*, 2021, I, 34 ss.; W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Migranti, lavoro e pandemia: nuovi problemi, vecchie risposte?*, in *RGL*, 2021, I, 3 ss.

⁶² A. BELLAVISTA, *L'emersione del lavoro irregolare nel «decreto rilancio»*, cit., 165.

⁶³ A. BELLAVISTA, *L'emersione del lavoro irregolare nel «decreto rilancio»*, cit., 174.

come gli stranieri irregolari. Ne deriva che le misure di riemersione devono essere affiancate da «misure positive volte a proteggere i lavoratori, ad assicurare eque condizioni di trattamento; ma anche a bonificare il mercato dagli squilibri di potere contrattuale il cui costo è sempre pagato dagli stessi prestatori di lavoro»⁶⁴. Gli strumenti di contrasto al lavoro irregolare devono, pertanto, concentrarsi lungo due direttive: da un lato, quella volta a far rientrare determinati soggetti irregolari nel percorso della legalità, dall'altro, quella volta a reprimere i fenomeni di elusione e mancato rispetto della normativa e delle condizioni contrattuali a tutela del lavoro⁶⁵.

È tuttavia sul piano penalistico che l'impiego di manodopera irregolare trova il maggior deterrente. Nel sistema attuale l'art. 22 co. 12 del TUI punisce «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» con «la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato»⁶⁶.

Invero, ciascun datore di lavoro, inteso non solo come «l'imprenditore o colui che gestisce professionalmente un'attività di lavoro organizzata, ma anche il cittadino che assume alle proprie dipendenze una o più persone per svolgere attività lavorativa subordinata di qualsiasi natura»⁶⁷, hanno il dovere di «verificare la regolare presenza in Italia dello straniero indipendentemente dalle asserzioni e aspettative di colui al quale viene data occupazione»⁶⁸, per tale ragione non rileva la buona fede eventualmente mostrata dal datore di lavoro per

⁶⁴ A. BELLAVISTA, *L'emersione del lavoro irregolare nel «decreto rilancio»*, cit., 175.

⁶⁵ A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, cit., 134.

⁶⁶ Il reato ex art. 22 co. 12 qualificato in origine come contravvenzione viene trasformato ad opera del d.l. n. 92/2008, da contravvenzione a delitto e la pena dell'arresto da tre mesi ad un anno e l'ammenda di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato sono sostituite dalle «reclusione da sei mesi a tre anni» e «la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato». oltre all'inasprimento della pena, la trasformazione del reato in delitto ha mutata anche l'elemento soggettivo previsto per il reato in dolo. V. Cass. pen., sez. I, 17/12/2012, n. 475 secondo cui il reato di illecita occupazione, disciplinato dall'art. 22, comma 12, d.lg. n. 286/1998, è stato trasformato, con il d.l. n. 92/2008, da contravvenzione in delitto e, quindi, la responsabilità si è trasformata da colposa in dolosa.

⁶⁷ V. Cass., sez. IV, n° 31288/2013; Cass., sez. I, n° 25665/2003, ex multis Cass., sez. I, n° 16431/2005.

⁶⁸ Cass., Sez. I, n° 25990/2010.

aver preso visione della richiesta di permesso di soggiorno avanzata dallo straniero⁶⁹.

Inoltre, non viene meno la responsabilità del datore di lavoro nel caso in cui non abbia stipulato con il lavoratore alcun contratto di lavoro in quanto, come precisato dalla corte di Cassazione, *«la stipula di un contratto di lavoro non è condizione necessaria, rientrando nell'alveo della fattispecie qui considerata altresì la condotta di "colui che, pur non avendo provveduto direttamente all'assunzione, se ne avvalga tenendoli alle sue dipendenze"»*⁷⁰, essendo sufficiente che il soggetto agente si avvalga della prestazione dell'irregolare.

Secondo la giurisprudenza, il divieto di occupare lavoratori stranieri privi di un valido permesso di soggiorno deve essere inteso in senso ampio e non limitato ai soli rapporti di lavoro subordinato in senso stretto, che presentino rigorosamente tutti gli elementi previsti all'articolo 2094 del codice civile, poiché la norma fa riferimento al dato materiale dell'impiego della prestazione lavorativa, di qualsiasi natura, anche atipica o occasionale⁷¹ ed anche limitata ad una sola giornata⁷².

Con l'entrata in vigore della direttiva 2009/52/CE che introduce "norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", attuata con il d.lgs. n. 109/2012, ha introdotto delle novità sul versante dell'occupazione di immigrati irregolari⁷³.

La direttiva, che vieta l'assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, prevede all'art. 9 l'obbligo degli Stati membri di introdurre una fattispecie di reato per tale violazione, se intenzionale, al ricorrere di ulteriori e determinate condizioni.

Come visto, tale divieto era già presente nell'ordinamento italiano con l'art. 22 co. 12, tuttavia il legislatore ha voluto introdurre una nuova circostanza

⁶⁹ Cassazione penale sez. I, 14/02/2020, n.18300.

⁷⁰ Cass., sez. I, n° 25615/2011.

⁷¹ Cass., sez. I, 03/05/2006 n. 15264.

⁷² Cass., sez. I, 14/03/2006 n. 8824 V. sul punto E. MASSI, *Le sanzioni per l'impiego irregolare di lavoratori stranieri extracomunitari, reperibile al* <http://www.dplmodena.it/massi/Stranieri%206%20, 2>.

⁷³ Per un commento alla direttiva v. G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'unione europea*, cit., 74-79; L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, cit., 177-182. Secondo L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, cit., 70 la direttiva in esame è uno dei risultati più tangibili del *law enforcement approach*.

aggravante ad effetto speciale del delitto di occupazione di immigrati irregolari con il co. 12 bis. Quest'ultimo, in ottemperanza alla direttiva, stabilisce un aumento da un terzo alla metà delle pene previste al co. 12 quando: «1) i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; 2) i lavoratori occupati sono minori non in età lavorativa; 3) i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'art. 603 bis del codice penale».

L'introduzione dell'aggravante solleva, poi, dei problemi di coordinamento con la fattispecie di cui all'art. 12 co. 5 TUI, che punisce con la reclusione sino a quattro anni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, ogni condotta di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare compiuta con il fine di trarre ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero⁷⁴.

Se prima della riforma vi era un forte discrimine tra la fattispecie di cui all'art. 22 co. 12, e quella più grave dell'art. 12 co. 5, integrata «quando l'assunzione alle proprie dipendenze dello straniero irregolare sia caratterizzata da condizioni gravose e discriminatorie, rese possibili dalla condizione di inferiorità contrattuale determinata dalla condizione di illegalità»⁷⁵. Si applicava la fattispecie meno grave, invece, quando «l'assunzione “in nero” sarebbe stata finalizzata alla sola elusione fiscale e previdenziale, senza ulteriori finalità profittatorie»⁷⁶. La nuova aggravante di cui all'art. 22 co. 12 bis rinviando al reato di sfruttamento lavorativo ex art. 603 bis c.p. «tipizza, infatti, proprio quella situazione di sfruttamento profittatorio che, prima della riforma, era ritenuta caratteristica del reato di cui all'art. 12 co. 5», comportando nei fatti che tutte le ipotesi di occupazione di stranieri irregolari ricadono nell'alveo dell'art. 22 co. 12 o 12bis, con un trattamento sanzionatorio leggermente più severo di quello applicabile in precedenza⁷⁷.

Le conseguenze pregiudizievoli per il datore di lavoro si ripercuotono anche sotto il profilo amministrativo. Infatti, l'art. 22 co. 12 ter – introdotto dalla

⁷⁴ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, reperibile al https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1655-nuove-norme-contro-i-datori-di-lavoro-che-impiegano-immigrati-irregolari#_ftn3.

⁷⁵ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, reperibile al https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1655-nuove-norme-contro-i-datori-di-lavoro-che-impiegano-immigrati-irregolari#_ftn3.

⁷⁶ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

⁷⁷ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

attuazione della direttiva europea – precisa che «con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente»⁷⁸.

A tale misura afflittiva finalizzata a garantire un sistema sanzionatorio efficace, se ne aggiunge un'altra che colpisce il lavoro sommerso: la “maxisanzione”, che punisce con una sanzione amministrativa l'«impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro», ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore⁷⁹.

Infatti, l'applicazione delle sanzioni conseguenti all'omissione degli adempimenti obbligatori previsti per l'instaurazione di un rapporto avalla il principio ribadito dalla giurisprudenza secondo cui «*In caso di assunzione del cittadino straniero extracomunitario privo di permesso di soggiorno, la*

⁷⁸ La norma rappresenta la trasposizione dell'art. 5 dir., secondo cui «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i datori di lavoro che violano il divieto di cui all'articolo 3 siano passibili di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive. 2. Le sanzioni inflitte in caso di violazioni del divieto di cui all'articolo tre includono: a) sanzioni finanziarie che aumentano a seconda del numero di cittadini di paesi terzi assunti illegalmente; e b) pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi assunti illegalmente, nei casi in cui siano effettuate procedure di rimpatrio (...)». Si condividono con L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, reperibile al https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1655-nuove-norme-contro-i-datori-di-lavoro-che-impiegano-immigrati-irregolari#_ftn3, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit. le perplessità della «scelta di legare l'entità della sanzione all'entità del rimpatrio, dando erroneamente l'impressione di instaurare un automatismo tra occupazione illegale ed espulsione del lavoratore irregolare, che è invece smentito dalla possibilità (prevista, come vedremo, sia dalla direttiva che dal decreto di recepimento) per il lavoratore di ottenere un titolo di soggiorno qualora abbia denunciato la propria condizione di sfruttamento».

⁷⁹ l'art. 22 del d.lgs. n. 151/2015 ha, nella sostanza, confermato la fattispecie delineata dalla l. n. 183/2010 superando implicitamente l'Art. 3, 3° comma, del D.L. n. 12/2002, convertito in L. n. 73/2002, come modificato dall'art. 36- bis, 7° comma, del D.L. n. 223/2006, convertito in L. n. 248/2006, abbandonato il richiamo alle “scritture o altra documentazione obbligatoria”. È da evidenziare che la Direzione centrale coordinamento giuridico, dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL), ha emanato la nota n. 856 del 19 aprile 2022, all'interno della quale ha previsto un vademecum sull'applicazione della Maxisanzione per lavoro sommerso, prevista dall'articolo 3 del Decreto Legge n. 12/2002. In particolare, la maxisanzione si applica in mancanza della comunicazione preventiva di assunzione; il rapporto di lavoro instaurato di fatto deve presentare i requisiti propri della subordinazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 2094 c.c. La sanzione da erogare va da euro 1.800 a euro 10.800 per ciascun lavoratore irregolare, in caso di impiego del lavoratore sino a trenta giorni di effettivo lavoro; b) da euro 3.600 a euro 21.600 per ciascun lavoratore irregolare, in caso di impiego del lavoratore da trentuno e sino a sessanta giorni di effettivo lavoro; c) da euro 7.200 a euro 43.200 per ciascun lavoratore irregolare, in caso di impiego del lavoratore oltre sessanta giorni di effettivo lavoro. Inoltre, Le sanzioni sono aumentate del 20% in caso di impiego di lavoratori stranieri ai sensi dell'art. 22, comma 12, del D.Lgs. n. 286/1998. Per un approfondimento sul tema della Maxisanzione v. I. CORSO, *La cd. maxisanzione: elementi caratterizzanti e ambito di applicazione della fattispecie sanzionata*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Eut Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2016, 453 ss.

violazione amministrativa per l'omessa denuncia del rapporto di lavoro non è assorbita dal divieto penale di assunzione al lavoro del predetto cittadino, trattandosi di due fattispecie distinte – concernenti condotte tra loro differenti e considerate dal legislatore, nelle rispettive sedi, penale ed amministrativa, a tutela di distinte finalità – che neppure possono essere correlate in termini di causalità o antecedenza logica dell'una rispetto all'altra, così da determinare una oggettiva connessione tra l'illecito amministrativo ed il reato»⁸⁰.

Si può osservare come il legislatore italiano abbia posto in essere un'articolata e vasta disciplina volta a eliminare l'occupazione di stranieri irregolari, ponendosi quindi come obiettivo primario la repressione dell'immigrazione clandestina e non tanto la sua prevenzione. In altre parole, il legislatore si è speso per criminalizzare le condotte datoriali devianti, sanzionandole severamente, senza occuparsi dell'altro lato del fenomeno, ossia le cause che lo provocano. Come ribadito nelle pagine precedenti l'aumento della manodopera irregolare è per lo più determinata dalle politiche migratorie stringenti, che ostacolano l'afflusso di stranieri regolari alimentando i canali illegali di immigrazione⁸¹.

6. Le tutele per il lavoratore straniero irregolare

A fronte del quadro delineato, ci si interroga se l'ordinamento, che ha contribuito alla creazione della condizione di vulnerabilità dei lavoratori stranieri, si è anche dotato degli anticorpi necessari per contrastarla.

In primo luogo, occorre ribadire che anche i lavoratori stranieri irregolarmente soggiornanti godono dei diritti fondamentali, atteso che nessuna condizione giuridica volta ad autorizzare o negare il regolare soggiorno su un territorio, può incidere sulla tutela di diritti fondamentali. Tale principio è affermato a tutti i livelli, dal diritto internazionale a quello interno. In particolare, si fa riferimento al Capitolo III della Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (ICRMW), che fa esplicito riferimento ai diritti

⁸⁰ Cassazione civile sez. lav., 11/06/2018, n.15096.

⁸¹ A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 2, 173 ss. e R. D. COSTA, *La tutela del lavoratore straniero "irregolare" dopo il decreto n. 130/2020*, *LG*, 2022, XI, 1021.

e alle libertà dei lavoratori migranti in situazione irregolare⁸², alla Convenzione n. 143 del 1975⁸³. In particolare, i legislatori nazionali devono conformarsi anche ai principi sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, a livello dell'unione europea, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto di lavorare (art. 15), il diritto di uguaglianza davanti alla legge (art. 20) e di non discriminazione (art. 21), nonché tutti i diritti fondamentali della persona, già previsti in sede internazionale.

Il riconoscimento dei «diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» è stato ribadito anche dal legislatore italiano in virtù dell'art. 2 TUI.

⁸² La Conv. ONU nella parte III sancisce i diritti umani di tutti i lavoratori migranti (anche irregolari) e dei membri delle loro famiglie e in particolare, tra i tanti, si menzionano: la libertà di espatrio (art. 8); il diritto alla vita (art. 9); il divieto di tortura (art. 10); il divieto di schiavitù e lavoro forzato (art. 11); la libertà di coscienza, di pensiero, di religione (art. 12); la libertà di opinione e di espressione (art. 13), il divieto di interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata, nel domicilio, nella corrispondenza (art. 14); la tutela del diritto di proprietà, diritto alla libertà e alla sicurezza personale (art. 16), i diritti nell'ambito della detenzione (art. 17), l'uguaglianza davanti alla autorità giudiziaria (art. 18) e davanti alla legge (art. 24).

⁸³ La Conv. n. 143 del 1975 all'art. 1 ribadisce che «Ogni Membro per cui la presente convenzione sia in vigore s'impegna a rispettare i diritti fondamentali dell'uomo di tutti i lavoratori migranti». Il Rapporto OIL 2023 conferma tra i diritti spettanti all'immigrato irregolare la Parità di trattamento dei lavoratori migranti in situazione irregolare rispetto a quelli in situazione regolare o ai cittadini nazionali, secondo quanto previsto dalla legislazione vigente nel paese in questione, relativamente ai diritti derivanti dal precedente impiego in materia di retribuzione, sicurezza sociale e altri benefici, iscrizione ai sindacati ed esercizio dei diritti sindacali e accesso alla giustizia per rivendicare tali diritti (Convenzione n. 143, art. 9, par. 1 e 2 e Raccomandazione n. 151, par. 8, par. 3 e 4, e par. 34); esenzione dei costi di espulsione e diritto di appello dinanzi a un'autorità amministrativa o giudiziaria per sospendere l'esecuzione del provvedimento di espulsione; parità di trattamento in materia di diritto all'assistenza legale (Convenzione n. 143, art. 9, par. 3, Raccomandazione n. 151, par. 8, par. 5, e par. 33); rapidità dei tempi di giudizio nei casi di violazione della legislazione e dei regolamenti in materia di lavoro e migrazione affinché i lavoratori migranti sappiano se la loro posizione può essere regolarizzata o meno (Raccomandazione n. 151, par. 8(1)); possibilità di una regolarizzazione temporanea o permanente per i lavoratori migranti in situazione irregolare come mezzo per promuovere i loro diritti e il loro contributo all'economia del paese ospitante (Convenzione n. 143, art. 9, par. 4). I lavoratori migranti la cui posizione è stata regolarizzata dovrebbero beneficiare di tutti i diritti previsti per i lavoratori migranti che si trovano legalmente sul territorio di uno Stato membro (Raccomandazione n. 151, par. 8(2)). Anche il Patto globale per la migrazione, sancisce che «gli Stati membri delle Nazioni Unite riconoscono (...) l'obbligo generale di rispettare, proteggere e soddisfare i diritti umani di tutti i migranti, indipendentemente dal loro status migratorio, promuovendo al contempo la sicurezza e la prosperità di tutte le nostre comunità».

Per quanto concerne però la tutela dello straniero irregolare in quanto lavoratore⁸⁴, sia la direttiva 52/2009/CE, che l'ordinamento interno, si sono espressi sul punto⁸⁵.

L'art. 6 dir. stabilisce infatti che, in caso di occupazione di stranieri irregolari, a questi debba essere garantito il pagamento di ogni retribuzione arretrata – tenendo conto quale parametro, la retribuzione prevista dai contratti collettivi e presupponendo l'esistenza di un rapporto di lavoro di almeno tre mesi salvo prova contraria fornita – ; la corresponsione di «un importo pari a tutte le imposte e i contributi previdenziali che il datore di lavoro avrebbe pagato in caso di assunzione legale del cittadino di un paese terzo, incluse le penalità di mora e le relative sanzioni amministrative» e in caso, di rientro o rimpatrio nel paese d'origine, il pagamento di tutti i costi derivanti dal trasferimento delle retribuzioni arretrate in tale paese, prevedendo altresì meccanismi efficaci e procedure celere per l'ottenimento dei diritti sopra evidenziati⁸⁶.

Tale disposizione è in linea a quanto previsto dall'art. 2126 del codice civile⁸⁷. Quest'ultimo nel prevedere che «La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, garantendo quindi al lavoratore il pagamento della retribuzione». Tale previsione costituisce quindi una disciplina speciale rispetto a quella prevista per i contratti

⁸⁴ Le tutele del lavoratore irregolare sono stabilite anche a livello internazionale, la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie ha previsto alcuni diritti in materia di occupazione, come: la parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali (art. 25); il diritto ad esercitare i diritti sindacali (art. 26); il diritto alla sicurezza sociale a condizioni non meno favorevoli dei cittadini nazionali, nella misura in cui soddisfino i requisiti previsti dalla legge o dal trattato (art. 27). Per una panoramica sul diritto alle retribuzioni arretrate dei migranti irregolari in quanto lavoratori v. E. DEWHURST, *The Right of Irregular Immigrants to Back Pay: The Spectrum of Protection in International, Regional, and National Legal Systems* in C. COSTELLO, M. FREELAND (a cura di), *Migrants at work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 216 ss.

⁸⁵ Si osserva come la dir. 2009/52 si rivolge prevalentemente agli stranieri irregolari, in quanto cittadini di paesi terzi, e non tanto a loro come lavoratori, che secondo L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, cit.,⁷³ è una scelta che assume il preciso significato di «far prevalere la figura del migrante semplicemente da allontanare, se irregolare, nonostante il contesto regolativo nel quale si inserisce (il lavoro), sanzionando i datori di lavoro che assumono stranieri irregolari».

⁸⁶ Le modalità di attuazione di tali misure sono state previste nel Decreto del Ministero dell'Interno e del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 10 Febbraio 2017, recante «Determinazione delle modalità e dei termini per garantire ai cittadini stranieri interessati le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2009/52/CE».

⁸⁷ Per un approfondimento v. M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1970; P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, Giuffrè, Milano, 2013; M. FAIOLI, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Giuffrè, Milano, 2008.

in generale, stabilendo un'efficacia giuridica parzialmente corrispondente a quella prodotta dal rapporto tipico⁸⁸.

Inoltre, la norma al secondo comma prevede che in caso di lavoro prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione, ampliando così l'ambito di efficacia del contratto invalido.

L'unica eccezione alla disciplina speciale prevista dall'art. 2126 c.c. è quella in presenza dell'illiceità dell'oggetto o della causa, in virtù della quale si applica la disciplina comune per i contratti invalidi. Infatti, se anche la prestazione è già stata posta in essere e come tale, non più ripetibile, non è meritevole di controprestazione per la lesione dei valori giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento.

Orbene, l'applicazione della disposizione in esame al rapporto di lavoro con l'extracomunitario irregolarmente soggiornante è indiscussa, in quanto il contratto di lavoro stipulato con il lavoratore extracomunitario privo del permesso di soggiorno è un contratto in violazione di legge⁸⁹, in ragione del fatto che l'occupazione di lavoratori privi del permesso di soggiorno (o con permesso di soggiorno scaduto, revocato o annullato) costituisce reato, occorre però chiarire se tale ipotesi rientri nella prima parte del comma 1 dell'art. 2126 c.c. – ossia in caso il caso del contratto nullo per violazione di norme imperative –, o nella seconda parte dello stesso – cioè in presenza di causa illecita o oggetto illecito –.

La riconducibilità della prestazione svolta dallo straniero irregolare nella prima o seconda parte, ha conseguenze radicali per lo stesso, in quanto nel primo caso, gli verranno corrisposte non solo le retribuzioni, ma anche tutti gli emolumenti derivanti dal rapporto (indennità del preavviso...), nel secondo caso, nulla.

La giurisprudenza rileva che il «*lavoratore extracomunitario assunto con un contratto di lavoro in violazione dell'art. 22, cit. testo unico sull'immigrazione rientra nella fattispecie dell'art. 2126 c.c. rientra nella previsione del comma 1, perché l'illegittimità del contratto deriva dalla mancanza del permesso di*

⁸⁸ M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, cit., 169.

⁸⁹ B. DE MOZZI, *L'impiego irregolare di lavoratori extracomunitari*, cit., 429. V. anche M. McBRITTON, *Prestazioni di fatto e lavoro immigrato*, cit., 549 ss.; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, cit., 193-200.

soggiorno e non attiene né alla causa (funzione economico sociale del contratto di lavoro), né all'oggetto del contratto, costituito dalla prestazione di lavoro erogata, sempre che la stessa sia una prestazione di lavoro lecita, cosa che nel caso in esame nessuno discute (in senso conforme, sebbene con riferimento al quadro normativo anteriore al t.u. del 1998, cfr. Cass., Sez. 50, 13 ottobre 1998, n. 10128)»⁹⁰.

Si condivide tale interpretazione, in quanto la mera violazione delle norme di diritto pubblico volte alla regolazione dei flussi di ingresso non incide sul sinallagma contrattuale – causa e oggetto –. In relazione al contratto di lavoro con il lavoratore nazionale, quello che vede come parte il lavoratore straniero si distingue per il contesto entro cui si svolge, un contesto che vieta penalmente il suo soggiorno sul territorio italiano e il suo impiego in un rapporto lavorativo.

La ratio sottesa all'art. 2126 c.c. non si esplica solo a tutela del lavoratore, ma svolge anche una funzione anti-dumping⁹¹, impedendo che i datori di lavoro che violino la legge e le norme a tutela del prestatore di lavoro, riducendo i costi inerenti al lavoro, siano favoriti rispetto a quelli che pongano in essere contratti regolari e conformi alla legge. Diversamente, non rispettare la legge costituirebbe un incentivo. In tal senso anche la giurisprudenza ha evidenziato come l'esito interpretativo *«risulta coerente con la razionalità complessiva del sistema, laddove si consideri che, se si permettesse al datore di lavoro che ha occupato lavoratori extracomunitari in violazione di legge di essere esentato dagli oneri retributivi e contributivi, si altererebbero le regole basilari del mercato e della concorrenza, consentendo a chi viola la legge sull'immigrazione di fruire di condizioni incisivamente più vantaggiose rispetto a quelle cui è soggetto il datore di lavoro che rispetta la legge»*⁹².

⁹⁰ Cass. civ., sez. lav., 26/03/2010, n. 7380.

⁹¹ L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratti di lavoro degli stranieri*, cit., 185-186; M. MCBRITTON, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, cit. 2010, 553; M. D'ONGHIA, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, II, 471.

⁹² È interessante osservare come la suprema corte Cassazione civile sez. lav., 26/03/2010, n.7380 ritenga integrata l'applicazione del secondo comma dell'art. 2126 c.c., in quanto la disciplina sul permesso di soggiorno sarebbe configurabile come disciplina a tutela del prestatore. Infatti «dalla lettura della norma violata (art. 22, cit. T.U.) si evince che tra le sue finalità vi è anche quella di garantire al lavoratore straniero condizioni di vita e di lavoro adeguate. Funzionali a questo fine sono le disposizioni che impongono al datore di lavoro di esibire “idonea documentazione indicante le modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore” (comma 2) e subordinano il rilascio al datore di lavoro del nulla osta per l'assunzione “al rispetto delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro” (comma 5). Se, quindi, la disciplina del permesso di soggiorno ha

6.1 L'accesso alla giustizia

Un fondamentale diritto connesso alla tutela dei diritti spettanti al lavoratore è quello di agire in giudizio per farli valere⁹³. Tuttavia, sono evidenti le difficoltà per il lavoratore straniero di adire il giudice, in quanto la sua condizione giuridica di irregolare verrebbe denunciata nel momento in cui si presenti davanti all'autorità giudiziaria. Secondo quanto disposto dall'art. 331 c.p.p., i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell'esercizio delle loro funzioni, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto e trasmetterla al Pubblico ministero, a tutela dell'obbligatorietà della azione penale.

Ne consegue che qualora lo straniero irregolare ricorresse in giudizio per segnalare le violazioni delle tutele lavoristiche da parte del datore di lavoro, scatterebbe l'obbligo per l'Autorità Giudiziaria di denunciare colui che ha agito⁹⁴ per il reato ex art. 10 bis D. Lgs. 286 del 1998, determinando una violazione del diritto di cui all'art. 24 Cost.⁹⁵.

La prevalenza dell'interesse alla perseguibilità di un reato e alla tutela dell'ordine pubblico – sotteso all'art. 331 cpp – sul diritto fondamentale ad agire in giudizio del migrante mostra tutte le incongruenze e le contraddizioni di un sistema che, solo in apparenza, pretende di tutelare lo straniero irregolare.

(anche) la finalità di tutelare il lavoratore straniero, la sua violazione è "violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro" (dell'art. 2126 cod. civ., comma 2) e quindi, ai sensi dell'art. 2126 c.c., qualora il contratto venga dichiarato nullo, il lavoratore ha comunque diritto alla retribuzione per il lavoro eseguito».

⁹³ Si segnala la recente ricerca sulle prassi di denuncia sicura nella città di Milano condotto nell'ambito del progetto europeo *Victims with irregular migration status' safe reporting of Crimes (VISA Roc)* da diverse Università europee, tra cui l'Università degli Studi di Milano, dal titolo *Percorsi di denuncia sicura nella città di Milano, 2023* reperibile su https://www.safereporting.eu/wp-content/uploads/2023/11/SR_Report_MILANO_IT.pdf.

⁹⁴ È espressamente previsto dall'art. 331 co. 4 che: «Se, nel corso di un procedimento civile o amministrativo, emerge un fatto nel quale si può configurare un reato perseguibile di ufficio, l'autorità che procede redige e trasmette senza ritardo la denuncia al pubblico ministero». Secondo la giurisprudenza la disposizione con la quale il giudice, ai sensi dell'art. 331, comma primo, ordina trasmettersi gli atti al pubblico ministero per l'eventuale esercizio dell'azione penale in ordine ad un fatto-reato, diverso e ulteriore rispetto a quello oggetto del giudizio, non è impugnabile, trattandosi di provvedimento avente carattere puramente ordinatorio e non decisorio, la cui adozione non pregiudica posizioni soggettive, comunque tutelabili in diversa sede.

⁹⁵ Ulteriore conseguenza della denuncia è l'espulsione in sede amministrativa dello straniero dal territorio italiano. Si rammenta che la tutela del diritto di agire in giudizio è anche ribadita dall'art. 9 Conv. OIL.

Tale antinomia non sembra risolta nemmeno alla luce dei permessi di soggiorno che possono essere rilasciati al lavoratore straniero che decide di denunciare e partecipare al processo.

In particolare, il legislatore ha previsto all'art. 11 co. 1 lett c bis) del DPR 394 del 1999 un permesso di soggiorno per motivi di giustizia, rilasciato su richiesta dell'Autorità giudiziaria, per la durata massima di tre mesi prorogabili per lo stesso periodo, «nei casi in cui la presenza dello straniero sul territorio nazionale sia indispensabile in relazione a procedimenti penali in corso per uno dei reati di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale, nonché per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75». Si comprende subito come questo permesso rappresenti una tutela insufficiente per il lavoratore, non solo per la brevità della durata dello stesso, data la media della durata dei processi penali italiani, tradendo quindi la *ratio* sottesa a tale misura, ma anche per l'estrema limitazione delle fattispecie di reato che ne consentono il rilascio. Una seconda ipotesi è quella prevista dall'art. 18 del D. Lgs. 286 del 1998, che ammette il rilascio di un permesso per protezione sociale nel caso in cui vengano «accertate situazioni di violenza o di sfruttamento nei confronti di uno straniero, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione» dedita ad uno dei delitti di cui l'art. 3 della l. 75/1958 o di quelli previsti dall'articolo 380 cpp (alle vittime di associazioni criminali dedite allo sfruttamento della prostituzione o ad altre attività criminose di particolare gravità), «o delle dichiarazioni rese nel corso di indagini preliminari o del giudizio». Le condizioni restrittive che consentono il rilascio del permesso di soggiorno si giustificano alla luce della finalità per cui lo stesso è preposto, ossia quella di consentire «allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale»⁹⁶.

Il permesso di soggiorno in esame, a differenza di quello precedente, ha una durata maggiore – di sei mesi rinnovabile per un anno, o per il maggior periodo occorrente per motivi di giustizia –. Inoltre, consente l'iscrizione nelle liste di collocamento e lo svolgimento di lavoro subordinato, in virtù del quale può

⁹⁶ Per un'interpretazione originale dell'art. 18 TUI v. D. GENOVESE, E. SANTORO, *L'articolo 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *DLRI*, 2018, 159, III, 543 ss.

essere ulteriormente prorogato o rinnovato per la durata del rapporto di lavoro o fino a due anni, se il rapporto di lavoro è a tempo indeterminato, ma purtroppo non è convertibile in permesso per motivi di lavoro⁹⁷. È stata denunciata la ristrettezza dell'ambito di tutela di tali permessi di soggiorno, in quanto applicabili solo a determinati reati, escludendo quindi le ipotesi che più frequentemente nella casistica si realizzano (come quelle previste dagli artt. 12 co. 5 e 22 co. 12 D. Lgs. 286 del 1998)⁹⁸.

Da ultimo, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 13.4 della direttiva 2009/52/CE, il legislatore italiano ha introdotto il permesso di soggiorno per le ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui all'art. 22 co. 12 bis del TUI. Infatti, tale permesso «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». Inoltre, tale permesso ha una durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno, o per il maggior periodo necessario per la definizione del procedimento penale, e consente lo svolgimento di attività lavorativa, nonché la conversione in permesso di soggiorno per lavoro subordinato autonomo.

Da un lato, la dottrina ha accolto con grande favore tale disposizione in quanto concepisce il clandestino non più solo come autore del reato, ma anche come vittima meritevole di protezione⁹⁹, dall'altra, però, si segnalano le specificità di tale permesso: concesso solo in caso di sfruttamento di cui all'art. 603 bis c.p.¹⁰⁰

⁹⁷ Ai sensi dell'articolo 18 comma 5 TUI, il permesso per protezione sociale consente l'accesso ai servizi assistenziali, allo studio e può essere altresì convertito in permesso di soggiorno per motivi di studio, qualora il titolare sia iscritto ad un corso di studi regolare. V. S. BORELLI - L. CALAFÀ - M. D'ONGHIA - S. LAFORGIA - M. RANIERI, *L'altro art. 18. Riflessioni giuslavoristiche sullo sfruttamento del lavoro. Introduzione*, in *LD*, 2021, II, 187 ss.

⁹⁸ G. GUARINI, *La manodopera straniera irregolare in Italia e la tutela dei diritti: "schiavitù di ritorno?"*, 2012, reperibile a <https://www.meltingpot.org/2012/06/la-manodopera-straniera-irregolare-in-italia-e-la-tutela-dei-diritti-schiavitù-di-ritorno/> «La "truffa sul permesso di soggiorno", ossia l'ipotesi in cui lo straniero viene raggirato e indotto a pagare una somma di denaro al fine di ottenere un contratto di lavoro regolare (contratto di soggiorno) ed un conseguente titolo di soggiorno, poi rivelatisi falsi. In tali casi i reati solitamente contestati al soggetto agente sono quelli di cui agli art. 640 c.p. e 12 co. 5 D. Lgs. 286 del 1998, che non rientrano fra le ipotesi che giustificano il rilascio del titolo di soggiorno per motivi di giustizia o per motivi di protezione sociale, allo stesso modo nelle ipotesi di cui all'art. 22 co. 12 D.Lgs. 286 del 1998 che punisce il datore di lavoro che occupa il lavoratore straniero irregolarmente soggiornante alle proprie dipendenze».

⁹⁹ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

¹⁰⁰ Per un approfondimento sul reato di sfruttamento lavorativo v. A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2019; ID., *Stato di bisogno o condizioni di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù*, in *Archivio penale*, 2019, I, 1 ss.; A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del*

e comunque funzionale alla partecipazione al processo penale e non alla tutela del soggetto debole. Con ciò, non si vuole condannare la misura in esame, che ha dato allo straniero irregolare «la possibilità di emergere dalla clandestinità senza attendere una delle periodiche sanatorie»¹⁰¹, ma denunciarne il ristretto ambito di applicazione¹⁰². La previsione, che può costituire un incentivo importante per gli stranieri a denunciare all'autorità giudiziaria i propri sfruttatori, appare ancora troppo poco utilizzata nella prassi, in ragione della inidoneità a rispondere alle più generali esigenze di protezione¹⁰³ che connotano i lavoratori irregolari.

Infatti, la risposta penale al tema dello sfruttamento di manodopera immigrata irregolare costituisce solo l'estrema *ratio*¹⁰⁴, mentre sono altri gli strumenti che andrebbero implementati¹⁰⁵, anche nell'ambito del diritto del lavoro, per sradicare i fenomeni di sfruttamento che, più che essere episodi isolati ed eccezionali causati da datori di lavoro criminali¹⁰⁶, rappresentano sempre più una modalità produttiva su cui si basano diversi settori dell'economia¹⁰⁷.

caporalato dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale, Giappichelli, Torino, 2020; V. TORRE, *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *LLI*, 2020, 6, II, 75 ss.; F. VITARELLI, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.)*, in Sistema penale, reperibile <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2022-intermediazione-illecita-sfruttamento-lavoro-603-bis-cp>; E. SANTORO, C. STOPPIONI, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *DLRI*, 2019, 162, II, 267 ss.; V. PROTOPAPA, *Tutelare il lavoro dei migranti in agricoltura come «pratica di diritto ribelle»*, in L. CALAFÀ, S. IAVICOLI, B. PERSECHINO (a cura di), *Lavoro insicuro. Salute, sicurezza e tutele sociali dei lavoratori immigrati in agricoltura*, il Mulino, Bologna, 2020, 225 ss.; M. D'ONGHIA, *Spunti di riflessione sulle «moderne» forme di sfruttamento lavorativo*, in M. AIMO, A. FENOGLIO, D. IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2021, 441 ss.

¹⁰¹ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

¹⁰² Cfr. S. BORELLI, *Le diverse forme dello sfruttamento nel lavoro domestico di cura*, in *LD*, 2021, II, 296 che critica la fattispecie penale perché guarda solo le forme più gravi di sfruttamento che si focalizzano solo su casi singoli dei eclatanti pregiudicando «la loro capacità di prevenire e correggere le forme di abuso ordinarie derivanti cioè dall'ordinario funzionamento del nostro sistema socio economico».

¹⁰³ R. D. COSTA, *La tutela del lavoratore straniero «irregolare» dopo il decreto n. 130/2020*, cit., 1023 e M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *LD*, 2021, II, 248 che identificano diversi elementi che rendono difficile per i lavoratori sfruttati l'accesso alla giustizia: 1) il timore di ritorsione e delle conseguenze legali; 2) la carenza di consapevolezza dei propri diritti; 3) la difficoltà oggettiva di seguire il complesso iter giudiziario da instaurare per ottenere le tutele.

¹⁰⁴ M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, cit., 251.

¹⁰⁵ Così anche L. CALAFÀ, *Per un approccio multidimensionale allo sfruttamento lavorativo*, in *LD*, 2021, II, 210.

¹⁰⁶ J. FUDGE, *Modern Slavery, Unfree Labour and the Labour Market: The Social Dynamics of Legal Characterization*, in *Social & Legal Studies*, 2018, 27, IV, 429-430.

¹⁰⁷ V. S. BORELLI, *Le diverse forme dello sfruttamento nel lavoro domestico di cura*, cit.

Le tutele previste dall'ordinamento risultano, alla luce delle considerazioni svolte, inadeguate, per la circostanza secondo cui il diritto di agire in giudizio per la difesa dei diritti dello straniero è nei fatti subordinato allo status di regolarità dello stesso¹⁰⁸.

7. Brevi conclusioni

Dalla disamina effettuata si comprende come l'approccio del legislatore sia sempre stato volto a contrastare penalmente l'immigrazione clandestina, più che a promuovere l'integrazione dei migranti e a fornire loro canali di accesso per una regolarizzazione sul territorio nazionale.

Tuttavia, è stato già dimostrato nella dottrina che tale approccio non risulta vincente. La criminalizzazione del datore di lavoro e del lavoratore alle sue dipendenze esacerba la precarietà di quest'ultimo, facilitando lo sfruttamento e l'imposizione di trattamenti economici e normativi degradanti, senza però focalizzare l'attenzione sulle cause che favoriscono tale fenomeno, tra le quali c'è la creazione di norme sull'accesso e sulla regolazione dei flussi molto restrittive. Una siffatta normativa produce un elevato tasso di stranieri irregolari, che instaureranno rapporti lavorativi sommersi.

È inoltre da evidenziare che lo straniero irregolare si trova in una dimensione totalmente differente rispetto a quella in cui si inseriscono le altre due categorie di migranti (migrante richiedente protezione internazionale e migrante economico).

Non emerge, infatti, una "dipendenza" dello straniero verso l'attività lavorativa ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, che non può in alcun modo essere ottenuto data la condizione di irregolarità. Il rapporto di lavoro per lo straniero irregolare non ha finalità ulteriori, come – per esempio – quella di regolarizzarne il soggiorno o di facilitarne l'integrazione nel tessuto sociale, ma solo quella di fornire i mezzi di sussistenza.

¹⁰⁸ G. GUARINI, *La manodopera straniera irregolare in Italia e la tutela dei diritti: "schiavitù di ritorno?"*, cit.

Se dunque questa condizione di “dipendenza” non è meno intensa rispetto a quella a cui sono soggetti i migranti economici e i richiedenti protezione internazionale, è sicuramente diversa.

Per tale ragione nel prossimo capitolo si esaminerà solo quella presente nelle prime due categorie.

CAPITOLO 4

Il potere datoriale nel rapporto di lavoro con l'extracomunitario: la determinazione precaria del soggiorno

1. Presentazione del problema

Nelle pagine precedenti, si è cercato di dimostrare come l'esistenza di un rapporto di lavoro in atto sia un elemento rilevante per la concessione del permesso di soggiorno, *in primis* alla luce degli orientamenti giurisprudenziali che hanno valorizzato l'attività lavorativa come indicatore di un'effettiva integrazione sociale (elemento da valutare positivamente ai fini della concessione del permesso per protezione speciale), sia per la normativa in materia di immigrazione.

Sulla scorta del legame esistente tra il rapporto di lavoro e la possibilità di soggiornare in Italia, il datore di lavoro esercita un condizionamento notevole sul lavoratore proprio in virtù del significato che assume per quest'ultimo la conservazione del rapporto.

L'estinzione del rapporto fa venire meno non solo lo stesso lavoro, causa giustificatrice del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, ma anche il requisito reddituale, che rappresenta un elemento necessario per poter soggiornare in Italia in assenza di occupazione.

La situazione non muta se si considera il migrante avente permesso di soggiorno per motivi umanitari, in quanto il venir meno del rapporto di lavoro – che non costituisce, in questo caso, la ragione del rilascio del permesso di soggiorno, perché concesso per motivi umanitari appunto – determina la privazione di uno dei principali elementi di valutazione per l'integrazione sociale.

Ai fini della trattazione che segue, non si farà una distinzione tra le due classi di migranti, atteso che entrambe si trovano in una situazione di dipendenza, che condiziona la loro permanenza sul territorio italiano dall'esistenza di un rapporto di lavoro.

Il presente capitolo mira ad esaminare la posizione di supremazia che riveste il datore di lavoro nel determinare le condizioni di permanenza dello straniero e la sua qualificazione giuridica. Si tratta, infatti, di un soggetto privato che esercita un potere nei confronti di un altro soggetto privato nell'ambito di un rapporto giuridico che li lega.

Tuttavia, non è facilmente inquadrabile tale posizione di dominio¹, che rimane oscura in merito alla natura del condizionamento esercitato dal datore di lavoro e alla stessa fonte di esercizio del potere. In altri termini, bisogna indagare la situazione di soggezione del lavoratore extracomunitario e la sua riconducibilità a quella propria di ogni lavoratore subordinato e, conseguentemente, accertare se il potere del datore di incidere sulla sfera giuridica dello straniero possa essere ascrivibile alla posizione di supremazia propria di ogni datore di lavoro.

Pertanto, con l'obiettivo di inquadrare giuridicamente tale potere è necessario ripercorre l'evoluzione dei poteri datoriali. Si delineerà la concezione del potere di fatto, elaborata dalla dottrina civilistica, categoria nella quale veniva inquadrato in origine il potere direttivo del datore di lavoro (para. 2). La riconduzione del potere datoriale ad un potere di fatto è stata poi superata, grazie alla "giuridificazione" dello stesso ad opera del legislatore, che ne ha progressivamente tracciato i limiti e i contenuti (para. 3).

¹ In relazione al rapporto di lavoro con l'extracomunitario, sembra di interesse fare un parallelo tra la posizione del datore di lavoro e la concezione di dominio elaborata da P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, OUP, Oxford, 1997. e F. LOVETT *A General Theory of Domination and Justice*, OUP, Oxford, 2010., v. sul punto G. DAVIDOV, *Subordination vs Domination: Exploring the Differences* in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations*, Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper No. 17-27, 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2969141>. Entrambi ritengono centrale nel concetto di dominanza l'esercizio arbitrario del potere, ponendo quindi in una posizione di vulnerabilità il soggetto dominato (Davidov, 10). Tuttavia, indispensabile per la delineazione della dominanza è, secondo la teoria di Lovett, l'esercizio di un potere arbitrario in una relazione sociale con un soggetto dipendente, condizione che non si verificherebbe nel rapporto di lavoro classico. Infatti, l'esercizio del potere datoriale sul lavoratore migrante è filtrato dalle norme di diritto del lavoro, che annullano ogni tipo di arbitrio, riconducendo tale potere entro i margini stabiliti dal diritto del lavoro.

Tuttavia, la teoria della dominanza di Lovett si apprezza anche per il concetto di dipendenza che introduce, qualificandola come la condizione affinché possa sorgere il dominio. Infatti, la dipendenza - intesa quale elevato costo di uscita dalla relazione sociale - è la sola ragione che può giustificare la costrizione del soggetto a restare in una relazione sociale arbitraria, diversamente, se non ci fosse alcuna forma di dipendenza, una persona lascerebbe naturalmente tale relazione. Nel rapporto di lavoro con lo straniero sembra individuarsi, non tanto la dominanza (come si è detto), quanto la condizione di dipendenza. Infatti, la dipendenza del lavoratore extracomunitario si riscontra perché da un lato, sono elevati i costi di uscita per la debolezza che connota il lavoratore nel mercato, dall'altro, si registra una forte dipendenza verso il datore di lavoro, in quanto unico soggetto a cui può fare affidamento per i fini economici, sociali e psicologici (Davidov, 9).

La qualificazione di questo come potere giuridico impone di ripercorrere, solo sommariamente, la genesi della concezione del potere direttivo nella struttura del rapporto di lavoro (para. 3.2), per poi accertare la sua origine contrattuale o meno, nonché la fonte di regolazione dello stesso (para. 3.3).

Delineati, quindi, i connotati dei poteri datoriali, si porrà l'attenzione sul potere esercitato sul lavoratore immigrato e sul suo stato di soggezione.

L'esito di tale analisi verrà presentato nell'ultimo paragrafo (para. 4), su cui ci si soffermerà sugli effetti che l'esercizio di tale potere produce in capo al lavoratore.

2. La posizione di supremazia del datore di lavoro come espressione di un potere di fatto

Per affrontare la questione inerente alla qualificazione della posizione di supremazia del datore di lavoro sullo straniero, la cui permanenza sul territorio italiano può essere resa maggiormente precaria dall'agire del primo, si deve ripercorrere la complessa questione dei poteri datoriali².

Prima di analizzare la struttura del rapporto giuridico, all'interno del quale il datore di lavoro è dotato di un vero e proprio potere giuridico verso il prestatore di lavoro alle sue dipendenze, occorre sottolineare come il potere direttivo in origine trovasse legittimazione non tanto nella cornice giuridica regolata dal contratto, e quindi come espressione della posizione creditoria da egli rivestita, quanto nella logica del rapporto di forza che collocava l'imprenditore in una posizione di supremazia perché titolare dei mezzi di produzione, rispetto al

² Per un primo approfondimento sui poteri datoriali v. G. SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori*, in *Atti del IV Congresso Nazionale di Diritto del lavoro, Saint Vincent 3-6 giugno 1971*, Giuffrè, Milano, 1972, 23 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *Atti del IV Congresso Nazionale di Diritto del lavoro, Saint Vincent 3-6 giugno 1971*, Giuffrè, Milano, 1972, 49 ss.; AA.VV *I poteri del datore di lavoro nell'impresa. Atti al Convegno di Studi, Venezia, 12 aprile 2002*, Cedam, Padova, 2002; C. E. LUCIFREDI, *Evoluzione del potere direttivo nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977; G. ARDAU, *I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1940; R. PESSI, *Il potere direttivo dell'imprenditore ed i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *RIDL*, 1973, 28 ss.; E. GRAGNOLI, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *RGL*, 2011, 511 ss.

prestatore di lavoro, che doveva accettare tale subordinazione per vivere³. La posizione di forza ad esso connessa delineava un vero e proprio potere di fatto sulla determinazione dei lavoratori⁴.

Il fenomeno dei poteri autoritari di fatto⁵ è stato inaugurato dalla dottrina civilistica e definito dalla stessa come riguardante i «poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale»⁶.

L'origine dei rapporti di forza è da rinvenirsi nell'insieme di circostanze di fatto che creano i poteri e che rimangono tali «nella misura in cui hanno il carattere della effettività e si affermano nel concreto»⁷.

Ne discende che il primo elemento che qualifica il potere come un potere di fatto è proprio la sua origine non giuridica.

La dottrina che si è occupata del tema ha individuato determinati casi in cui emergono le posizioni di potere di fatto⁸, tra i quali assume primaria importanza l'autorità che l'imprenditore esercita nell'impresa.

³ L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, 387.

⁴ M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, 196 il quale afferma che «se è certo che il principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 Cost. impone di considerare eccezionale l'ipotesi di supremazia di privati su privati, non può negarsi che nei rapporti fra datore di lavoro e lavoratori il primo gode di posizioni autoritarie nei confronti del secondo».

⁵ In merito ai poteri privati si v. L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su «poteri privati» ed interessi legittimi*, in *RGL*, 1981, I, 259 ss.; A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti «poteri privati»*, in *GI*, 1980, 439 ss.; ID., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, 1983, 341 ss.; A. BAYLOS GRAU, *Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori*, in *LD*, 2017, I, 7 ss.; V. CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *RGL*, 1954, I, 67 ss.; P. FERGOLA, *I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto*, in *LD*, 1990, III, 463 ss.; O. MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRI*, 1989, IV, 583 ss.

⁶ M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, 55. L'a. parla anche di «situazioni di assoggettamento a poteri autoritari che non costituiscono privilegi diritto ma si avvalgono di comuni posizioni giuridiche». (p. 8) In senso conforme anche A. LENER, *Potere (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1984, 611.

⁷ A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, cit., 4.

⁸ Il fenomeno dell'autorità di fatto può manifestarsi anche all'interno dei gruppi organizzati come assunzione del potere decisionale esclusivo da parte di fazioni o di capi. Infatti, tanto più il gruppo si allarga tanto più l'incidenza e la partecipazione del singolo tende a diminuire favorendo così il formarsi di poteri autoritari che avvalendosi proprio delle regole democratiche assumono il dominio stabile del gruppo (p. 59).

Potere di fatto esterni possono ravvisarsi nella posizione dominante o pressione che singoli o gruppi tendono ad esercitare nei vari settori della vita pubblica. Si viene a creare un assoggettamento a questi centri da parte di coloro che ne sono esclusi. Qui l'assoggettamento esprime la preclusione di fatto di una parte della comunità alla partecipazione all'organizzazione socio-politica del paese (p. 60-61).

Un altro aspetto particolarmente rilevante nella vita pubblica è quello della monopolizzazione dei grandi mezzi di informazione, che si palesa come una causa di discriminazione di minoranze,

Secondo Bianca, l'autorità del datore di lavoro, che trova un riconoscimento giuridico nella posizione di capo dell'organizzazione produttiva, scaturisce dalla titolarità dei mezzi di produzione dell'impresa, circostanza di fatto che gli attribuisce una posizione di forza economica rispetto ai lavoratori che collaborano in essa. Pertanto, nonostante l'assenza di un potere in capo all'imprenditore attribuito da fonti di diritto⁹, l'impiego della posizione giuridica quale capo dell'impresa e l'insieme delle circostanze di fatto realizzate creano un centro di potere, idoneo ad incidere sulla sfera dei lavoratori dipendenti.

Tale potere, presentando i connotati dell'effettività e della concretezza in quanto produttivo di conseguenze in capo alla sfera del lavoratore, viene qualificato da questa dottrina come potere di fatto.

Il potere, allora, deriva da un eccesso di forza, determinata da circostanze di fatto, il cui esercizio unilaterale viene reso possibile dalla posizione che assume il titolare dello stesso; una posizione di libertà o di autonomia che spetta ai privati in quanto tale e che determina per l'appunto il potere privato¹⁰.

3. La posizione di supremazia del datore di lavoro sul lavoratore subordinato

3.1 Le origini dei poteri datoriali

Superata la concezione classica del diritto del lavoro che registrava il rapporto tra imprenditore e lavoratore come un rapporto di libero mercato, il “nuovo”

alle quali è di fatto ridotta la possibilità di partecipare al dibattito politico culturale del paese (p. 61).

Altra situazione è quella dell'imprenditore chiede detta unilateralmente uniformemente il contenuto del rapporto arrogandosi in definitiva un potere regolamentare che solo apparentemente subordinato al consenso dei destinatari appunto viene in tal modo ad emergere la disuguaglianza di fatto di una generalità di contraenti che risulta soggetta all'autorità contrattuale di altri (p. 63).

⁹ Si precisa però che secondo la dottrina dominante, v. G. SUPPIEJ, *I limiti del potere direttivo dell'imprenditore*, in *Riv. Trim. Dir.*, 1962, 467 ss.; G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *DLRI*, 1986, 29, 1 ss.; A. LENER, *Potere (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1984, 611-612 l'ordinamento che si trova dinnanzi a situazioni di potere di fatto possa intervenire e «da questo intervento potrà anche derivare una giuridicizzazione di poteri di fatto, cioè con l'attribuzione di un potere giuridico regolato nelle condizioni di esistenza e nei modi di esercizio. Altrimenti potrà aversi un rapporto di implicazioni tra i due termini, quante volte un potere di fatto si è costruito sulla base di un potere giuridico o di una pluralità di poteri giuridici: sarà allora compito dell'interprete ricostruire i limiti del legittimo esercizio del potere giuridico così utilizzato».

¹⁰ M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 56.

diritto del lavoro si qualifica come diritto speciale, in ragione dei limiti esterni che la normativa apponeva all'autonomia privata individuale¹¹.

La predisposizione di limiti al potere organizzativo ad opera della normativa di ordine pubblico, improntata alla conservazione dell'integrità fisica e della salute dei lavoratori¹², rappresentava un primo inizio verso la consapevolezza che vi fosse una persona, e non solo una merce, all'interno del rapporto di lavoro, ma non era sufficiente a colmare il vuoto esistente in merito alla regolazione delle condizioni di lavoro, che lasciavano quindi un'ampia libertà di azione all'imprenditore.

Conseguenza di ciò, non poteva che essere il «riconoscimento al soggetto contrattualmente più forte, l'imprenditore, di un potere regolamentare unilaterale che, in quanto direttamente espressione delle esigenze di razionalizzazione della nascente impresa capitalistica, poteva venire mediato giuridicamente (così come lo era il potere di disdetta) attraverso il richiamo alla consuetudine e alla volontà presunta delle parti»¹³. Il prodotto che ne derivava era la subordinazione, intesa come «l'affermazione signorile della volontà di uno solo: del capo che ha i rischi e perciò dirige e coordina il lavoro»¹⁴.

La sottoposizione alla volontà dell'imprenditore, espressione della subordinazione tecnico-funzionale, trovava piena legittimazione giuridica, in

¹¹ L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, cit., 387-388.

¹² L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, cit., 388.

¹³ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, 46-47.

¹⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1915, 632, il quale «organizzazione di lavoro nell'impresa non è che coordinazione dei vari fattori per il risultato finale, e coordinazione è armonica cooperazione, cioè ordine. Dove vi è una massa di consociati ordine non si può attuare se non sussiste un rapporto di autorità moderatrice che preme e dirige e contenga le attività e le funzioni ad ognuno assegnate». Ne discende la concezione di subordinazione in senso tecnico, descritta dallo stesso Barassi: «i soggetti tra cui sussiste questo rapporto di subordinazione sono fondamentalmente su un piede di eguaglianza giuridica, con cui si concilia perfettamente la volontaria sottoposizione del lavoratore alla volontà futura dell'altro contraente. In secondo luogo, bisogna notare che questa subordinazione non afferra già tutta la persona del lavoratore come se quest'ultimo nelle attitudini fisiche, intellettuali e psichiche si debba intendere in balia dell'altro contraente. Già sopra abbiamo visto che il lavoro non è merce, e che il creditore non ha che un diritto di natura obbligatoria (un credito) puramente all'adempimento della prestazione. Nessuna presa, dunque, sulla personalità tutta quanta del lavoratore, e ciò, si noti, in virtù del rapporto contrattuale limitante nei confini qui segnati il vincolo di subordinazione».

V. anche M. PERSIANI, *Considerazione sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu: Lavoro, Istituzioni, Cambiamento sociale*, vol. 2, Jovene, Napoli, 2011, 711 ss.; M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status*. L. Barassi e il suo dopo, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro: Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo: novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, 349 ss.

ragione della circostanza secondo cui le parti in una posizione di parità contrattuale ben potevano dare espressione alla loro autonomia negoziale, ponendo in essere il contratto di lavoro. Tuttavia, questa considerazione, riconosciuta sul piano giuridico, veniva smentita su quello fattuale, che assoggettava il prestatore di lavoro alla discrezionalità del potere organizzativo. Così, la logica organizzativa, quale essenzialmente una logica autoritaria, tendeva «a sottomettere alle esigenze funzionali dell'impresa l'intera persona del lavoratore. Al rapporto contrattuale tende a sostituirsi un rapporto di autorità»¹⁵. Il potere del datore di lavoro veniva ulteriormente rafforzato alla luce dell'avvento del periodo fascista¹⁶, che determina la funzionalizzazione della stessa attività di impresa all'interesse della produzione nazionale, attribuendo un ruolo alle figure sociali della produzione al fine di contribuire alla produzione nazionale e alla ricchezza del paese¹⁷. Anche la tutela del lavoratore, quale contraente debole, finalità che persegue l'attuale diritto del lavoro, veniva concepita solo come mezzo attraverso il quale lo stato realizzava i suoi fini che si identificavano con l'interesse generale della nazione¹⁸.

In tale contesto, il rafforzamento dei poteri datoriali trova piena legittimazione nella qualificazione dell'imprenditore come capo dell'impresa, responsabile verso lo stato, e veniva data rilevanza giuridica all'organizzazione produttiva, che opera come «canale di trasferimento nel contenuto del rapporto di posizioni di comando e di soggezione non coerenti con la logica del contratto e improntate alla logica della struttura gerarchica in cui il lavoratore, mediante il contratto, è inserito»¹⁹.

La posizione di supremazia che riveste il datore di lavoro nel rapporto trovava piena legittimazione ad opera dell'art. 2086 c.c., il quale espressamente qualifica l'imprenditore come il capo dell'impresa²⁰, da cui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori. Infatti, la *ratio* volta a riconoscere l'imprenditore quale autorità nel rapporto di lavoro si rinveniva nella necessità di dirigere l'impresa

¹⁵ M. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, cit., 391.

¹⁶ E. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il diritto civile*, in *Riv. Dir. Com.* 1942, 1, 358 ss.

¹⁷ V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*. Art. 2086, in *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, 6.

¹⁸ L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, cit., 391.

¹⁹ L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, cit., 392.

²⁰ Oltre alla qualifica dell'imprenditore come capo dell'impresa, espressiva dell'ideologia del regime fascista, il codice all'art. 2082 c.c. lo definisce come chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata.

per realizzare gli interessi nazionali, secondo le finalità determinate dalla legislazione corporativa, ma anche per questo, di appropriarsi dei profitti da essa derivanti²¹.

Pertanto, il codice civile del 1942 «allarga la valutazione normativa del rapporto di lavoro oltre la sfera dello scambio, attraendo nell'oggetto del diritto del lavoro anche il profilo organizzativo del rapporto e facendo emergere, accanto al concetto di impresa-attività un profilo specificamente funzionale alla disciplina del rapporto di lavoro imperniato sul momento istituzionale dell'impresa-organizzazione gerarchica»²².

La rilevanza dell'organizzazione emergeva proprio in virtù dei poteri conferiti al datore di lavoro per conformare l'organizzazione del lavoro ai fini del proprio interesse produttivo. Ad esso gli erano attribuite «una serie di posizioni attive che possiamo riassumere e indicare nel potere di impartire disposizioni per l'esecuzione del lavoro, di infliggere sanzioni disciplinari e nel potere di recedere liberamente»²³.

La posizione di supremazia riconosciuta all'imprenditore si esprimeva anche con delle «deviazioni», dal fondamentale schema contrattuale di scambio e così la subordinazione, più che come modalità di adempimento della prestazione lavorativa, si estrinsecava «come incondizionata sottoposizione ad un potere di fatto assolutamente libero nel suo esercizio e praticamente impermeabile rispetto a qualsivoglia controllo di giudizio di merito (anche per il vistoso scarto esistente tra la notevole effettività del potere di supremazia privata e da lontananza dai mezzi legali di controllo)»²⁴.

La concezione gerarchica dell'impresa non viene messa in discussione neanche con l'avvento della Costituzione, seppure questa abbia determinato un'inversione di prospettiva, che non pone più al centro l'interesse nazionale all'economia e alla produzione, superiore anche ai diritti della classe lavoratrice, ma valorizza il lavoratore in quanto persona. Pertanto, l'Assemblea costituente,

²¹ V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*. Art. 2086, cit., 6.

²² A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 79. Secondo l'A. «ciò che emerge con evidenza in questo intreccio di profili, in questa poliedricità dell'impresa come concetto "derivato", sarà proprio la sua realtà giuridica globale: il suo non esaurirsi in un'attività, per quanto complessa, il suo essere forma di attività, organizzazione».

²³ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: un quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, 20.

²⁴ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: un quadro legale*, cit., 20-21.

consapevole dei limiti derivanti dalle condizioni sociali, economiche e culturali che ostacolano l'uguaglianza e la libertà dei cittadini, ha superato la concezione di eguaglianza formale, propria del periodo liberale, ponendo l'obiettivo di perseguire quella sostanziale, che diventa il centro del sistema valoriale²⁵. Tale assetto si rispecchia anche con l'introduzione dell'art. 41 Cost., che, da un lato, garantisce la libertà di iniziativa economica, come strumento di libero mercato²⁶, ma dall'altro pone dei limiti ben precisi a quest'ultima, che deve vincolarsi al rispetto della dignità, della sicurezza, e della libertà, prevalenti rispetto all'interesse al profitto.

Alla luce di questa breve ricognizione sulle origini del potere datoriale, è possibile affermare che il potere del datore di lavoro risente del duplice ruolo che ha assunto nel corso del tempo, e che tuttora riveste: quello di capo dell'impresa, da un lato, e quello di creditore della prestazione lavorativa, dall'altro. I poteri a lui attribuiti in quanto parte attiva del rapporto di lavoro vengono ricondotti dalla dottrina al potere direttivo²⁷, tema di cui ci si occuperà nel paragrafo successivo. Diversamente, i poteri che spettano al datore di lavoro in quanto imprenditore²⁸ sono qualificati come poteri di organizzazione e classificati, secondo certa dottrina, in poteri di organizzazione dell'attività e poteri di organizzazione del lavoro²⁹. Tali poteri sono destinati ad incidere sul

²⁵ F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: un quadro legale*, cit., 22, si riafferma la libertà sindacale (art. 39, co. 1); si riconosce a favore dei lavoratori (e non, invece, anche a favore degli imprenditori: e ciò risulta chiaro nell'ottica dell'art. 3, co. 2, su citato) il diritto di fare ricorso a forme di azione diretta al fine della tutela dei propri interessi (autotutela) (art. 40); si afferma che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41, co. 2)».

²⁶ M. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, cit., 394.

²⁷ Sul tema la dottrina non si è risparmiata di approfondire tale complessa questione, a titolo esemplificativo, sulla distinzione tra poteri direttivi e poteri imprenditoriali v. M. NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *LD*, 2021, III-IV, 455 e M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. II, in F. CARINCI, M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 1272, che definisce il potere direttivo come «l'insieme delle prerogative che il datore di lavoro esercita nello svolgimento del rapporto di lavoro e che trae origine direttamente ed esclusivamente dal contratto di lavoro subordinato» (1278).

²⁸ Sulla distinzione tra poteri datoriali e poteri imprenditoriali, v. M. NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *LD*, 2021, III-IV, 451 ss.

²⁹ M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. II, in F. CARINCI, M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 1272.

rapporto di lavoro dando vita «a quel coordinamento di persone nel quale l'organizzazione del lavoro prende forma e sostanza»³⁰.

Tale duplice ruolo è avallato dalle disposizioni del codice civile, che riconducono al primo aspetto, gli articoli 2094, 2104 e 2106 c.c.³¹ e al secondo, l'art. 2086 c.c.³², delineando così una “mappatura” dei poteri datoriali.

Prima, quindi, di esaminare il potere direttivo e quello organizzativo, occorre prendere consapevolezza della struttura che governa il rapporto tra le parti, in quanto solo dall'esame delle posizioni giuridiche soggettive che rivestono le parti si può comprendere il complesso concetto di potere, questione necessariamente prodromica alla comprensione della fonte e della natura dello stesso.

3.2. Le relazioni interne al rapporto di lavoro: tra posizioni di potere e posizioni di dovere

Non sembra seriamente contestabile l'affermazione che concepisce il datore di lavoro come titolare di un potere. Questo può evincersi limpidamente dall'insieme delle disposizioni del codice civile che, all'art. 2094, impongono al lavoratore di prestare la sua attività “alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”, descrivendo così la condotta del datore di lavoro che nel “dirigere” determina le modalità della prestazione di lavoro³³; e, all'art. 2104 c.c., pongono in capo al lavoratore il dovere di «osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore» alla luce della dipendenza verso il datore di lavoro.

Il rapporto di lavoro è una situazione giuridica complessa, non riducibile al rapporto fondamentale credito-debito. Ne discende che a fianco della pretesa creditoria, che qualifica la posizione del datore di lavoro, si inserirebbero «altre

³⁰ M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, cit., 1278.

³¹ M. PERSIANI, *Il potere direttivo e l'organizzazione del lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 404.

³² Ibidem.

³³ G. SUPPIET, *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1963, 15.

figure soggettive e strumentali che compongono la situazione contrattuale complessiva»³⁴, tra cui spicca il potere direttivo³⁵.

Le parti del rapporto di lavoro possono quindi essere inquadrare come posizioni giuridiche soggettive, a cui è ricondotto alla parte attiva del rapporto, il potere direttivo, e dal lato passivo il dovere di obbedienza.

Per l'economia del presente lavoro si considererà principalmente la parte attiva del rapporto, accennando a quella passiva, solo in relazione alla migliore definizione della posizione giuridica del datore di lavoro.

La attribuzione al datore di lavoro del potere di comandare, dirigere la controparte, che si trova in una posizione di dipendenza³⁶, caratterizza il contratto di lavoro, che quindi assume un connotato speciale, per la posizione di squilibrio che genera tra le parti, non presente negli altri rapporti di natura civilistica³⁷.

Per tale ragione, si è valorizzato il potere direttivo come l'elemento qualificante della posizione soggettiva che involge il datore di lavoro³⁸; tuttavia, risulta ancora da chiarire se tale potere, che finora si è inteso in un'accezione a-tecnica, possa essere inquadrato come potere giuridico³⁹.

È da evidenziare come la qualificazione del potere come posizione giuridica soggettiva del datore di lavoro non è affatto pacifica⁴⁰, e sono state diverse le configurazioni della stessa, come quelle che lo qualificavano come facoltà⁴¹,

³⁴ M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *ADL*, 2004, III, 9.

³⁵ Oltre al potere direttivo, articolato a sua volta nei poteri secondari di vigilanza e di controllo, si rilevano anche il potere disciplinare e il potere di modificazione dell'oggetto del contenuto della prestazione ex art. 2103 c.c.

³⁶ Per una analisi sulla posizione soggettiva del lavoratore subordinato v. F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.

³⁷ C. CESTER, M. G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*, Giuffrè, Milano, 2007, 283. Sulla specialità del diritto del lavoro v. R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1960, I, 83 ss.

³⁸ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 36, Cedam, Padova, 2005, 128.

³⁹ Così C. CESTER, M. G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*, cit., 288. Inoltre, come si vedrà infra. la stessa nozione di potere giuridico non si è ancora assestata.

⁴⁰ È maggioritaria la teoria che qualifica il potere come una situazione giuridica soggettiva; tuttavia, ci sono autori che ne criticano il contenuto, v. A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., ad esempio.

⁴¹ Secondo una certa dottrina la posizione giuridica da attribuire al datore di lavoro sarebbe la facoltà, a cui deve essere correlata la posizione assegnata al prestatore di lavoro quale obbligo di rispettare l'esercizio di tale facoltà. G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 19 e C. CESTER, M. G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*, cit., 288

come diritto soggettivo⁴², come potestà⁴³, o addirittura quelle che negavano la riconduzione in capo allo stesso di un potere giuridico⁴⁴. Tuttavia, secondo la dottrina maggioritaria tale posizione è da ascrivere al potere in senso proprio.

Una conferma di questa qualificazione è rinvenibile alla luce degli effetti della condotta attuata dal datore di lavoro sulla sfera del lavoratore.

L'agire datoriale, con cui vengono impartite le direttive in capo al lavoratore, produce l'obbligo di rispettare le disposizioni per lo svolgimento della prestazione di lavoro, così che l'esercizio del potere determina, per la dottrina maggioritaria, l'insorgere dell'obbligazione di lavoro, a cui il lavoratore non può sottrarsi⁴⁵.

Pertanto, essendo il potere definito come la «posizione di un subietto investito di una forza che lo pone in grado di conseguire, volendolo, un determinato risultato, di causare cioè, mediante l'esercizio di essa, la produzione di un

escludono la configurazione di una facoltà in capo al datore di lavoro, in quanto il datore di lavoro non ha tanto la funzione di stabilire che è lecito per l'imprenditore impartire disposizioni, quanto che una volta che le disposizioni stesse siano state impartite il lavoratore deve osservarle.

⁴² Per una ricostruzione sulla configurazione del diritto soggettivo come potere della volontà v. G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 22-34. Un breve riferimento viene svolto anche da A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 88. V. Anche W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, 659 ss.

⁴³ V. G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 34-42 secondo il quale «la polemica sulla configurabilità di certe posizioni giuridiche come diritti potestativi, o come poteri, o come potestà, in generale sull'ammissibilità della categoria dei diritti potestativi» è una questione di parole. Secondo l'A. a tal fine «basterà per ora tener presente che il potere direttivo è un potere giuridico, nel senso tecnico che a questa espressione viene attribuita dalla dottrina giuridica contemporanea, sia poi esso da qualificare come diritto soggettivo, e più specificamente diritto potestativo, sia da qualificare potestà, in relazione all'ampiezza di significato che all'espressione "diritto soggettivo" e "potestà" si conviene di attribuire».

⁴⁴ Secondo una certa dottrina la condotta che costituisce l'esercizio del potere è un *agere licere*, ma si è correttamente contestato G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 44 che «è possibile che la condotta mediante la quale si esercita il potere sia doverosa, ed anche che essa sia illecita, senza che perciò venga meno un potere».

Un'altra dottrina ha negato la stessa nozione di potere in quanto ciò che rileva è essenzialmente la rilevanza dell'atto compiuto dal soggetto investito del potere. Anche tale tesi non ha trovato fondamento perché condurrebbe all'estremo di negare, secondo G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 45-46, «la stessa nozione di posizione giuridica soggettiva, e, più in generale, di ogni considerazione della realtà giuridica "allo stato di quiete", o come oggi si preferisce dire, di ogni "statica giuridica"; giacché tutto il diritto non è altro che un complesso di regole di condotta e, in questo senso, una realtà dinamica».

È stata altresì proposta la configurazione del contratto di lavoro come negozio *per relationem*, v. R. CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1956, 183. Contra, G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 51 e anche G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1982, 115 perché ne deriverebbe la possibilità di escludere l'esistenza di specifici poteri dell'imprenditore, «in quanto l'effetto giuridico al quale ogni atto di esercizio di tale potere è indirizzato dovrebbe ricondursi esclusivamente alla volontà espressa dalle parti nel contratto, in sé «sufficientemente circoscritta per riconoscerne nell'oggetto, che verrà determinato secondo il procedimento previsto, proprio quello, che è stato voluto».

⁴⁵ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 20-21.

determinato effetto, alla cui entità e natura si commisura appunto il contenuto e il carattere del potere»⁴⁶, deve qualificarsi come potere giuridico la posizione del datore di lavoro. L'evento che «il datore di lavoro ha la possibilità di produrre e che il prestatore di lavoro è nell'impossibilità di evitare non è un evento naturale, ma un evento giuridico, cioè una modificazione nella realtà giuridica preesistente: la costituzione di un'obbligazione di lavoro e di una correlativa pretesa al lavoro»⁴⁷.

La riconduzione della posizione del datore di lavoro al potere in senso proprio, ne comporta l'applicazione delle caratteristiche ad esso correlate.

Ciò che rende il potere tale è la «possibilità, in virtù di una norma giuridica, di provocare con la sua volontà ciò che senza quella norma non potrebbe, cioè una modificazione giuridica»⁴⁸.

Secondo questa ricostruzione, il lavoratore sarebbe dunque soggetto a tale potere, senza poter fare nulla per impedire l'esercizio dello stesso, a cui deve quindi obbedire.

Dal lato passivo, quindi la posizione giuridica correlata al potere direttivo è la soggezione⁴⁹, intesa come «la posizione giuridica del soggetto nella cui sfera giuridica si producono gli effetti giuridici dell'esercizio di un potere»⁵⁰. Tale posizione, secondo la ricostruzione elaborata da Suppiej⁵¹, non deve essere confusa con la obbligazione lavorativa, che sorge solo in un secondo momento⁵²,

⁴⁶ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 21-22.

⁴⁷ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 21. L'A., a titolo esemplificativo, riconduce alla posizione di potere in senso proprio la separazione personale fra coniugi, la separazione della dote, la risoluzione o la rescissione di un contratto, la revoca del mandato della donazione, il riscatto e la cosa venduta, la divisione della cosa comune, lo scioglimento della società, la posizione dei termini in fondo, la costituzione di una servitù coattiva.

⁴⁸ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 35.

⁴⁹ Sulla soggezione come posizione di potere vedi F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a edizione, Napoli, 1966, 71; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a edizione, Roma, 1951, 145; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1979, 139; A. LENER, *Potere (voce)*, cit., 629; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

Secondo quest'ultimo, la soggezione non è un elemento necessario per l'esistenza del potere, in quanto il potere ben può esplicarsi verso soggetti che non sono in una posizione di subordinazione rispetto al titolare del potere, ma in una posizione di uguaglianza o di superiorità. Nello stesso senso A. LENER, *Potere (voce)*, cit., 629.

Inoltre, è discusso il significato da attribuire al termine soggezione, che secondo alcuni è coincidente con l'obbligazione sorgente a seguito dell'esercizio del potere, secondo altri è una mera posizione che indica il subire degli effetti.

⁵⁰ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 66.

⁵¹ V. G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit.

⁵² In senso conforme M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 725 ss.

a seguito dell'esercizio del potere, ma deve essere assimilata al dovere di obbedienza, che determina l'obbligo in capo al prestatore di eseguire gli ordini impartiti in virtù dell'esercizio del potere.

Possono, quindi, individuarsi due coppie di posizioni giuridiche: da un lato, quella del potere direttivo, a cui è correlata la posizione di soggezione del lavoratore, ossia il dovere di obbedienza; dall'altro, quella che a seguito dell'esercizio del potere determina l'obbligazione di lavoro, a cui fa capo al datore di lavoro il credito di lavoro⁵³.

Questa interpretazione non è stata da tutti condivisa, in quanto secondo alcuni il dovere di obbedienza sarebbe già insito nello stesso obbligo di prestazione⁵⁴, risolvendosi così in un requisito qualificativo dell'obbligazione di prestazione, con la conseguenza che l'inadempimento del dovere di obbedienza comporterebbe responsabilità per inadempimento e non semplice responsabilità disciplinare⁵⁵.

A complicare il quadro ricostruttivo sull'inquadramento della posizione di potere del datore di lavoro correlata a quella di soggezione del lavoratore, si inserisce la teoria che critica la stessa configurazione del potere quale posizione giuridica soggettiva.

Tale concettualizzazione, secondo questa tesi, coglie il potere sotto il profilo statico, «caratterizzato da posizioni giuridiche di potere e soggezione quale

⁵³ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 59. Critica tale concezione M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 7 secondo cui questa correlazione simmetrica di situazioni attive distinte con situazioni passive sfocia in un risultato asimmetrico, «questa asimmetria o soluzione di simmetria nel versante passivo delle due figure soggettive presenta un elemento di incoerenza, poiché induce a configurare le obbligazioni di prestazione come sintesi o come risultato di una situazione di obbligo (correlazione passiva al credito) e di una situazione di soggezione (correlazione passiva al potere direttivo). Il versante passivo del potere direttivo, per tradursi in una figura omogenea al contenuto dell'obbligazione di prestazione, implica il momento dell'esercizio del potere, implica cioè la sua concretizzazione in un atto (disposizione per l'esecuzione del lavoro) a sua volta produttivo di un dovere, originariamente non contenuto nell'obbligazione; è l'atto di esercizio in correlazione diretta con il rapporto obbligatorio, non il potere in astratto, che non ha una proporzione logica rispetto a tale rapporto (essendo correlato ad una posizione di soggezione)».

⁵⁴ Si fa riferimento alla c.f. teoria dell'«assorbimento» dell'obbligo di obbedienza nell'obbligo di prestazione.

⁵⁵ M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 4. Secondo l'autore «la teoria dell'inclusione, cioè della non distinzione nel dovere di obbedienza dal dovere di prestazione, non spiega la dipendenza del primo dovere dall'esercizio del potere direttivo. Prima dell'esercizio del predetto potere è configurabile soltanto una situazione soggettiva di «soggezione», non riducibile al contenuto delle obbligazioni di prestazione; situazione soggettiva identificabile anche con la subordinazione, che è l'effetto principale del costituirsi del rapporto contrattuale secondo i termini dell'articolo 2094 cod. civ.».

momento antecedente all'atto di esercizio del diritto potestativo» e ne presuppone, l'esercizio dello stesso per la costituzione del rapporto obbligatorio⁵⁶. Invero, dando rilievo alla concezione di potere come «situazione soggettiva attiva di carattere astratto e generico, preliminare al rapporto»⁵⁷, non sarebbe configurabile – secondo tale tesi – l'esercizio del potere stesso.

Il potere, invece, è «fattispecie dinamica, che attiene all'atto del suo farsi, alla sua formazione attraverso il procedimento»⁵⁸ e sarebbe dunque, presente «nel rapporto tra il soggetto e il comportamento ad esso riferito come momento di imputazione della fattispecie dinamica (atto) al soggetto stesso»⁵⁹.

Contro tali considerazioni, è stato replicato che l'inquadramento del potere come posizione giuridica del datore di lavoro non svaluta il comportamento del soggetto, in quanto esercizio della regola di condotta posta dal diritto, ma vuole affermare «l'utilità di studiare e definire, al di là delle qualificazioni giuridiche delle condotte regolate dal diritto le posizioni delle quali i soggetti risultano investiti in quanto autori potenziali di condotte giuridicamente regolate»⁶⁰. In altre parole, al potere giuridico come «fattispecie normativa di un comportamento libero, che si pone come espressione della volontà di un precetto», non può corrispondere «nel soggetto che una posizione consistente nell'attitudine a realizzare tale fattispecie, che è poi quella posizione che propriamente suol chiamarsi potere giuridico»⁶¹.

Ancora diversa appare, invece, la ricostruzione proposta da Mario Grandi sulle relazioni interne al rapporto di lavoro. Il dovere di obbedienza, infatti, non

⁵⁶ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 90.

⁵⁷ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 91.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Secondo A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 92 «se il potere, in sostanza, così come la facoltà il comportamento prescritto, è contenuto dei diritti o doveri senza con ciò confondersi con essi e, giacché i primi si pongono dal punto di vista del comportamento, i secondi dal punto di vista del soggetto, il potere direttivo potrebbe conseguentemente configurarsi come contenuto del diritto di credito in una sua articolata descrizione».

⁶⁰ Posizione la cui individuazione rappresenta un risultato ulteriore, cui logicamente si perviene estraendo dal modello normativo soggetto alla condotta ed imputando adesso la valutazione crea norma pulcra alla medesima.

⁶¹ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., 49 «è evidente a mio avviso che questa evoluzione sistematica poggia su un errore fondamentale quello di ritenere che da norme che regolano comportamenti non possano inferirsi posizioni giuridiche dei soggetti i cui comportamenti sono regolati, e che esistano invece apposite norme che attribuiscono posizioni giuridiche ai soggetti, senza con ciò regolare comportamenti. In realtà questa seconda specie di norme giuridiche non esiste e l'interprete non può procedere all'identificazione delle posizioni giuridiche soggettive se non imputando mediamente al soggetto la qualifica che il diritto indirizza il comportamento: cosicché ad ogni fattispecie di comportamento non può far riscontro che una specifica posizione soggettiva, qualificata in relazione al contenuto della fattispecie».

sarebbe correlato al potere direttivo in quanto tale – a fronte del quale, si configura invece la “soggezione”, avente un contenuto puramente negativo –, ma si costituisce solo introducendo il momento dell’esercizio del potere, ossia «la sua concretizzazione in determinazioni volitive (disposizioni), di fronte alle quali si costituisce o si individualizza una posizione di obbligo, nel senso di un vincolo ad un comportamento positivo di osservanza, che è qualcosa di radicalmente altro rispetto alla mera situazione di soggezione»⁶².

Ne discende che solo nella fase attuativa del rapporto, l’obbedienza si concretizzerebbe «come situazione soggettiva di doverosità (un’obbedienza-soggezione sarebbe priva di un significato concreto), la riconduzione di essa al momento del rapporto è coerente con la sua dipendenza dall’esercizio del potere direttivo»⁶³.

Al momento della stipulazione del contratto, l’obbligazione di lavoro non sarebbe quindi suscettibile di immediato adempimento, «in quanto condizionata, nella sua dinamica esecutiva, all’esercizio di un potere, non incluso nella pretesa creditoria, ma essenziale per la sua attuazione»⁶⁴.

In tale senso, l’autore, non identifica la soggezione del lavoratore nel dovere di obbedienza, ma la concepisce come soggezione in senso proprio, attribuendo, invece, al dovere il valore di obbligo, preliminare all’esercizio del potere, ma che con la manifestazione di quest’ultimo, si concretizza. Dal momento in cui il potere si fa atto, ed esprime la sua possibilità, sorge l’obbligazione di lavoro.

Inquadrato giuridicamente e nella dogmatica della teoria delle posizioni soggettive il potere direttivo, occorre ora interrogarsi sul suo fondamento.

3.3 I poteri datoriali e il loro fondamento

⁶² M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 3. L’A. afferma ancora che di fronte «al dovere di obbedienza stanno le “disposizioni”, in cui ha preso corpo l’esercizio del potere direttivo, e non il potere direttivo in sé, astrattamente considerato, che non ha, rispetto a tale dovere, alcuna proporzione logica».

⁶³ M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 4. Assunto quindi che il dovere di obbedienza si determina a seguito dell’esercizio del potere direttivo, che a sua volta incide sul momento esecutivo della prestazione e non su quello costitutivo del vincolo obbligatorio, ne consegue che «tale dovere non può ritenersi incluso nel contenuto dell’obbligazioni lavorativa già all’origine, per la ragione che non vi è dipendenza causale dell’obbligazione dal potere direttivo».

⁶⁴ M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 7.

La questione sul fondamento e sulla regolazione del potere direttivo è stata oggetto di un amplissimo dibattito dottrinale, che può dirsi non ancora sopito, anche in ragione dei profili che emergono in relazione a tale questione, ossia quelli inerenti alla subordinazione, al fondamento del rapporto di lavoro e al nesso con l'organizzazione del datore di lavoro. Pertanto, se lo studio e l'analisi del fondamento del potere direttivo non può prescindere dalle tematiche annesse, non è nell'economia del presente lavoro illustrarle e si concentrerà l'attenzione solo sui poteri datoriali.

In riferimento all'origine del rapporto di lavoro la dottrina si è assestata sulla tesi contrattualista⁶⁵; diversa, invece, appare la questione sulla fase regolativa dello stesso e cioè sulla fonte del regime del rapporto di lavoro⁶⁶. Questa è rappresentata dallo sviluppo delle posizioni giuridiche, passive e attive, assunte dalle parti nel contratto e costituisce l'ambito nel quale viene concretizzato il potere direttivo.

Il dibattito sulla fonte della regolazione del rapporto di lavoro che scaturisce dal contratto di lavoro ha interessato la dottrina per decenni e, conseguentemente, ha raggiunto una complessità tale, che in questa sede si è deciso di ripercorrerne solo i suoi tratti essenziali.

Secondo un primo orientamento dottrinale, il contratto è l'unica ed esclusiva fonte di regolazione del rapporto di lavoro e anche fondamento dal quale scaturisce il potere direttivo, da intendersi come un effetto diretto del contratto individuale di lavoro. Il potere direttivo, secondo quest'orientamento, è il «necessario momento di specificazione o conformazione del diritto di credito verso una prestazione la cui attuazione postula un'applicazione a livello individuale, in ragione dei singoli risultati dovuti, nella direzione dello scopo atteso dal creditore»⁶⁷.

Una corrente contrapposta, invece, ritiene eccessivamente riduttivo confinare il regime del rapporto di lavoro nell'ambito contrattuale, reputando che la sua

⁶⁵ Sull'origine di quest'ultimo, vi è stato un ampio dibattito che ha coinvolto soprattutto la dottrina nella prima metà del 900, dibattito che può dirsi oggi assestato sull'origine contrattuale del rapporto lavorativo. Per un approfondimento storico del tema v. P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano I. Dalla liberazione alla metà degli anni '50*, in RIDL, 2007, II, 221 ss. e ID., *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: II dalla metà degli anni '50 alla legge sui licenziamenti individuali*, in RIDL, 2007, III, 249 ss.

⁶⁶ L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 34.

⁶⁷ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 90.

regolazione e alcuni profili del potere direttivo, vadano ricercate all'esterno del contratto, nella fattispecie dell'impresa.

3.3.1 *Segue. I poteri datoriali e il loro fondamento nell'impresa*

Partendo proprio da quest'ultimo filone dottrinale, denominato "neo-istituzionalistico"⁶⁸, la dottrina lo ha suddiviso in neo-istituzionalismo di prima e seconda generazione⁶⁹.

Il neoistituzionalismo di prima generazione riconosce come oggetto del contratto la mera messa a disposizione del lavoratore, il quale vende le proprie energie lavorative, che possono essere utilizzate e conformate alle esigenze organizzative del datore di lavoro attraverso l'esercizio del potere direttivo, volto al perseguimento di un interesse estraneo al rapporto di lavoro⁷⁰.

Elemento caratterizzante di tale orientamento è quello di concepire la posizione giuridica del datore di lavoro al di fuori del contratto. In altre parole, per tali autori, il potere direttivo nasce e viene regolato non tanto dalla fonte contrattuale, ma da quella extra-contrattuale, che qualifica il potere come effetto dell'impresa. Secondo l'orientamento in esame, un primo riscontro si rinviene nell'art. 2086 c.c. che concepisce il datore di lavoro come capo dell'impresa, da cui potrebbero scaturire i poteri datoriali. Ne consegue che l'origine dei suddetti poteri si rinviene nella titolarità e nella proprietà dei mezzi di produzione.

⁶⁸ Così M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, Cedam, Padova, 2002, 9, Antecedente alla corrente neo-istituzionalista, vi è la teoria istituzionalista o a-contrattuale o istituzionistiche, che ormai superata, concepisce l'impresa come istituzione, o meglio come ordinamento giuridico, che fa sorgere il rapporto di lavoro. La subordinazione viene concepita come condizione di appartenenza all'organizzazione-istituzione. V. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1 ed. Pisa, 1918, ed in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 16 e 217; P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939; F. MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, in *DL*, 1951, 73 ss.

⁶⁹ Entrambi gli orientamenti dottrinali si possono definire a-contrattualisti, che si differenziano da quell'orientamento anti-contrattualista. V. M. V. BALLESTRERO, *Brevi note sulla dialettica tra posizioni e contrattualistiche e a contrattualistiche*, in *LDE*, 2020, III, 3 secondo cui «all'origine del rapporto di lavoro sta il solo fatto dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa, senza che sia necessaria la mediazione del contratto. Questa teoria fa leva soprattutto sull'articolo 2126 c.c., ma l'argomento è fortemente (e giustamente) contestato dalla dottrina dominante».

Si precisa inoltre che F. LUNARDON, *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in *DLRI*, 1998, n. 21, 267 riconduce agli esponenti della teoria a-contrattualistica anche G. SUPPES, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit. Secondo cui «il contratto è elemento necessario ma non sufficiente alla costituzione delle obbligazioni di lavoro, dovendo concorrere le disposizioni del datore di lavoro, cioè l'esercizio dinamico del potere direttivo da parte di quest'ultimo».

⁷⁰ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 10-11.

Tra i suoi esponenti principali, si colloca Renato Scognamiglio, che nega la rilevanza del contratto quale principale fonte del rapporto di lavoro⁷¹.

Secondo tale autore è insufficiente considerare il contratto quale fonte regolativa ed esaustiva del rapporto di lavoro, in quanto incapace di cogliere tutti gli aspetti della disciplina dello stesso⁷². È il rapporto di lavoro subordinato a costituire l'asse portante del diritto del lavoro⁷³, che l'autore concepisce come un fenomeno giuridico, il cui contenuto è il lavoro alle altrui dipendenze.

La critica che muove alla tesi dominante, secondo la quale il lavoro subordinato scaturisce dal contratto di assunzione e da esso è interamente regolato, è quella di ancorare «la fenomenologia giuridica, con particolare riguardo alla attività negoziale dei privati, alla relazione fattispecie/effetti giuridici», senza considerare l'essenza dei fenomeni, nella specie il lavoro subordinato, come aventi una significativa consistenza autonoma, della quale occorre tenere conto. La dottrina contestata, riconducendo il rapporto e la sua disciplina al solo contratto, coglie il fenomeno giuridico soprattutto nel momento costitutivo, senza considerarne la sua attuazione⁷⁴, la quale costituisce – a detta dell'autore – la sua essenza e funzione che si realizza soltanto nel rapporto giuridico che ne deriva.

Il rapporto viene così configurato «non come relazione semplicemente obbligatoria (v. art 1173 c.c.) sia pure di contenuto complesso, ma come fattispecie fondamentale della vita di relazione riguardata nel suo contenuto ampio, travalicante i limiti del rapporto individuale fondato sul contratto, per proiettarsi sui diversi piani e nelle molteplici direzioni in cui si attua l'esigenza protettiva del lavoro subordinato»⁷⁵ e costituisce così la chiave di lettura del sistema protettivo del diritto del lavoro⁷⁶.

⁷¹ F. LUNARDON, *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in *DLRI*, 1998, n. 21, 267, che denomina tale teoria come «teoria acontrattuale di scambio».

⁷² R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2007, IV, 411. V. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro*, in AA.VV. *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Giuffrè, Milano, 1966.

⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, tomo II, Cacucci, Bari, 1999, 1173.

⁷⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, cit., 408.

⁷⁵ M. GRANDI, *Rapporto di lavoro (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1987, 313.

⁷⁶ M. GRANDI, *Rapporto di lavoro (voce)*, cit., 313.

Il lavoro subordinato, pertanto, non sarebbe una modalità di esecuzione della prestazione, ma il fenomeno giuridico consistente nella soggezione economica e sociale del lavoratore nei confronti dell'impresa⁷⁷.

Corollario della concezione a-contrattualistica del rapporto di lavoro è l'individuazione del fondamento dei poteri attribuiti al datore di lavoro nel rapporto di lavoro. Secondo tale autore, questi poteri, che consistono nella direzione, conformazione e controllo della prestazione lavorativa e nella facoltà riconosciuta al datore di assegnare il lavoratore a mansioni diverse da quelle in precedenza espletate e di disporre il suo trasferimento ad altro luogo di esecuzione della prestazione, hanno «diversa entità ed intensità almeno nella pratica attuazione, a seconda della natura e delle dimensioni dell'azienda, nonché della qualifica del dipendente»⁷⁸.

La riconduzione dei poteri alla dimensione del rapporto è stata sostenuta anche dalla dottrina neo-istituzionalistica di seconda generazione⁷⁹.

Questa dottrina ha in comune con gli autori precedenti l'insoddisfazione per la riconduzione degli effetti delle posizioni giuridiche delle parti nella teoria del contratto, tuttavia, non condivide con essi il significato da loro attribuito alla subordinazione⁸⁰. È nel contratto che la dottrina in esame individua il fondamento e la regolazione del potere direttivo, inteso come potere di

⁷⁷ Secondo R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, cit., 407 il prestatore, infatti, a differenza di chi detiene i mezzi di produzione, dispone solo delle proprie energie, che per necessità di reperire i mezzi di sussistenza per vivere, le offre al datore di lavoro. Ne consegue come la configurazione del contratto di lavoro come un contratto tra parti uguali e libere sia una finzione giuridica, in quanto nella realtà socio-economica «coloro che si propongono di svolgere un'attività lavorativa, e non sono in grado di operare in forma autonoma e per conto proprio, sono indotti a mettersi, e restare, alle altrui dipendenze». Ne deriva che il prestatore di lavoro, perché costretto, si sottopone al vincolo della subordinazione per la realizzazione di un risultato a lui non appartenente, e il datore di lavoro godrà del risultato derivante dalla attività lavorativa del primo, avente ad oggetto le energie psico-fisiche del prestatore. Inoltre, secondo l'A. argomenti a sostegno della sua tesi sono: «l'inserzione del lavoro subordinato nel libro V del lavoro invece che nel libro IV delle obbligazioni e dei contratti senza alcun riferimento ad un tipo contrattuale, e la definizione dell'art. 2094 imperniata sulla figura del prestatore di lavoro subordinato».

Tra gli autori che accolgono la tesi della subordinazione economico-sociale, incentrata sul concetto di dipendenza, vi sono anche U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967 e F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974, 72. Per una ricostruzione recente del tema della subordinazione v. G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milano, 2023.

⁷⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, cit., 418.

⁷⁹⁷⁹ Sono ricondotti a questo filone: S. HERNANDEZ, *Le posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968; A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992; G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, cit., 1 ss.; U. ROMAGNOLI, *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico politiche*, in PD, 1971, 535.

⁸⁰ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 14.

conformazione dell'obbligazione lavorativa, ma esclude che il primo possa esaurire tutte le posizioni di potere riconducibili in capo all'imprenditore.

Infatti, riconosce a quest'ultimo il potere di organizzazione⁸¹, che deriverebbe dalla stessa fattispecie di impresa⁸², volto alla soddisfazione dell'interesse del datore di lavoro in relazione all'organizzazione produttiva. In quest'ultima, quindi, coesistono sia effetti giuridici derivanti dal contratto, sia effetti giuridici derivanti dal potere di gestione dell'impresa, delineando così posizioni giuridiche soggettive riconducibili a fonti diverse.

Autorevole dottrina appartenente a questo filone connette il potere datoriale in relazione all'interesse per cui è esercitato. Invero, se è individuabile un interesse organizzativo che affiora sul piano contrattuale, – «in modo frazionato» – costituito dal coordinamento e dalla organizzazione della prestazione, se ne individua uno più ampio che riguarda l'organizzazione aziendale nel suo complesso, quale «risultante dell'insieme dei molteplici contratti (non solo di lavoro) stipulati dagli imprenditori»⁸³. È proprio in ragione di quest'ultimo interesse, che trascende dal contratto individuale, collocandosi sul piano organizzativo, che emerge un potere il cui fondamento negoziale viene meno.

In altre parole, il potere datoriale è espressione di «due distinti interessi organizzativi del datore di lavoro, i quali, pur essendo funzionalmente collegati in maniera strettissima, rimangono strutturalmente diversi»⁸⁴, uno volto alla soddisfazione dell'interesse creditorio, come espressione dell'interesse organizzativo parziale; l'altro volto a realizzare il più ampio interesse organizzativo aziendale⁸⁵. La bivalenza degli interessi per cui è preposto il potere

⁸¹ Potere che viene variamente classificato e denominato dagli autori.

⁸² Sull'origine del potere di organizzazione vi sono diverse posizioni dottrinali: vi è chi lo concepisce quale effetto della fattispecie di impresa, derivante a sua volta da disposizioni di legge; chi invece lo concepisce in virtù della titolarità dei mezzi di produzione, che conferiscono in capo al proprietario il diritto di godimento e di esercizio degli stessi, ecc.

⁸³ G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, cit., 12.

⁸⁴ G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, cit., 18. Secondo l'A. sembra possibile distinguere «il piano finale esterno, in cui l'interesse organizzativo emerge in forma contrattuale (individuale) ed il piano centrale interno, in cui l'interesse organizzativo eccede la sfera creditoria del datore di lavoro, quale parte contraente del singolo rapporto di lavoro. Per di più, mentre nel primo caso i poteri organizzativi dell'imprenditore venendo in rilievo quale manifestazione di interesse organizzativo espresso da quest'ultimo quale parte contrattuale, sono sottoposti ad una serie di limitazioni, di tipo prevalentemente eteronomistico-legislativo, nel secondo caso quegli stessi poteri, venendo stavolta in rilievo quale manifestazione di interesse aziendale, complessivamente inteso, sono sottoposti a limitazioni di carattere prevalentemente collettivo sindacale» (p. 20-21).

⁸⁵ G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, cit., 18.

rispecchia la duplice posizione del datore di lavoro, quella di creditore, parte attiva nel contratto, e quella di imprenditore, capo dell'organizzazione⁸⁶.

A far parte degli autori della corrente neo-istituzionalistica di seconda generazione è Adalberto Perulli, criticando quella dottrina – maggioritaria – che «giustifica la completa fenomenologia del potere imprenditoriale sulla base del consenso negoziale; trascurando, in tal modo, la persistente rilevanza di elementi riconducibili genericamente al fatto organizzativo e gerarchico, ovvero all'organismo entro cui normalmente si svolge la prestazione lavorativa»⁸⁷.

La tesi contrattualista, secondo l'autore, commette un errore a ritenere che sia sufficiente la categoria contrattuale per spiegare il fenomeno del potere, in quanto inidonea a cogliere la fattispecie complessa del fenomeno in esame⁸⁸.

Dall'altro, la stessa dottrina pecca nel conferire irrilevanza giuridica all'organizzazione per la sua collocazione al di fuori del sinallagma contrattuale. Infatti, secondo la tradizione giuslavorista l'organizzazione del lavoro esiste solo sul piano concreto, come «micro sistema di fatto di rapporti giuridicamente irrilevanti»⁸⁹ e come riflesso dei «poteri e dei doveri che le parti si attribuiscono reciprocamente nell'ambito dell'autonomia privata e dei limiti previsti dall'ordinamento»⁹⁰.

Tuttavia, l'autore evidenzia come la riconduzione delle posizioni soggettive delle parti, nonché degli interessi degli stessi e della regolazione del rapporto, implichi dei profili e aspetti che non possono essere esaustivamente riconducibili al contratto di lavoro. L'utilizzo di quest'ultimo come fonte esclusiva, in attuazione del programma negoziale, del contenuto del potere imprenditoriale e della soggezione del prestatore è una «finzione»⁹¹, che la dottrina contrattualista ha interiorizzato. Prova di ciò è la dilatazione della prestazione lavorativa, perché coordinata dal potere direttivo per il perseguimento di un fine estraneo al contratto di lavoro, in quanto coincidente con l'interesse del datore di lavoro all'organizzazione nel suo complesso.

⁸⁶ G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, cit., 17-18.

⁸⁷ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 132.

⁸⁸ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 139.

⁸⁹ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 135.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 139.

Pertanto, tale dottrina, secondo Perulli, non è riuscita ad escludere la penetrazione di «istituti tipici della struttura organizzativa di impresa nella sfera della disciplina del contratto di lavoro»⁹², così che l'interesse organizzativo in qualche modo viene incorporato nella struttura negoziale⁹³.

Secondo l'autore è quindi necessario procedere da una prospettiva diversa, che consenta di ricostruire sotto differenti profili il potere direttivo, dando atto con maggiore consapevolezza del fenomeno organizzativo⁹⁴.

Pertanto, l'autore configura il potere come fattispecie, ossia come «nesso coordinato di fatti»⁹⁵, tale che la relazione tra questi «consente quindi di introdurre, in un'ottica di rapporto, una permanente dimensione “procedimentale”, che, superando lo schema fatto-rapporto, là dove il fatto funge da causa ed il rapporto da effetto, prospetta una complicazione della sistematica dell'atto unilaterale di esercizio del potere imprenditoriale»⁹⁶.

La costruzione del potere come nesso di fatti permette di concepire l'effetto dello stesso come «risultato di un puntuale coordinamento dell'insieme dei presupposti e dei fatti costitutivi della fattispecie»⁹⁷. Ne discende il necessario rispetto di questi ultimi per un esercizio legittimo del potere⁹⁸. La ricostruzione di Perulli è quindi volta a porre dei limiti al potere, quale esercizio unilaterale di atti.

La configurazione di un potere derivante dall'impresa e quindi slegato dal vincolo dell'autonomia negoziale ha posto agli stessi esponenti di tali convinzioni la questione sulla limitazione e sulla regolazione di questo potere organizzativo. Tale questione mette indubbiamente in evidenza delle criticità, che la dottrina contrattualista non ha esitato a cogliere come conferma della scelta di ricondurre il potere giuridico all'interno del contratto di lavoro.

⁹² A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 142.

⁹³ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 139.

⁹⁴ L'organizzazione assume secondo l'A. in esame, op. cit., 137 un duplice rilievo, sul piano del contratto, «come scelta della prestazione dovuta e sua direzione-organizzazione interna», e sul piano complessivo dell'impresa, come «coordinamento organizzativo, spaziale temporale, delle prestazioni stesse».

⁹⁵ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 156.

⁹⁶ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 147-148.

⁹⁷ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, cit., 148.

⁹⁸ Secondo l'A. per essere legittimamente esercitato il potere «deve costantemente tenere conto dei fatti che lo costituiscono, o lo puntualizzano, o ne rappresentano i presupposti di efficacia. In particolare, tale giustificazione dovrà essere rapportata alla complessa rete di situazioni giuridiche attive costituite in capo al prestatore da una serie di fonti non esauribili nella cornice contrattuale individuale» (p.152).

Segnalati le principali correnti dottrinali che escludono la riconduzione del potere – o di una parte di esso – al contratto, sono da esaminare, seppur brevemente, quegli autori che invece sostengono il contrario.

3.3.2 *Segue. I poteri datoriali e il loro fondamento nel contratto*

Caposaldo tra gli esponenti della teoria contrattualistica è Mattia Persiani, il quale concepisce il contratto di lavoro come un contratto di organizzazione, dal quale deriva l'effetto volto alla costituzione dell'organizzazione di lavoro⁹⁹. Quest'ultima è descritta come quell'organizzazione che coinvolge «l'attività di un soggetto, il quale si sia impegnato a collaborare personalmente al perseguimento di un fine». Perché si configuri un'organizzazione di lavoro è dunque necessario il coordinamento dell'attività umana¹⁰⁰. L'organizzazione di lavoro esprime sia la struttura del rapporto giuridico con il quale si realizza il coordinamento dell'attività lavorativa, sia «il contenuto specifico e caratteristico delle posizioni di potere e di dovere delle quali sono titolari i soggetti, le attività dei quali sono reciprocamente strumentali e funzionalmente collegate»¹⁰¹.

La posizione di potere che connota il datore di lavoro nel rapporto viene definita in relazione all'interesse che lo stesso persegue con il contratto di lavoro. Tale interesse «non è l'interesse al risultato del procedimento produttivo, ma l'interesse all'organizzazione del lavoro altrui in vista di quel risultato»¹⁰², ragione per cui la funzione del contratto di lavoro consiste nel porre in essere un'organizzazione di lavoro¹⁰³.

Ne discende che il profitto, che rimane un obiettivo per l'imprenditore, rileva solo sul piano meramente economico e sociale e non assume, quindi, alcuna rilevanza giuridica. Anche l'apporto materialmente prestato dal lavoratore con la sua attività lavorativa, nella ricostruzione dell'autore, rileva solo sul piano economico e non si pone in una relazione di strumentalità con quello al profitto.

⁹⁹ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, 45, secondo cui «quando si pone in essere un'organizzazione, in termini giuridici, questa può assumere diversi significati e può realizzarsi in diversi modi, a seconda che si abbia riguardo alle cose, ai rapporti giuridici o alle persone organizzate e a seconda della partecipazione di quest'ultime al fine perseguito dall'organizzazione stessa» (p. 20). V anche M. PERSIANI, *Il potere direttivo e l'organizzazione del lavoro*, cit.

¹⁰⁰ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 23.

¹⁰¹ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 24.

¹⁰² M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 92.

¹⁰³ Ibidem.

Piuttosto, l'interesse che il datore di lavoro intende soddisfare avvalendosi della manodopera è il coordinamento della prestazione lavorativa. Il coordinamento di questa esprime, secondo l'autore, da un lato, «sul piano formale il risultato materiale dell'attività lavorativa e, dall'altro, realizzando la funzionalizzazione dei singoli apporti individuali al risultato dell'organizzazione di lavoro nel suo complesso considerata, consente la soddisfazione dell'interesse ad esso relativo»¹⁰⁴. In altri termini, l'attività lavorativa contribuisce al perseguimento del risultato ottenibile con l'organizzazione, risultato che tuttavia trascende dal rapporto di lavoro, in quanto irrealizzabile da parte del singolo lavoratore, ma influente sulla attività dello stesso, perché ne costituisce «il termine di riferimento dell'attività dovuta»¹⁰⁵.

Il potere direttivo, che assume una imprescindibile ed essenziale caratteristica di ogni organizzazione di lavoro, realizza «quel coordinamento della attività lavorativa che, come si è detto, consente la realizzazione dell'interesse del datore di lavoro destinato ad essere soddisfatto con l'adempimento delle obbligazioni di lavorare»¹⁰⁶.

La funzione che il potere direttivo assume nella ricostruzione di Persiani permette di spiegare la ragione per cui tale potere è funzionalmente connesso al diritto di credito al quale si riferisce¹⁰⁷: il suo esercizio consente al creditore di soddisfare in modo migliore il suo interesse¹⁰⁸. Per tale motivo, è configurato dallo stesso autore come «un onere coordinato al credito di lavoro»¹⁰⁹, che individua sul piano concreto, la prestazione materialmente necessaria a seconda delle esigenze produttive del datore di lavoro in quel frangente di tempo¹¹⁰. Invero, la variabilità della prestazione lavorativa e la sua specificazione ad opera

¹⁰⁴ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 266.

¹⁰⁵ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 265.

¹⁰⁶ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 269.

¹⁰⁷ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 189.

¹⁰⁸ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 190.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Secondo l'a. l'esercizio del potere direttivo non determina l'oggetto dell'obbligazione lavorativa, pena la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto. Tale potere infatti «consente al datore di lavoro di scegliere, o meglio di individuare, in relazione a quelle che in quel momento sono le sue esigenze, e nell'ambito delle altre attività contrattualmente previste, quella che il lavoratore deve eseguire» e che «l'esercizio di tale potere rappresenti un momento distinto da quello del diritto di credito risulta anche dall'osservazione che esso costituisce la premessa della pretesa a che il lavoratore svolga un'attività invece di un'altra. Sembra allora più esatto qualificare il potere direttivo come un vero e proprio potere al quale corrisponde una soggezione del lavoratore» (191-192).

del potere direttivo permettono al datore di lavoro di acquisire una prestazione utile e adattabile all'organizzazione produttiva. Quest'ultima, se come si è precedentemente affermato non entra direttamente nella causa del contratto di lavoro, in quanto esterna al rapporto obbligatorio, indirettamente incide su di esso. Così, il risultato che si vuole perseguire con l'organizzazione di lavoro «si rifrange, nei rapporti con i soggetti organizzati, nell'interesse al risultato che ognuno di essi deve fornire, mentre tale interesse è strumentale rispetto al primo, avendo ad oggetto un risultato dal quale dipende quello dell'organizzazione»¹¹¹. In altre parole, sussiste un rapporto di strumentalità tra il coordinamento della prestazione lavorativa – utilità arrecata al datore con il contratto di lavoro – e il risultato perseguito dall'organizzazione di lavoro volto al profitto, sebbene quest'ultimo non si collochi sul piano giuridico.

Ai fini della disamina che si sta conducendo rileva che la delineazione della posizione creditoria, nella ricostruzione di Persiani, individua in capo al datore di lavoro una autonoma posizione di potere, che assume una valenza strutturale nel rapporto obbligatorio, a cui è correlata una posizione di soggezione del lavoratore¹¹². Quest'ultima appare come una posizione priva di autonomia in quanto meramente strumentale e sussidiaria rispetto all'obbligazione di lavorare, che la assorbe nella sua struttura¹¹³.

La soggezione così intesa consiste nella subordinazione del prestatore, che secondo l'autore è una «notazione caratteristica dell'obbligazione di lavorare e del contratto dal quale essa deriva»¹¹⁴ e che la rende intrinsecamente idonea a produrre il risultato atteso dal datore di lavoro.

In linea con la tesi contrattualista sul fondamento del potere direttivo, ma in parziale disaccordo con l'autore appena esaminato, si colloca la tesi di Francesco Liso.

Questo, al pari dell'autore precedentemente esaminato, ricostruisce la posizione debitoria ponendola in stretto collegamento con l'organizzazione del lavoro.

Nella ricostruzione dell'interesse creditorio, l'autore supera la posizione espressa da Persiani che, come si è visto, identifica tale interesse nel

¹¹¹ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 264-265.

¹¹² M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 189.

¹¹³ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 206.

¹¹⁴ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 269.

coordinamento della prestazione, in quanto ciò comporterebbe, da un lato, un'indebita dilatazione della posizione debitoria, su cui graverebbe «il peso di un obiettivo che non risulta quasi mai avere un collegamento diretto con il contenuto della singola prestazione di lavoro, e che pertanto riposa integralmente nelle mani dell'imprenditore»¹¹⁵; dall'altro, il coordinamento in sé non potrebbe rappresentare una realtà autonoma, non essendo ipotizzabile «un interesse al coordinamento come interesse distinguibile dall'interesse al risultato della prestazione»¹¹⁶.

La rilevanza giuridica del risultato materiale della prestazione lavorativa è un punto fermo nella ricostruzione di Liso. Infatti, a soddisfare l'interesse dell'imprenditore è il risultato determinato dallo svolgimento dell'attività lavorativa secondo le prescrizioni impartite dal datore di lavoro. In altre parole, la prestazione lavorativa può essere oggetto di autonoma considerazione, perché già essa stessa soddisfa un interesse corrispondente «all'apporto di utilità realizzato a beneficio dell'organizzazione produttiva, apporto che può conservare la propria individualità pur in mancanza, eventualmente, del risultato dell'organizzazione del lavoro complessiva»¹¹⁷.

Il risultato utile al datore di lavoro che si avvale di manodopera è quello corrispondente quindi non tanto al risultato produttivo globale, ma a quello parziale, che «sommato o sommabile – anche in via astratta e potenziale – ad altri risultati (parziali), secondo il disegno organizzativo predeterminato dal detentore dell'iniziativa economica, dà luogo (o sarebbe stato idoneo a dare luogo) ad altri risultati parziali o a quello finale della organizzazione produttiva»¹¹⁸.

Ne discende che, diversamente dalla ricostruzione di Persiani, il coordinamento della prestazione lavorativa (e quindi anche il risultato materiale che ne consegue) non è di per sé sufficiente a soddisfare l'interesse del datore di lavoro, interesse che invece è costituito dall'apporto materiale, che ciascun lavoratore arreca all'esistenza della organizzazione e alla sua attività produttiva e che implica il coordinamento. Pertanto, Liso non solo conferisce rilevanza giuridica

¹¹⁵ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 53.

¹¹⁶ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 57.

¹¹⁷ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 53.

¹¹⁸ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 54.

all'utilità derivante dall'attività lavorativa nel concreto, ma evidenzia la relazione di strumentalità esistente tra la prima e il risultato finale perseguito dal datore di lavoro con l'organizzazione produttiva, relazione che l'autore precedente poneva solo in via mediata e sul piano economico, irrilevante quindi ai fini giuridici.

Secondo Liso, la subordinazione del lavoratore al potere direttivo, che connota la posizione debitoria, determina l'idoneità di quest'ultima ad integrarsi nell'altrui organizzazione¹¹⁹ ossia si sostanzia nel «frammento dell'organizzazione che vive nel comportamento del lavoratore». A tale soggezione corrisponde una autonoma posizione di potere, che si esplica nel rapporto di lavoro e il suo esercizio trova fondamento nel contratto.

Ha sviluppato le considerazioni che sono state appena svolte, Marco Marazza, il quale concependo la posizione dell'imprenditore, come posizione non distinguibile dalla somma di distinte posizioni giuridiche soggettive imputabili allo stesso¹²⁰, delinea un'ampia concezione di potere in capo all'imprenditore, denominato «potere di gestione aziendale». Quest'ultimo non costituisce una posizione giuridica soggettiva dell'imprenditore in quanto tale, ma rappresenta il «complesso articolato di attribuzioni e prerogative che, pur se in funzione del conseguimento di un interesse unitario, competono all'imprenditore in ragione di ciascuna posizione giuridica soggettiva»¹²¹.

¹¹⁹ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 57. L'autore (p. 80) individua all'interno della posizione di supremazia dell'imprenditore e quindi sul piano degli assetti organizzativi due livelli in linea astratta «quello della decisione relativa all'innovazione organizzativa (nel quale può farsi rientrare ogni decisione di modifica sia della organizzazione tecnico materiale - ad esempio, introduzione di un nuovo processo di lavorazione - sia della organizzazione del lavoro - ad esempio, introduzione del lavoro su più turni, modificazione del rapporto organici impianti -) ed il livello della decisione relativa all'amministrazione del contratto (ad esempio, trasferimento di reparto alcuni lavoratori per adibirli al nuovo processo di lavorazione; ordino al lavoratore Caio di sostituire sempronio che in malattia; licenzio lavoratori eccedenti). Entrambi questi livelli possono essere sinteticamente considerati come fasi distinte, in senso logico e temporale, di un unico processo decisionale - relativo all'attività di organizzazione - che costituisce espressione dell'esercizio di una posizione originaria di libertà (iniziativa economica); tuttavia il secondo può essere considerato anche come espressione della posizione (derivata) di soggetto parte di un rapporto obbligatorio».

¹²⁰ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 131, parte dal presupposto che a qualificare l'impresa come tale è la stessa attività, intesa come comportamento giuridicamente rilevante che corrisponde ad un insieme di atti destinati ad arricchire il soggetto di nuove posizioni giuridiche, non è concepibile configurare l'impresa come nuovo centro di imputazione distinto dall'imprenditore, da cui possono scaturire nuove ed autonome posizioni giuridiche.

¹²¹ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 132.

Nella ricostruzione di Marazza, la definizione di attività organizzata¹²², dove l'organizzazione rappresenta da un lato, lo strumento per il coordinamento delle posizioni giuridiche create, e dall'altro, l'effetto della stessa attività organizzata, consente di delineare la posizione giuridica del lavoratore, che si trova alle dipendenze del datore di lavoro. Tale posizione non si concretizza nel mero inserimento del lavoratore nell'impresa del datore, ma nell'esecuzione della prestazione a favore di un'attività altrui¹²³. Ne deriva che la prestazione del lavoratore, collocandosi nell'attività organizzata del datore di lavoro, diventa grazie all'esercizio del potere direttivo, uno strumento dell'attività stessa, preordinato alla realizzazione del programma di chi ha creato e governa quella attività¹²⁴. Invero, riprendendo l'elaborazione di Persiani, è proprio l'esercizio del potere direttivo che rende la prestazione coordinabile in funzione dell'organizzazione produttiva.

L'organizzazione *del* lavoro è il prodotto della coordinazione che il datore di lavoro esercita, attraverso il potere direttivo, sulla prestazione al fine di ricavare l'utile¹²⁵.

Aderendo alla tesi di Persiani, l'interesse datoriale, oggetto del contratto di lavoro subordinato, è l'interesse al coordinamento, che «presuppone il conseguimento dei singoli risultati materiali che la prestazione, tenuto conto del modo in cui è eterodiretta e delle qualità dell'organizzazione nella quale è inserita, può produrre»¹²⁶.

Per tale ragione, l'autore pone in termini di funzionalità il rapporto tra impresa e contratto di lavoro subordinato e non di struttura; il potere direttivo è funzionale al miglior rendimento della organizzazione nella quale il rapporto si inserisce¹²⁷.

¹²² Secondo M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 133 l'attività di impresa, posta in essere, è un'attività organizzata, in quanto l'organizzazione è un elemento necessario al coordinamento di atti finalizzati ad uno specifico scopo.

¹²³ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 153.

¹²⁴ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 153.

¹²⁵ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 155.

¹²⁶ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 241.

¹²⁷ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 246. La funzionalità di questo rapporto può essere correttamente individuata, secondo l'a. «solo accettando, dopo essersi liberati da pregiudizi ideologici, che gli interessi dell'imprenditore al funzionamento dell'impresa, non rimanendo delimitato alla sfera dei motivi individuali irrilevanti, caratterizzi lo schema causale» del contratto.

L'analisi finora svolta sulla delineazione del concetto di organizzazione, nella duplice accezione di organizzazione-effetto e organizzazione *del* lavoro, si riflette nella concezione di potere attribuito all'imprenditore, in quanto titolare delle posizioni giuridiche soggettive che compongono il potere di gestione aziendale.

Quest'ultimo, secondo l'autore, comprende due principali categorie di prerogative: il potere di organizzazione del lavoro e il potere di innovazione organizzativa.

Il primo «consiste in tutte le prerogative unilaterali di cui il datore di lavoro diviene titolare per effetto della stipulazione del contratto di lavoro, come integrato dalla legge (art. 1374 c.c.) e dal contratto collettivo (potere direttivo in senso ampio, sia esso conformativo, modificativo o di controllo, relativo all'esecuzione o alla disciplina del lavoro, ecc...)»¹²⁸. In altre parole, l'imprenditore esercita tutti i poteri che riguardano la gestione della prestazione lavorativa dei suoi collaboratori, finalizzata all'ottenimento di un'utilità¹²⁹.

Secondo Marazza, in capo al datore di lavoro è riscontrabile anche un potere di innovazione organizzativa, più ampio, invece, e determinabile in via residuale rispetto al primo, comprendendo «tutte le prerogative del datore di lavoro che non sono effetto del contratto individuale di lavoro subordinato»¹³⁰. Ne discende una pluralità di accezioni che lo stesso può assumere, quali: il potere di ordinamento esercitato sulle cose di cui è proprietario o di cui dispone, il potere di realizzare i propri interessi attuando un'attività negoziale, l'esercizio della libertà contrattuale¹³¹. In altre parole, è il potere di gestire la propria sfera giuridica, all'interno del quale il potere di organizzazione del lavoro vi rientra.

Le due configurazioni del potere di gestione aziendale hanno fondamento giuridico e funzione differente. Il potere di organizzazione del lavoro è da ricondurre agevolmente al contratto di lavoro, esecuzione del quale è il suo contenuto. Il lavoratore, assoggettato al potere, ha l'obbligo di conformarsi ad

¹²⁸ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 184.

¹²⁹ Ne deriva che secondo M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 141 l'interesse che il datore persegue attraverso l'esercizio del potere è, in linea con Persiani, l'interesse al coordinamento, che viene soddisfatto con «l'attribuzione del potere di individuare di volta in volta il comportamento solutorio, dunque, comprende in sé quello al risultato materiale atteso di volta in volta dalla singola prestazione di lavoro, dipendendo dal primo la stessa identificabilità del secondo».

¹³⁰ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 184.

¹³¹ Ibidem.

esso, che altro non è che l'essenza della subordinazione. Il potere di innovazione organizzativa, invece, prescinde dallo stesso e spetta «all'imprenditore in quanto titolare di altri diritti e rapporti giuridici» e per questo, correlato al potere, «non corrisponde alcun obbligo di osservanza del prestatore di lavoro»¹³². Per tale ragione, l'unico obbligo che sussiste in capo al lavoratore è quello concepito come «lato passivo del potere contrattuale di dettare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro»¹³³.

Si può quindi evidenziare, che se il differente fondamento delle prerogative datoriale sopra evidenziate si riflette sulla posizione del lavoratore, in quanto in un caso, produce su di esso effetti diretti, nell'altro, effetti solo mediati, nessuna differenza si riscontra sul versante dell'interesse perseguito dal datore di lavoro, in quanto entrambi mirano a realizzare il medesimo scopo produttivo¹³⁴.

Ultimo autore che si desidera esaminare, tra l'insieme dei contrattualisti¹³⁵, è Umberto Carabelli, che concepisce il potere direttivo come effetto necessario ed

¹³² M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 194-195 tuttavia sia il potere di organizzazione del lavoro, che quello di innovazione organizzativa sono regolamentati e limitati dal diritto del lavoro. Infatti, secondo l'a., op. cit., 197 «assumendo l'obbligo di lavorare subordinatamente il prestatore si impegna non solo «ad osservare le disposizioni del datore di lavoro che riguardano l'esecuzione e la disciplina del lavoro (art. 2104 Cod. Civ.) nei limiti convenuti e, comunque, nel rispetto delle disposizioni inderogabili di legge (art. 2113 Cod. Civ.), ma diviene anche titolare di una pluralità di posizioni giuridiche attive che limitano il potere di innovazione organizzativa del datore di lavoro in alcuni casi vietandolo o procedimentalizzandolo (art. 2112 Cod. Civ.; art. 47 della legge n. 428 del 1990), ed, in altri, imponendone invece l'esercizio». In sintesi, secondo l'A. a limitare il potere di innovazione organizzativa è lo stesso diritto del lavoro che attribuisce al lavoratore alcuni diritti che vincolano tale potere a quei diritti. Invero, «le posizioni giuridiche attive del prestatore di lavoro subordinato destinato a condizionare il potere di innovazione organizzativa tutelano il lavoratore in quanto soggetto inserito nell'altrui organizzazione rappresentano, dunque, l'effetto riflesso un fenomeno che non necessariamente deve essere identificato in via esclusiva con il vincolo di subordinazione».

¹³³ M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, cit., 197.

¹³⁴ L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazione organizzative*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 44.

¹³⁵ È discussa la riconduzione di Federico Mancini alla corrente neo-istituzionalista di prima generazione o ai contrattualisti. V. L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazione organizzative*, cit., 46 nota 35. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, riconduce la subordinazione e quindi l'esercizio del potere direttivo, volto al migliore utilizzo della prestazione lavorativa, all'esterno del contratto di lavoro. Quest'ultimo, infatti, non sarebbe da solo idoneo a produrre il complesso dei diritti, obblighi e soggezioni che caratterizzano il rapporto, ma è anche grazie al fatto dell'incorporazione del lavoratore nell'organizzazione governata dal datore di lavoro, che essi si costituiscono

La subordinazione, secondo tale prospettiva, scaturisce proprio dalla esigenza di coordinare la prestazione di lavoro con altri fattori estranei ad essa che portano alla soddisfazione dell'interesse del datore di lavoro – che lui chiama – «risultato in senso pregnante» e come tale è «conseguenza necessaria di un fatto fondamentalmente estraneo all'obbligazione di lavoro ed al contratto da cui scaturisce» (p. 23). Inoltre, la ricostruzione sopra esposta presuppone inoltre la preesistenza

essenziale del contratto di lavoro, poiché la soggezione ad esso si configura come elemento strutturale dell'obbligazione di svolgere un'attività lavorativa¹³⁶. Ne deriva l'indisponibilità della soggezione al potere direttivo e la connotazione del tipo contrattuale.

Tuttavia, tale dottrina non considera il potere direttivo come unico, in quanto riconduce allo stesso diversi poteri alla luce delle funzioni che svolgono.

Il contenuto del potere direttivo svolge *in primis* una funzione essenziale per l'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione, perché è diretto a configurare la "collaborazione" come prestazione qualificata dalla soggezione al potere direttivo¹³⁷ e ad individuare quale, tra i risultati materiali in astratto eseguibili dal lavoratore, quest'ultimo dovrà adempiere. Infatti, sebbene la obbligazione di lavoro venga interamente definita al momento della stipulazione del contratto, pena la nullità dello stesso per indeterminatezza del suo oggetto, l'esercizio del potere di specificazione rende esigibile il comportamento dovuto dal lavoratore, determinando i concreti compiti da svolgere e le modalità che deve rispettare nell'esecuzione degli stessi. Accanto al potere di specificazione, da ricondurre al potere direttivo, si colloca quello di conformazione, avente la funzione di individuare le modalità di svolgimento della prestazione, senza tuttavia includere quelli inerenti al tempo e al luogo di esecuzione. Quest'ultimi, infatti, secondo l'autore sono riconducibili non al potere direttivo ex art. 2104 co. 2 c.c., ma ad un diverso potere definito "organizzativo", sempre riconducibile al contratto ma non elemento essenziale dello stesso, in quanto può ben anche essere escluso dalle parti¹³⁸. Diversamente, invece, è da ricondurre al potere direttivo, la disciplina del lavoro, consistente nelle regole di comportamento del singolo lavoratore all'interno dei luoghi dell'impresa, in virtù della loro attinenza all'adempimento della prestazione¹³⁹, e il potere di controllo.

dell'organizzazione di lavoro, all'interno della quale si colloca la prestazione di lavoro volta al perseguimento del risultato in senso pregnante del datore di lavoro.

¹³⁶ U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *WP CSDLE*, 2003, 5, 35.

¹³⁷ U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., 38.

¹³⁸ U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., 42.

¹³⁹ Secondo l'autore, infatti, queste regole hanno la funzione di individuare il modo in cui deve essere adempiuto all'obbligazione di lavorare in relazione all'esigenza di un ordinato e sicuro svolgimento del lavoro ci da persiani (197-198).

Per quanto concerne invece il potere organizzativo, l'autore si interroga sull'esistenza o meno di una organizzazione del lavoro rilevante giuridicamente. Discostandosi dagli autori neo-istituzionalisti, che ritengono esistente un'organizzazione antecedentemente alla stipula del contratto di lavoro, e da Persiani e Marazza, che invece considerano l'organizzazione giuridicamente rilevante come effetto del contratto di lavoro che la costituisce, Carabelli, la considera inesistente sul piano giuridico, senza però negare l'esistenza di una funzione organizzatrice propria dell'imprenditore. È proprio dall'esame di quest'ultima che l'autore individua nel potere direttivo una funzione interna, organizzativa, al quale l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica. Dall'assetto di interessi sotteso al rapporto di lavoro si può evincere tale funzione, volta ad armonizzare il fattore lavoro con altri fattori produttivi mediante l'esercizio del potere direttivo, al fine di ottenere un'attività utile al datore di lavoro¹⁴⁰.

Pertanto, le specifiche regole su cui «il datore di lavoro fonda la propria organizzazione del lavoro sono in grado di esprimere un'incidenza sul contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro soltanto attraverso l'esercizio del potere direttivo, quale strumento di organizzazione “esterna” ed “interna” della prestazione di lavoro e di determinazione delle regole di disciplina del lavoro, nonché di accertamento del rispetto delle disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro e dell'esatto adempimento delle obbligazioni di lavoro»¹⁴¹. Per tale ragione, la diretta funzione del potere direttivo è quella di organizzare la prestazione di lavoro, così che il potere organizzativo del datore di lavoro, riferito al contratto di lavoro, «altro non è se non il potere direttivo colto, appunto, nella sua essenziale funzione organizzativa»¹⁴².

Alla conclusione della disamina svolta sui poteri datoriali, si possono individuare alcuni elementi comuni tra le teorie contrattualistiche sopra esposte. In primo luogo, si evidenzia come queste abbiano sempre messo in luce la connessione esistente tra l'interesse creditorio, volto alla realizzazione del fine che il datore di lavoro si prefigge con la stipulazione del contratto di lavoro, e il

¹⁴⁰ U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., 54.

¹⁴¹ U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., 57.

¹⁴² U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., 57.

potere direttivo. In quanto, nella maggior parte delle interpretazioni esaminate, il potere è attribuito ed esercitato dal datore di lavoro per il miglior soddisfacimento dell'interesse contrattuale, ossia per ricavare una prestazione "utile" al datore di lavoro.

In secondo luogo, sembra proficuo mettere in luce come l'organizzazione produttiva, a prescindere dall'inquadramento che si decide di dare alla stessa, rilevi – seppure indirettamente –, sulla prestazione di lavoro. Infatti, in tutte le ricostruzioni esaminate l'interesse al risultato produttivo incide sulla prestazione di lavoro, che viene diretta ed organizzata in funzione dello stesso.

Ne deriva che il potere direttivo (a prescindere dalla qualificazione dello stesso come potere di organizzazione, potere direttivo, o funzione organizzativa del potere direttivo) funge da elemento di collegamento tra l'interesse parziale, soddisfatto con l'adempimento del contratto da parte del prestatore di lavoro, e quello finale, volto alla realizzazione del risultato produttivo¹⁴³.

4. Alcuni interrogativi aperti alla luce della dialettica tra posizioni contrattualistiche e neo-istituzionalistiche

Sulla scorta dell'evoluzione dei poteri datoriali descritta, sembra oggi ammissibile ritenere che i poteri stessi possano essere ricondotti nell'alveo dei poteri giuridici, inquadrati dalla dottrina talvolta come poteri direttivi – che trovano la loro fonte nel contratto –, talvolta come poteri organizzativi – ricondotti secondo alcuni al contratto, secondo altri all'impresa –, talvolta come poteri di fatto, giuridicamente irrilevanti.

Tuttavia, tale concettualizzazione astratta non appare trovare un concreto riscontro nel rapporto di lavoro, la cui presenza di poteri di fatto non è facilmente evincibile. Nonostante ciò, occorre domandarsi se residui uno spazio nel rapporto di lavoro dove possano inserirsi i poteri di fatto.

La risposta a tale questione muta alla luce della concezione che si accoglie per configurare i poteri datoriali.

¹⁴³ Secondo L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazione organizzativa*, cit., 46 «il fine produttivo si colloca all'interno della causa del contratto di lavoro nel senso che l'interesse soddisfatto altro non è che l'interesse al coordinamento della prestazione per un fine produttivo».

Secondo la dottrina contrattualistica, come è stato evidenziato, l'organizzazione del datore di lavoro non assume rilevanza sul piano giuridico, incidendo solo indirettamente come "fatto", sulla posizione debitoria del lavoratore.

In relazione a tale concezione, il potere del datore di lavoro è interamente riconducibile al contratto di lavoro, che costituisce al tempo stesso la fonte del potere e la fonte di regolazione dello stesso, in aggiunta ai limiti che la legge impone dall'esterno.

In tale concezione, l'esistenza di poteri di fatto sarebbe in linea teorica ammissibile, in quanto la riconduzione dei poteri datoriali al contratto, quale fonte esclusiva di essi, implica escludere l'esistenza di poteri giuridici al di fuori della fonte contrattuale. Infatti, secondo tale ricostruzione le scelte organizzative poste dal datore in virtù della titolarità dei mezzi di produzione sono completamente irrilevanti sul piano giuridico, ragione per cui sarebbe ipotizzabile attribuire in virtù della titolarità dei mezzi di produzione, in capo all'imprenditore un potere di fatto, esercitabile attraverso le scelte organizzative. Tuttavia, l'ostacolo alla configurazione di tali scelte come poteri di fatto si evince proprio in virtù della loro incidenza indiretta sulla prestazione di lavoro. Ne deriva che un potere di fatto che non produca i suoi effetti direttamente sulla prestazione di lavoro non sembra poter essere qualificato come tale.

Si può, in altre parole, escludere l'esistenza di poteri di fatto nel rapporto di lavoro e ammettere solo l'esistenza di scelte organizzative, che indirettamente condizionano la posizione dei lavoratori, nonché di un potere direttivo volto ad organizzare la prestazione in vista del perseguimento del profitto o dell'interesse organizzativo, che però rimane estraneo al piano giuridico.

Diversamente, invece, per gli esponenti della dottrina neo-istituzionalistica, i poteri del datore di lavoro non sono interamente riconducibili al contratto, il quale costituisce solo una delle fonti costitutive del potere e di quelle regolative dello stesso. A questo, infatti, deve aggiungersi l'organizzazione, che assume in questa concezione rilevanza giuridica, in quanto essa stessa fonte dei poteri organizzativi, idonei a produrre effetti giuridici.

In altre parole, se nella dottrina contrattualistica, il potere organizzativo non esiste in quanto tale, ma solo come funzione interna al potere direttivo, che nasce e trova il suo ambito di operatività nel contratto di lavoro, con la conseguenza che le determinazioni assunte dal datore di lavoro in virtù della sua

organizzazione hanno una mera rilevanza fattuale, ignorata dal diritto; nella concezione neo-istituzionalistica di seconda generazione, il potere organizzativo esiste autonomamente da quello direttivo e trova una fonte diversa e indipendente da quella contrattuale e dal momento che assume una rilevanza giuridica, giuridica deve essere la sua qualificazione.

Secondo tale accezione, allora, il potere organizzativo, qualificabile come potere giuridico, non ammetterebbe alcuno spazio per i poteri di fatto nel rapporto di lavoro.

Ulteriore questione che emerge, alla luce della riflessione svolta riguarda la fonte di regolazione e i limiti che sono imposti a tali poteri.

Per quanto concerne la regolazione dei poteri di fatto – che le ricostruzioni sopra effettuate non sembrano riconoscere –, il quesito appare contraddittorio nella sua formulazione. Infatti, se il potere è di fatto, nessuna limitazione o regolazione è ammissibile, proprio perché tale fenomeno non è “conosciuto” dal diritto, essendo per lo stesso irrilevante. Ne discende che sarebbe impossibile una sua regolazione giuridica, perché ciò lo renderebbe “visibile” all’ordinamento e, dunque, potere giuridico.

Con ciò, però, non si vuole ammettere una discrezionalità assoluta nelle scelte organizzative che il datore può effettuare, anche se queste incidono solo indirettamente sulla posizione del lavoratore. Invero, come ha rilevato la dottrina¹⁴⁴, il diritto del lavoro tutela la posizione giudica del lavoratore, attribuendo allo stesso una serie di diritti, che ben possono limitare – seppure indirettamente – il potere organizzativo¹⁴⁵, o meglio la libertà di adottare determinate decisioni in merito alla propria organizzazione imprenditoriale.

Più complessa appare la questione, se si decide di accogliere la tesi neo-istituzionalistica. Secondo questa, il potere organizzativo, anche se non riconducibile alla fonte contrattuale, è un potere giuridico e come tale, ben può essere normato e limitato giuridicamente.

Appare allora determinante la questione dell’individuazione delle fonti di regolazione del potere, che possono essere diverse: indubbiamente la fonte

¹⁴⁴ M. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione di lavoro*, cit., 197.

¹⁴⁵ Potere organizzativo, da intendere non come potere in senso tecnico, in quanto si è esclusa la riconduzione dello stesso al potere di fatto, data la sua incidenza indiretta sulla sfera del destinatario del potere, ma come libertà di scegliere, determinare la propria attività economica.

legislativa sarà la principale fonte della disciplina e dei limiti al potere organizzativo, già esistente in molteplici fattispecie; più discutibile potrebbe essere la sua regolazione o limitazione ad opera della contrattazione collettiva, che tuttavia assume un ruolo importante in tale contesto.

Ad ogni modo, essendo il potere organizzativo un potere non tipizzato in ogni sua articolazione, è chiaro che ben può accadere che il legislatore non abbia ancora “denominato” alcuni poteri organizzativi e quindi non li abbia ancora regolati o limitati. In tali ipotesi, l’unica soluzione che potrebbe arginare un simile potere “non regolato” è la contrattazione collettiva, che sconta però tutte le difficoltà che nella prassi emergono e che derivano dall’eventuale debolezza che il sindacato potrebbe presentare in una data realtà aziendale e dalla sua capacità di contrapporsi effettivamente alle scelte del datore di lavoro.

5. La precarizzazione del soggiorno dello straniero quale effetto indiretto del potere di recesso

Orbene, l’interrogativo posto all’inizio del capitolo, in relazione alla qualificazione del potere del datore di lavoro capace di influire per mezzo del contratto di lavoro sul soggiorno del dipendente, deve trovare una risposta.

Sono due le categorie nelle quali si potrebbe inquadrare il potere in esame: quella dei poteri di fatto e quella dei poteri giuridici riconosciuti al datore di lavoro.

Non è scontata la questione sulla riconduzione del potere di condizionare il soggiorno del lavoratore straniero nell’alveo dei poteri di fatto, in quanto la posizione di supremazia verso il lavoratore extracomunitario in relazione al mero soggiorno di questo non è espressamente attribuita da alcuna fonte di diritto, che anzi nega il conferimento di un tale potere.

Come noto, invero, l’art. 22 co. 11, TUI ha espressamente escluso che il potere di recesso esercitabile dal datore possa determinare l’immediato rientro del lavoratore nel suo paese d’origine quindi esplicitando che le decisioni in riferimento al rapporto di lavoro non devono avere alcun collegamento con la condizione di soggiornante dello straniero. Da qui, l’ipotesi che riconduce tale potere nell’ambito dei poteri di fatto.

Tuttavia, tale affermazione, a parere di chi scrive, si colloca solo sul piano teorico, omettendo di considerare la complessiva posizione assunta dal datore di lavoro. Questa deve ricomprendere l'insieme delle posizioni di potere conferite dall'ordinamento giuridico ed esercitabili dal datore di lavoro e non solo quelle espressamente attribuite dal legislatore.

Occorre, in altre parole, prendere in considerazione non solo un segmento della complessa posizione di potere assunta dal datore di lavoro, ma l'intera immagine che è costituita e determinata dalle disposizioni di legge, dalla giurisprudenza, che ne riconosce delle prerogative, e anche dalla realtà che si pone sul piano concreto, la quale, come visto, può anch'essa essere fonte di posizioni di forza, dettate da circostanze di fatto, idonee a creare poteri di fatto.

Questo intricato fascio di poteri riconducibili ad un singolo soggetto, il datore di lavoro, può trovare quindi la propria fonte sia sul piano giuridico, che su quello fattuale.

Orbene, è proprio in riferimento alla prospettiva giuridica che deve essere esaminata tale posizione di potere, in quanto questa è ascrivibile sia ai poteri datoriali, che producono effetti anche in merito al soggiorno del lavoratore, sia all'intervento creativo della giurisprudenza che ha valorizzato enormemente l'esistenza di un lavoro ai fini della concessione del titolo autorizzatorio al soggiorno.

Invero, come si è analizzato nel capitolo primo, la giurisprudenza, e in particolare quella delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, ha qualificato il lavoro come "l'elemento principe" preso in considerazione «per affermare che vi è quel grado di integrazione "effettivo" che comporta il diritto alla protezione speciale»¹⁴⁶.

È stato affermato, infatti, che ai fini della valutazione complessiva che permetta di ritenere sussistente l'integrazione sociale dello straniero *«l'integrazione lavorativa è sintomo centrale (sia essa in base a contratto di lavoro a tempo determinato, ma ripetuto e costante nel tempo, tale da permettere*

¹⁴⁶ O. COLAMARTINO, «Non ho paura. Ma ormai vivo qui». La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023), in *QG*, 2023, III, 23.

il mantenimento del nucleo, sia in base a contratto di lavoro a tempo indeterminato ed adeguatamente retribuito))»¹⁴⁷.

Ne discende che l'attività interpretativa della giurisprudenza ha elevato a presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale lo svolgimento di un'attività lavorativa, ripristinando quindi quel legame tra soggiorno e rapporto di lavoro, che il legislatore aveva formalmente confutato. Questo comporta il riconoscimento da parte della giurisprudenza di un potere, esercitabile in qualità di datore di lavoro e quindi nell'ambito del rapporto di lavoro, che ha l'effetto però di estendersi oltre il rapporto stesso e condizionare la sfera privata del lavoratore, influenzandone in concreto la sua permanenza in Italia.

Analogo potere è riscontrabile in capo al datore di lavoro nei confronti dello straniero residente all'estero con cui ha instaurato un rapporto di lavoro mediante la procedura descritta dal d.lgs. n. 286 del 1998, ossia il soggetto di cui si è trattato nel capitolo secondo.

Invero, come è stato esaminato allora, l'espressa esclusione della revoca del permesso di soggiorno per motivi lavorativi per la perdita del posto di lavoro ai sensi dell'art. 22 co. 11 non è sufficiente a recidere completamente il legame tra soggiorno e lavoro.

Infatti, a seguito della perdita del posto di lavoro, il migrante potrà iscriversi nelle liste di collocamento al fine di reperire una nuova occupazione e beneficiare delle prestazioni volte ad alleviare le pregiudizievoli conseguenze della disoccupazione. In tale occasione, viene rilasciato un permesso di soggiorno per attesa occupazione, della durata di un anno o di un periodo superiore, pari alla percezione della prestazione di sostegno al reddito.

Il terzo periodo del comma citato dispone, poi, la possibilità di rinnovare il permesso di soggiorno per attesa occupazione, e quindi decorso un anno dalla perdita del posto di lavoro, a condizione che lo straniero dimostri di percepire redditi superiori ad una determinata soglia, individuata dal legislatore nell'articolo 29, comma 3, lettera b) che rinvia al valore indicato nell'assegno sociale. Ne discende che lo straniero che ha perso il lavoro e non ha trovato un nuovo posto di lavoro potrà continuare a soggiornare in Italia a condizione che i

¹⁴⁷ Cassazione civile sez. I, 11 nov. 2022, n. 33315 in *De Jure* (anche se la sentenza citata fa riferimento ad un permesso per protezione umanitaria).

familiari conviventi con il richiedente contribuiscano con il proprio reddito¹⁴⁸.

In altre parole, lo straniero potrà permanere in Italia senza lavoro a condizione che qualcun altro lavori al posto suo.

Ne deriva, quindi, che se da un lato, l'espulsione dello straniero extracomunitario dal paese ospitante non è qualificabile come effetto automatico dell'estinzione del rapporto, il vincolo reddituale imposto dalla normativa rende impossibile nella prassi soggiornare in Italia in assenza di un lavoro.

È confermato quindi il legame esistente tra il lavoro e il soggiorno, in questo caso in riferimento all'intera unità familiare.

Anche in tale ipotesi, l'ordinamento giuridico nel suo complesso attribuisce al datore di lavoro un potere di influire sul soggiorno del lavoratore, condizionando la sfera intima dello stesso.

È quindi da escludere la riconduzione del potere datoriale sul soggiorno dello straniero al potere di fatto e sembra invece corretto il suo inquadramento nella categoria dei poteri giuridici¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Circolare n. 40579 del 3 ottobre 2016 Ministero dell'Interno.

¹⁴⁹ Il potere giuridico è stato oggetto di ampia attenzione da parte della dottrina, specialmente civilistica, che ha cercato di delinearne il contenuto. Gli esiti di tali sforzi però non si sono radicati nel panorama giuridico, in quanto il termine "potere giuridico" è ancora oggi usato, anche dallo stesso legislatore, in modo promiscuo e confuso, spesso come sinonimo dei termini "diritto", "facoltà", "potestà".

Ad ostacolare l'affermarsi di un'univoca nozione di potere è stato anche l'ampio dibattito sulla sua riconducibilità o meno alla categoria dei diritti soggettivi, che in questa sede non può essere esaminato approfonditamente, e che si esprimeva nei seguenti termini. Una parte della dottrina civilistica da sempre ha concepito il potere come un aspetto del diritto soggettivo, in quanto al titolare di esso - soggetto attivo - dovrebbe corrispondere un soggetto passivo, per il quale l'esercizio del potere produrrebbe un obbligo giuridico. La posizione di soggezione inerente al soggetto passivo sarebbe quindi un elemento essenziale del potere stesso. In senso contrario, si è espressa un'altra componente dottrinale, che ha invece qualificato il potere come categoria autonoma e indipendente anche da quelle concernenti le facoltà, le capacità e, ovviamente, i diritti soggettivi.

A sostegno di tale teoria, maggiormente accreditata nel panorama dottrinale, si evidenziano importanti differenze tra i diritti soggettivi e il potere in senso stretto. I primi, nonostante appartengano - al pari del secondo - al concetto di potere in senso largo, quale manifestazione ed esplicazione di capacità, hanno la peculiarità di svolgersi sempre «in un concreto e particolare rapporto giuridico o con una data cosa o verso altre persone che viceversa avrebbero obblighi corrispondenti». Il diritto soggettivo è quindi il potere che si esplica nell'ambito racchiuso di un rapporto giuridico, a cui è sempre correlato un obbligo, che qualifica il soggetto passivo, anche in assenza dell'esercizio del diritto.

Secondo S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 173, il potere si distingue dalla capacità, che è «una misura della sfera in cui la personalità può esplicarsi è un presupposto di ogni potere, ma non è un potere». In altri termini «è un potere lo svolgimento di una capacità, in quanto implica una più o meno larga signoria di volontà. Ne viene che il concetto di potere è molto prossimo a quello di capacità, ma più ristretto sia perché si riconnette ad una sola sfera di essa, alla sfera attiva e non a quella passiva, sia perché la capacità in sé e per sé, nel suo aspetto più comprensivo, è statica, ferma e, quindi, astratta, mentre il potere, che è una manifestazione della capacità, si muove, agisce, si esplica in una data direzione e per un dato fine» (p. 191).

Il potere giuridico è tale in quanto l'ordinamento giuridico lo attribuisce al soggetto titolare. Sono molteplici le fonti da cui può derivare: la legge può conferire dei poteri a coloro che hanno certe capacità, sia generali, che speciali (ad esempio i poteri di occupare la *res nullius*, di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi ecc.), o a coloro che presentano determinate qualità o posizioni (ad esempio la qualità di funzionario, di padre, di marito ecc.), o, infine, a coloro che sono titolari di un determinato diritto¹⁵⁰.

A prescindere quindi dal fondamento da cui deriva il potere, elemento comune a tutte le ipotesi citate è la natura giuridica della loro fonte. Ne discende che anche quando la posizione assunta da un soggetto viene acquistata da una fonte non legislativa, quale ad esempio la posizione di imprenditore, che diventa tale mediante la realizzazione di una attività produttiva, i poteri riconosciuti ad esso, derivano dalla legge, la quale ne condiziona l'esistenza al possesso di una determinata qualità, comunque questa sia stata acquisita¹⁵¹.

In altri termini, il potere si qualifica come giuridico quando è conferito dall'ordinamento e «nell'ambito in cui questo lo contempla, lo regola nel suo contenuto, nei suoi effetti, e lo tutela»¹⁵².

Il potere in senso stretto, invece, si distingue dal diritto soggettivo appena evidenziato, perché «si svolgerebbe in una direzione o aspetto generico, non avrebbe oggetti singolarmente determinati, non si risolverebbe in pretese verso altri soggetti e perciò non sarebbe correlativo ad obblighi». Invero, la direzione generale verso cui si esplica il potere, che varia nei singoli casi¹⁴⁹, impedisce che il potere sia correlativo di un obbligo o della figura della necessità, in quanto la presenza di un soggetto passivo non è un elemento costitutivo del potere, sia perché potrebbe venire ad esistere solo dopo l'esercizio del potere, sia perché l'esercizio dello stesso può comportare per la sfera del destinatario vantaggi e benefici che rendono impossibile qualificarlo come soggetto passivo. Così, nemmeno la soggezione è un elemento necessario alla definizione del potere, perché, da un lato, potrebbe mancare, come si è appena esaminato, dall'altro, perché, qualora fosse presente, costituirebbe un presupposto del potere e non un suo componente.

Per un approfondimento sul potere v. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 172 ss.; A. LENER, *Potere (diritto privato) (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 610 ss. Secondo quest'ultimo il potere giuridico di diritto privato indica «la dimensione soggettiva della possibilità accordata dall'ordinamento al soggetto privato di operare nella realtà giuridica, cioè di agire conseguendo il risultato utile, per sé o per altri, che può consistere tanto nella modificazione di questa realtà, quanto nella sua conservazione-attuazione».

¹⁵⁰ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 197, ad esempio «il potere di disporre dei propri beni presuppone che su questi beni si abbia appunto un diritto per cui si possono dire propri». In questa ipotesi il potere e il diritto sono sempre distinti l'uno dall'altro ma connessi. Il potere «è più generale che non il singolo diritto rispetto al quale si esplica e quindi non può essere in questo compreso. Semmai, e al servizio non di un diritto, ma di tutti i possibili diritti attuali e futuri della stessa specie natura».

¹⁵¹ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 196.

¹⁵² S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 194. Ne deriva che l'ordinamento giuridico non si limita a porre in esistenza un potere ad un determinato soggetto, ma ne definisce il contenuto e gli effetti.

Si deve ricondurre il potere del datore di lavoro di incidere sul soggiorno del lavoratore nell'alveo dei poteri giuridici, in quanto derivante dall'ordinamento giuridico e bisogna porre l'attenzione sulla posizione del titolare dello stesso. Invero, il potere conferito al datore è tale ed esercitabile, in virtù della sua posizione giuridica. Il suo ruolo datoriale gli permette infatti di condizionare l'esistenza del rapporto stesso, da cui dipende il soggiorno del lavoratore straniero. Diversamente, sarebbe difficile ipotizzare l'esercizio di tale potere, al di fuori dalla sua qualità di datore di lavoro.

Sorge allora il dubbio se tale potere giuridico sia davvero un potere autonomamente riconosciuto al datore di lavoro e indipendente dai poteri datoriali concettualizzati dalla dottrina.

A ben vedere, il dubbio appare fondato, in quanto il potere in esame non sembra altro che una manifestazione ulteriore di un potere già riconducibile al datore di lavoro, il potere di recesso, attraverso il quale si producono degli effetti pregiudizievoli per il lavoratore, e in particolare per quello extracomunitario.

Il potere di recesso¹⁵³, in quanto prerogativa datoriale volto alla soddisfazione dell'interesse datoriale, trova espresso riconoscimento nell'art. 41 Cost.¹⁵⁴, che tutela la libertà di iniziativa economica privata. È ampia la posizione di libertà riconosciuta al privato, in quanto è libertà dei privati «disporre delle risorse, materiali umane; è in secondo luogo, libertà dei privati di organizzare l'attività produttiva e, quindi, è libertà dei privati di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre»¹⁵⁵. Ne discende che l'ordinamento tutela il privato, riconoscendogli un interesse proprio ed esclusivo, che trova protezione non solo in quanto volto ad un'attività diretta alla produzione e allo scambio di beni e servizi, ma anche in quanto libertà di creare un'organizzazione preposta alla suddetta attività¹⁵⁶.

La soddisfazione del citato interesse non trova alcun limite interno, dovendosi escludere «che l'articolo 41, comma 2, Cost. funzionalizzi l'iniziativa privata, configurandone limiti interni, i quali, vincolando le prerogative

¹⁵³ V. G. NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1961; A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Cedam, Padova, 1996.

¹⁵⁴ A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata (voce)*, in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 1971, 592 ss.

¹⁵⁵ F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in (a cura di) G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1982, 4.

¹⁵⁶ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 128.

dell'imprenditore alla realizzazione di interessi altrui, le trasformerebbero in vere e proprie potestà, e si ritiene invece che ne prospetti limiti esterni, garantendo entro i confini così definiti uno spazio tutelato di libertà»¹⁵⁷.

Sul piano del rapporto di lavoro con lo straniero, l'esercizio del potere di recesso non comporta solamente il suo effetto "tipico", ricondotto alla perdita del posto di lavoro, ma anche quello del venir meno di uno dei presupposti che la giurisprudenza individua per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, nonché dell'elemento individuato dalla legge come principale fonte di reddito per lo straniero, necessario per la permanenza nel paese ospitante.

L'effetto c.d. "atipico", presente solo in caso di esercizio del potere di recesso nel rapporto di lavoro in cui una parte è di origine extracomunitaria, solleva innumerevoli questioni, prima tra tutte la legittimità dello stesso. Invero, si tratterebbe di un effetto derivante dal potere di recesso ma non riconosciuto espressamente dall'ordinamento come conseguenza dello stesso, perché ultroneo.

È noto che il potere giuridico si qualifica come tale, proprio perché il titolare dello stesso è «in grado di causare ove lo voglia, la produzione di un effetto d'indole giuridica, e cioè di una modificazione giuridica»¹⁵⁸.

Tuttavia, quest'ultimo ben può comportare effetti che non sono colti dall'ordinamento giuridico, che può limitarsi a circoscrivere il potere, senza penetrare in tutte le sue esplicazioni interne¹⁵⁹, che – per questo – si collocano sul piano fattuale.

In altri termini, le estrinsecazioni del potere non sono necessariamente tutte giuridiche, potendo alcune di esse essere di puro fatto. Queste, essendo

¹⁵⁷ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 129. Tuttavia, secondo P. FERGOLA, *I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto*, cit., 465 la presenza di vincoli esterni rafforza la assolutezza del potere, in quanto l'art. 41 Cost. ha «come corollario la rilegittimazione della posizione di netta supremazia tradizionalmente accreditata al datore di lavoro».

¹⁵⁸ E. GARBAGNATI, *Il diritto subiettivo non è un potere giuridico*, in *Jus*, 1941, 551. Indica come potere giuridico «la posizione di un subietto investito di una forza che lo pone in grado di conseguire, volendolo, un determinato risultato, di causare cioè, mediante l'esercizio di essa, la produzione di un determinato effetto, alla cui entità e natura si commisurano appunto il contenuto e il carattere del potere».

¹⁵⁹ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 194.

giuridicamente irrilevanti, non sono vietate dal diritto, ma neppure considerate lecite o permesse¹⁶⁰.

Tuttavia, non appare questo il caso dell'effetto in esame, in quanto seppure non venga riconosciuto dal diritto quale conseguenza del potere di recesso, è un effetto che si colloca sul piano giuridico, perché giuridica è la conseguenza del venir meno del titolo autorizzatorio al soggiorno.

Effetto giuridico è, invero, «ogni valore giuridico condizionato, ogni valore giuridico assunto dal diritto positivo sotto la condizione che si sia prodotta una precedente situazione di fatto»¹⁶¹.

Perché si possa definire effetto, il valore giuridico deve essere conseguenza della situazione che l'ha prodotto, ossia deve realizzarsi la condizione il cui avverarsi, realizza l'effetto voluto.

In altre parole, ci deve essere un nesso di causalità tra la fattispecie posta in essere e l'effetto determinato e tale nesso non è rinvenibile tra il potere di recesso e il venir meno del titolo autorizzatorio, che appare invece effetto della perdita del posto di lavoro.

Invero, se il potere di recesso in quanto potere giuridico comporta una modificazione giuridica nella sfera di un soggetto, non rientra tra queste modificazioni la precarietà del soggiorno del lavoratore.

Pertanto, il mancato rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno (per protezione speciale o per motivi di lavoro) è solo un effetto "indiretto" del potere di recesso ed un effetto diretto della perdita del posto di lavoro.

Questa considerazione non conduce ad uno scenario diverso da quello che si era prefigurato all'inizio del capitolo, in quanto indipendentemente dalla qualificazione quale effetto diretto o indiretto del potere di recesso, il venir meno di uno dei presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno, nel caso del migrante per motivi umanitari, o il venir meno della ragione che autorizza la permanenza del migrante per motivi lavorativi, è conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro.

¹⁶⁰ Ibidem. Ad esempio, i mezzi correzione che il padre può usare verso il figlio non sono positivamente permessi, almeno alcuni, e, finché non se ne abusi nemmeno vietati. In questi casi si dice che si ha una semplice facoltà uno dei tanti significati che si attribuiscono a tale parola una facoltà di fatto come nell'argomento alcune di quelle del proprietario relative al godimento del suo fondo.

¹⁶¹ A. FALZEA, *Efficacia giuridica (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1965, 472.

Ne deriva che l'esercizio legittimo del potere di recesso e la conseguente perdita del lavoro producono in capo al lavoratore extracomunitario conseguenze maggiormente afflittive rispetto a quelle che si realizzano in capo al lavoratore italiano.

Si deve, pertanto, concludere che l'esercizio del potere di recesso produce effetti diversi in ragione della provenienza extraeuropea del lavoratore. Sembrerebbe quindi che situazioni uguali – consistenti nella cessazione del rapporto lavorativo – vengano trattate in modo differente: conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro per il lavoratore italiano, sarà la perdita di una fonte di reddito – la retribuzione –; per il lavoratore extracomunitario, si verificheranno come conseguenze, sia la perdita della fonte di guadagno (verosimilmente principale), sia la precarizzazione del suo soggiorno (e della sua famiglia) in Italia.

La disparità di trattamento, creata dall'ordinamento giuridico e legittimata dal legislatore, che è solo stata accennata in questa sede, sarà oggetto del capitolo successivo, nel quale verranno esaminate anche le conseguenze pregiudizievoli da essa derivanti e i rimedi che l'interprete può applicare per contrastarla.

CAPITOLO 5

Verso il superamento dell'eguaglianza formale del lavoratore straniero

1. Presentazione del problema

Nelle pagine precedenti, si è riscontrato come a seguito dell'esercizio del potere di recesso si realizzi la perdita del posto di lavoro e, solo per il lavoratore extracomunitario, l'effetto potenzialmente idoneo a provocare la sua espulsione dal territorio italiano, effetto che non si produce in capo al lavoratore italiano.

La situazione a fronte della quale il datore di lavoro effettua il recesso, che in questa sede si presuppone esercitato legittimamente, sembra essere la medesima per i due lavoratori di nazionalità differente, realizzando però effetti diversi, in presenza di situazioni analoghe.

Tuttavia, è opportuno domandarsi se, e in che misura, la condizione giuridica dello straniero, che è connaturata dal mancato possesso della cittadinanza e si riflette interamente sull'esistenza dello stesso, incide sul trattamento giuridico ad esso riconosciuto (para. 2).

Proprio in relazione alla diversità della condizione giuridica sembra allora legittimo porsi l'interrogativo sull'applicabilità del principio di uguaglianza agli stranieri, atteso che le condizioni del cittadino e del non cittadino potrebbero non essere equiparabili (para. 3), e valutare la ragionevolezza del criterio di cittadinanza quale elemento di differenziazione nel riconoscimento dei diritti e nell'esercizio dei poteri.

Inoltre, tale valutazione dovrà essere poi calata nell'ambito del rapporto di lavoro, all'interno del quale vige un principio di parità di trattamento tra il lavoratore straniero e quello cittadino (para. 4).

Come verrà poi analizzato, lo *status* di non cittadino, che condiziona il soggiorno dello straniero al possesso di una serie di requisiti, ha effetti particolarmente lesivi sul piano del rapporto di lavoro (para. 6) e per tale ragione si valuterà la ragionevolezza di tale assetto normativo (para. 5).

Alla luce delle considerazioni svolte, si cercherà di comprendere quali strumenti possono essere adottati dal legislatore e quali dall'interprete per contrastare la situazione di svantaggio in cui si colloca il lavoratore straniero (para. 7 e 8).

2. La condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano

Il ruolo marginale riconosciuto allo straniero dall'ordinamento giuridico si comprende anche alla luce delle ragioni storiche che hanno spinto i Costituenti a introdurre una disposizione, di contenuto minimale, sulla condizione giuridica dello straniero¹.

Invero, all'epoca dell'approvazione della carta costituzionale l'Italia, paese appena uscito dalla guerra, non rappresentava una meta di immigrazione per i cittadini di altri paesi, quanto semmai di emigrazione per gli italiani².

Tale circostanza spiega anche la ragione per cui al momento dell'approvazione dell'art. 10 Cost., disciplinante la condizione giuridica dello straniero, la previsione passò sottotraccia e venne approvata senza suscitare un approfondito confronto³.

¹ Per un approfondimento sulla condizione giuridica dello straniero v. G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione Italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Cedam, Padova, 1992; C. DE FIORES, *Brevi note sulla condizione giuridica dello straniero nella Costituzione italiana*, in *Democrazia e diritto*, 2020, I, 7 ss.; S. MABELLINI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva del costituzionalismo multilivello*, in *Diritto e società*, 2013, 291 ss.; S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA; E. RISPOLI, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, *Quaderni predisposti in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali Italiana, Spagnola, Portoghese, Madrid 25-26 settembre 2008*, 1 ss., F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013; AA.VV., *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012*, Giuffrè, Milano, 2013; A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991; C. SALAZAR, *Lo "statuto costituzionale dello straniero" e il diritto d'asilo, Relazione al webinar "Quale governo per le migrazioni? Seminario di studi interdisciplinari"*, in *Consultaonline*, 2021, II, 338 ss.

² M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai nostri giorni*, Carocci, Roma, 2018.

³ L'approvazione dell'art. 10 Cost non ha suscitato ampio dibattito, a tal proposito si vedano i lavori dell'Assemblea Costituente nella giornata del 2 ottobre 1946, nella Sottocommissione I, in cui gli On.li la Pira e Basso sono i relatori, e quelli nella giornata del 24 gennaio 1947 nella Commissione dei 75.

Il trattamento degli stranieri era regolato, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, dall'art. 16 co. 1 delle Disposizioni sulle leggi in generale, approvate preliminarmente al codice civile del 1942, che disponeva: "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali».

Secondo quindi l'art. 10 Cost. «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»⁴.

Con tale disposizione è stata stabilita una riserva di legge per la regolazione dello status di straniero, che quindi riconosce al legislatore la funzione di legiferare sul trattamento normativo da riconoscere al non cittadino. Inoltre, tale disposizione si giustifica alla luce della *ratio* della stessa, volta a limitare il potere discrezionale dell'esecutivo. Tale esigenza è stata avvertita dai Costituenti, consapevoli degli atteggiamenti illiberali che avevano caratterizzato la prassi amministrativa nella regolazione della condizione dello straniero⁵. Il rinvio alla legge costituisce quindi una maggiore garanzia per lo straniero e la possibilità di accedere ad un trattamento più favorevole, se introdotto dal legislatore ordinario, piuttosto che dall'esecutivo, escludendo così la possibilità di interventi discriminatori di carattere poliziesco⁶.

La dottrina ha rilevato come la riserva di legge debba essere interpretata in senso relativo, ammettendo quindi un intervento nella regolazione del trattamento dello straniero da parte dell'esecutivo, purché nel rispetto dei principi stabiliti dal legislatore. All'esecutivo possono essere quindi attribuite rilevanti funzioni, come quella volta alla individuazione delle quote dei flussi di stranieri da ammettere nel mercato del lavoro, purché rispettosa dei principi stabiliti dal legislatore⁷.

Diversamente, un vincolo esclusivo di competenza in capo al legislatore implicherebbe aggravii e disfunzionamenti importanti, anche per lo straniero⁸. Così, quindi, l'esecutivo potrà intervenire nella regolazione della materia, sia con disposizioni di dettaglio, volte a garantire l'attuazione delle leggi, sia con disposizioni più ampie.

Il secondo comma dell'art. 10 Cost. pone un ulteriore vincolo contenutistico al legislatore, quello di esercitare la funzione legislativa nel rispetto della disciplina

⁴ Per un commento v. V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990; A. CASSESE, *Commento all'art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975.

⁵ A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari*, il Mulino, Bologna, 1992, 28; E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Commento all'art. 10*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Costituzione commentata*, One Legale, Milano, reperibile online.

⁶ A. CASSESE, *Commento all'art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, I, 510.

⁷ A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari*, cit., 29.

⁸ E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Commento all'art. 10*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Costituzione commentata*, One Legale, Milano, reperibile online, 17.

internazionale, sia quella di origine consuetudinaria che quella di origine convenzionale⁹.

Tale vincolo assolve quindi ad una funzione garantistica, posta a tutela dello straniero, arginando eventuali indirizzi arbitrariamente restrittivi perseguiti dallo Stato¹⁰. Inoltre, si condivide quell'interpretazione che rinvia all'obbligo di conformarsi al contenuto dei trattati internazionali non solo quando questi si riferiscono esplicitamente allo straniero, ma anche quando si riferiscono alla persona umana, categoria che prescinde quindi dalla nazionalità del soggetto. Un'interpretazione differente sarebbe irragionevole, perché la Costituzione assegnerebbe «ad un medesimo trattato, ad esempio, ad un trattato in materia di diritti umani, forza formale diversa a seconda che esso debba applicarsi agli stranieri oppure agli italiani»¹¹.

Inoltre, tale previsione impone solo di stabilire una garanzia minima nei confronti dello straniero, individuando nei trattati internazionali una soglia di tutela al di sotto del quale non è possibile scendere, ma non esclude che il legislatore italiano possa prevedere un trattamento migliorativo rispetto a quello stabilito dalle norme internazionali¹².

Connotato del vincolo di conformarsi alla disciplina internazionale è l'incostituzionalità della norma interna che confligge con quella sovranazionale. Invero, la norma interna che si pone in contrasto con una norma di diritto internazionale pattizio, che funge da norma interposta, è costituzionalmente illegittima, in ragione della violazione dell'art. 10 co. 2 Cost. che riconosce alla seconda una forza equiparabile alla Costituzione.

Si evince così la complessità del sistema di fonti deputate a regolare la condizione giuridica dello straniero, in cui alla Costituzione, fonte di rango sovraordinato, spetta il ruolo di individuare, da un lato, i principi per i quali l'interprete deve conformarsi per risolvere eventuali antinomie che la legge ordinaria gli presenta, e determinare, dall'altro, le fonti sulla produzione nella regolazione dello *status* di straniero, riconoscendo come fonte principale la

⁹ E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Commento all'art. 10*, cit., 15.

¹⁰ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione Italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Cedam, Padova, 1992, 183.

¹¹ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione Italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, cit., 184 che rinvia a B. CONFORTI, *Dir. Int.*, 299.

¹² E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Commento all'art. 10*, cit.

legge, e come norma interposta i trattati internazionali a cui la prima si deve conformare.

Tuttavia, sebbene il Costituente – accorto dei potenziali pregiudizi che possono concretizzarsi in sfavore dello straniero – abbia introdotto le minimali garanzie della riserva di legge e del vincolo internazionalistico, riconosce espressamente l'estraneità del non cittadino dall'ordinamento giuridico italiano.

La stessa previsione, infatti, prescrivendo di regolare la condizione giuridica dello straniero, implica, logicamente, la diversità di tale *status* rispetto a quello assunto dal soggetto "cittadino", diversità che, come si esaminerà, si riflette interamente sull'esistenza dello straniero trascorsa in Italia.

La condizione dello straniero quindi risulta essere il risultato di un delicato bilanciamento, a cui sono sottesi due principi: da un lato, la valorizzazione della libertà e dei diritti dello stesso e dall'altro, in ragione della sua non appartenenza all'ordinamento politico e giuridico, che impone di stabilire la sua condizione giuridica (anche limitando il godimento di determinati diritti), il principio di sovranità dello Stato ricevente, nell'ambito del quale emerge la dialettica tra libertà ed autorità¹³.

In particolare, si individuano tra i valori sottesi al bilanciamento quelli preposti alla valorizzazione della persona umana dello straniero, come il principio personalista, di eguaglianza, solidarista, garantista e internazionalista¹⁴. Questi principi devono essere contemperati con quelli volti alla tutela della sovranità dello Stato, che può quindi escludere l'esercizio di determinati diritti o introdurre obblighi in capo agli stranieri¹⁵. Tale assunto trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale «*la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in*

¹³ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione Italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, cit., 112.

¹⁴ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione Italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, cit., 113.

¹⁵ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione Italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, cit., 112-113.

materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (v. sentt. nn. 144 del 1970 e 104 del 1969)»¹⁶.

Esito del bilanciamento è il mutevole equilibrio che viene determinato volta per volta dal legislatore, condizionato anche dal periodo storico e dalla determinazione valoriale che una data società e cultura esprimono in quel momento.

Come si esaminerà, la determinazione della condizione giuridica dello straniero si è evoluta nel corso del tempo e ha avuto diverse espressioni: è stato possibile per il legislatore prevedere una disciplina *ad hoc* per gli stranieri, riconoscendogli determinate situazioni giuridiche soggettive; è stato altresì esteso il trattamento riconosciuto ai cittadini italiani, anche ai non cittadini, se ragionevole; e infine la determinazione della condizione giuridica ha portato anche ad esiti in cui si è stata esclusa l'estensione di determinati diritti ai non cittadini, come nel caso dei diritti politici. Tali risultati non sono stati imposti dal dettato costituzionale, ma determinati nella discrezionalità normativa.

L'esito variabile e dinamico del bilanciamento tra il principio di sovranità e la tutela dello straniero deve partire da un primo interrogativo che condiziona profondamente tale operazione: è applicabile agli stranieri il principio di eguaglianza?

3. La progressiva estensione del principio di eguaglianza agli stranieri

La questione posta nel paragrafo precedente è di estremo rilievo per la trattazione presente, come infatti, si è appena esaminato, la condizione giuridica dello straniero, proprio perché connotata dal mancato possesso della cittadinanza, potrebbe in sé rendere superfluo interrogarsi sulla applicazione del principio di eguaglianza, data la diversità delle situazioni a confronto; viceversa, ammettere la sua estensione anche agli stranieri implicherebbe vagliare sotto il parametro della ragionevolezza ogni differenziazione di trattamento riconosciuta dallo straniero rispetto al cittadino e quindi, anche, i diversi effetti che scaturiscono dal potere di recesso del datore di lavoro.

¹⁶ C. Cost., sentenza 10 febbraio 1994 n. 62, punto 4.

L'estensione del principio di eguaglianza anche agli stranieri se sembra di scontata ammissione, ha suscitato un ampio dibattito tra la dottrina costituzionalistica e nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Invero, un primo orientamento dottrinale ha escluso l'applicazione del principio in esame agli stranieri, in virtù dell'interpretazione letterale dell'art. 3 Cost., secondo cui «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

Il riferimento espresso ai “cittadini” sembra pacificamente negare l'applicazione del principio in esame anche ai non cittadini¹⁷. In aggiunta, l'elenco dei fattori in relazione a cui è vietata ogni disegualianza non contiene quello della nazionalità, elemento che è stato valutato come conferma dell'inesistenza di un divieto di diversificare il trattamento normativo in base alla cittadinanza.

Secondo alcuni, inoltre, l'inapplicabilità del principio in esame agli stranieri si coglie anche proprio in ragione dell'esistenza di una specifica condizione giuridica dello straniero che quindi non consente una sua assimilazione alla categoria dei cittadini. Invero, se «gli stranieri fossero per legge generale e per l'ordinamento giuridico eguali ai cittadini, la categoria giuridica dei cittadini cesserebbe di esistere»¹⁸.

Secondo altri, l'esclusione dell'applicazione del citato principio deriva dalla circostanza per cui la Costituzione italiana è un “fatto politico” e come tale rilevante solo per i cittadini¹⁹. Infine, vi è chi sostiene l'applicabilità della ragionevolezza prescritta dallo standard minimo di protezione imposto dal diritto internazionale e dal divieto di discriminazioni previsto dalle norme convenzionali, negando però l'applicabilità dell'art. 3 co. 1 agli stranieri²⁰.

¹⁷ A condividere tale interpretazione A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, 7 reperibile su <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Pace01.pdf> che però distingue dal principio di eguaglianza, quello di ragionevolezza, a sua volta ritenuto applicabile ai non cittadini.

¹⁸ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'articolo 3 della costituzione*, in *La costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 24 nota 19.

¹⁹ A. PACE, *Dai diritti del cittadino e i diritti fondamentali dell'uomo*, cit., 7 l'autore tuttavia ammette l'applicabilità del canone della razionalità/ragionevolezza anche nei confronti degli stranieri in quanto principio autonomo e distinto dal principio di uguaglianza in senso stretto.

²⁰ P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli accordi del parametro internazionale*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, 63.

Tuttavia, se l'interpretazione letterale della disposizione appare anche essere in linea con la previsione di cui all'art. 10 co. 2 Cost., appena esaminata che, regolando la condizione dello straniero, ne ammette *ab origine* la sua diversità rispetto a quella del cittadino, non è questa la lettura condivisa dalla dottrina maggioritaria.

Secondo tale indirizzo, l'applicabilità del principio di eguaglianza agli stranieri discende sia dalla sua configurabilità quale principio che informa l'intero ordinamento giuridico²¹, sia per «l'ampiezza delle proclamazioni ed assicurazioni dei diritti umani e delle libertà civili, che la vigente carta costituzionale in genere fornisce»²².

Il dibattito solo accennato ha trovato concreto riscontro nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale anch'essa si è interrogata, alla luce dei casi concreti sottoposti alla sua attenzione, sull'applicabilità o meno dell'art. 3 co. 1 Cost. agli stranieri²³.

In una prima fase, la Corte costituzionale si è orientata su una posizione intermedia tra quella volta a negare in senso assoluto il principio di eguaglianza agli stranieri, in virtù della formulazione testuale del principio, e quella che, trascurando il dato letterale, applica il suddetto principio ai medesimi²⁴.

Invero, la Corte applica l'art. 3 co. 1 agli stranieri, ma limitatamente alla tutela dei diritti fondamentali. Tale posizione emerge in primo luogo dalla sentenza n.

²¹ A.S. AGRÒ, *Articolo 3, 1 comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna, 1975, 127. In senso conforme all'estensione del principio di eguaglianza allo straniero v. C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella costituzione italiana*, in *Studi economico-giuridici*, Cedam, Padova, 1953, 14; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 205; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997, 168; E. GROSSO, *Straniero (status dello)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, vol. XV, Utet, Torino, 1999, 156 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, 224.

²² L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, cit., 207.

²³ Per un approfondimento v. A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *QG*, 2009, I, 87 ss.; M. C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *quaderni costituzionali*, 2010, III, 571 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012.

²⁴ F. CORVAJA, *Quanto eguali? Cittadini stranieri tra principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in G. P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e costituzione*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2019, 163.

120 del 1967²⁵, che riguardava il caso di un cittadino svizzero, che per aver commesso un reato veniva detenuto nelle carceri giudiziarie, dalle quali poteva essere liberato solo previo pagamento di una cauzione o malleveria ai sensi dell'art. 139 della legge doganale, condizione che non si applicava ai cittadini italiani.

La Corte nel valutare la legittimità della norma interna alla luce dei parametri di costituzionalità 2, 3.1, 10 Cost., afferma che *«se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali»* e nega la fondatezza della questione sull'assunto che: *«Diversa è, nella situazione in esame, la posizione dello straniero rispetto a quella del cittadino. Costui può, è vero, rendersi latitante o recarsi all'estero, se non ne viene legittimamente impedito, ma resta sempre soggetto alla sovranità dello Stato, alla osservanza delle sue leggi ed ai mezzi di coercizione che le leggi consentono, mentre lo straniero può abbandonare il paese dove ha commesso il reato e non sempre e non facilmente se ne può ottenere l'estradizione. E quindi ragionevole che, in taluni casi dei quali il legislatore valuta la gravità, la legge prescriva che sia mantenuta la detenzione se l'imputato straniero non presti cauzione»*²⁶.

Tuttavia, l'estensione del principio di eguaglianza, seppure limitato all'ambito dei diritti fondamentali, trova un immediato limite, che è quello derivante dalla diversa posizione assunta dallo straniero nei confronti dello stato ospitante, posizione che giustifica, secondo la Corte, la differenziazione di trattamento introdotta dalla norma penale.

Tale orientamento trova conferma nella sentenza n. 104 del 1969²⁷, che aderisce al principio enucleato nella decisione precedente secondo cui *«il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale»*, ritenendo ovvio che, *«per quanto attiene ai diritti inviolabili*

²⁵ Per un commento v. A. MELCHIONDA, *Dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 139 della legge doganale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, 289 ss.

²⁶ C. cost. 1967, n. 120, punto 2.

²⁷ Per un commento v. C. CHIOLA, *L'obbligo di segnalare la presenza dello straniero costituisce limite "ragionevole" alla libertà oppure prestazione personale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, II, 1569 ss.

della personalità, che rappresentano un minus rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino, la titolarità di quei diritti, comune al cittadino e allo straniero nell'ambito di quella sfera, non può non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza»²⁸.

Tuttavia, se in astratto è riconoscibile un'eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà, questo non esclude che, *«nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento»*.

Ne discende però che nel valutare tali differenze di fatto, la Corte, in definitiva, prende in considerazione la diversa posizione giuridica del non cittadino, creato quindi dallo stesso diritto e non da circostanze che sono riscontrabili nella realtà, nella «natura delle cose»²⁹. A titolo esemplificativo, infatti, sono qualificate come “differenze di fatto” quelle riguardanti, il domicilio – stabile e noto per il cittadino, e non esistente per lo straniero –, la residenza – fissabile in qualsiasi luogo e senza limiti di tempo, per il cittadino e condizionata al rilascio di determinate autorizzazioni e per un limitato periodo di tempo, per lo straniero –, il diritto a non essere allontanato dallo stato italiano – diritto esercitabile solo dal cittadino e negato per il non cittadino –.

La ragione della legittimità della disparità di trattamento discende, secondo l'interpretazione della Corte, dalla *«basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»*, ragione per cui dichiarerà infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata nel caso di specie³⁰.

²⁸ C. cost. 19 giugno 1969, n. 104.

²⁹ M. C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri* in *Quaderni costituzionali*, 2010, III, 574.

³⁰ C. cost. 19 giugno 1969, n. 104 *«Ne deriva che ogni indagine diretta ad accertare ove esuli si trovi nel territorio dello Stato, sia che si consegua con l'obbligo a lui imposto di denunciare ogni suo spostamento da Comune a Comune (art. 142 del testo unico legge di pubblica sicurezza) o con l'obbligo concorrente, ed eventualmente sostitutivo, imposto a chi lo alloggia o lo ospita di segnalare la sua presenza (artt. 1 e 2 decreto legislativo n. 50 del 1948) è legittima, perché fondata sulla necessità razionale di poter raggiungere lo straniero ovunque si trovi; e ciò non solo allo scopo di sottoporlo a controllo, ma anche di assicurargli nelle forme di assistenza che gli sono dovute, partecipandogli, ad esempio, informazioni e notizie urgenti con le quali le sue autorità consolari intendano raggiungerlo.*

Per tutte queste ragioni devono essere ritenute infondate anche le censure attinenti a pretese violazioni dei principi relativi all'eguaglianza di cui agli artt. 3, 2 e 10 della Costituzione».

Si rileva come la *ratio* giustificatrice della disparità di trattamento elaborata dalla Corte, formalmente basata sulle differenze di fatto, nella sostanza, invece, fondata su valutazioni giuridiche, è condivisa negli anni successivi.

Nella sentenza n. 62 del 1994³¹ si legge: «*l'essere il cittadino parte essenziale del popolo o, più precisamente, il "rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato" comporta in capo allo stesso il "diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo" e il diritto di non poterne essere allontanato per alcun motivo. Al contrario, la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano, conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano, dal momento che egli può "entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo determinato"»*³².

Ancora una volta, quindi, è la condizione giuridica dello straniero, quale non cittadino, che non può vantare alcun rapporto di natura originaria e “ontologica” con lo Stato ospitante, a costituire la giustificazione della disparità di trattamento.

A tal proposito, la dottrina ha sottolineato tale criticità, sostenendo che «Più che le “differenze di fatto”, la Corte ritiene significativi le “valutazioni giuridiche”, e sembra aprire le porte alla insoddisfacente conclusione che proprio il soggetto chiamato a non discriminare irragionevolmente tra cittadini e stranieri (lo Stato) sarebbe allo stesso tempo legittimato a determinare in che misura le loro condizioni sono davvero “diverse”»³³.

³¹ Per un commento a C. Cost 10 febbraio 1994, n. 62 v. P. BONETTI, *Tra interessi dello stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla c. costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, III, 2372 ss.

³² Il caso oggetto della pronuncia riguardava uno straniero che, condannato con sentenza in primo grado a sei anni di reclusione, chiedeva l'immediata espulsione nello Stato di appartenenza, in virtù di una norma che prevede solo nei riguardi degli stranieri sottoposti a custodia cautelare o condannati con sentenza passata in giudicato l'applicabilità della misura dell'espulsione dallo Stato italiano. «la posizione dello straniero si rivela del tutto peculiare e non comparabile, per l'aspetto considerato, con quella del cittadino, poiché l'espulsione è una misura riferibile unicamente allo straniero e in nessun caso estensibile al cittadino. A quest'ultimo, infatti, la Costituzione ha riservato, in relazione alle possibilità di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, una posizione assolutamente opposta, connotata da un generale status libertatis (art. 16, secondo comma, della Costituzione).

³³ M. LUCIANI, *Cittadini stranieri come titolari dei diritti fondamentali. Esperienza italiana*, in *RCDP*, 1992, 219.

Tale indirizzo muta a partire dal 2005, anno nel quale la Corte con la sentenza n. 432 del 2005³⁴ dichiara l'illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 32, primo comma, 35, primo comma e 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione, di una legge della Regione Lombardia³⁵ *«nella parte in cui non include i cittadini stranieri residenti nella regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili»*.

La Corte, dopo aver ribadito che la scelta legislativa *«di attribuire a determinate categorie di soggetti un diritto alla circolazione gratuita [...] non configuri in alcun modo una prestazione essenziale o minimale, né si presenti, ovviamente, come una scelta costituzionalmente obbligata»*³⁶, non essendo destinata, in sé, a soddisfare diritti fondamentali, *«non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria»*³⁷.

Secondo la Corte, invero, il requisito della cittadinanza può legittimamente concorrere a selezionare i beneficiari della misura assistenziale in ragione delle esigenze finanziarie, al pari di quello della residenza, ma se quest'ultimo può dirsi ragionevole, quello della cittadinanza – nel caso di specie –, costituisce una *«condizione ulteriore, ultronea ed incoerente, agli effetti di un ipotetico regime*

³⁴ Per un commento alla sentenza C. Cost, 28 novembre 2005, n. 432 v. G. BUCCI, L. PATRUNO, *Illegittimità costituzionale della norma regionale (Lombardia) che non include gli stranieri residenti fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui mezzi di trasporto pubblico*, in www.costituzionalismo.it; F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali?*, in *Rivista AIC*, 2020, VI; M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero alle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in www.forumcostituzionale.it; G. SOBRINO, *Leggi regionali e violazione del principio di uguaglianza. Le discriminazioni verso i non cittadini operate dalle leggi regionali*, in www.dirittiregionali.it, 2019, I, 1 ss.

³⁵ Art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1 (Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale), come modificato dall'art. 5, comma 7, della legge regionale 9 dicembre 2003, n. 25 (Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità).

³⁶ C. Cost, 28 novembre 2005, n. 432, Punto 5.1.

³⁷ C. Cost, 28 novembre 2005, n. 432, Punto 5.2.

differenziato rispetto ad una misura sociale che vede negli invalidi al 100% la categoria dei beneficiari»³⁸.

Approdi significativi sono stati raggiunti con questa decisione, non solo per l'estensione del principio di eguaglianza anche all'ambito dei diritti "non" fondamentali, quale è il godimento di una misura sociale, nei confronti degli stranieri³⁹, ma anche per la rilevanza autonoma conferita al principio di ragionevolezza, quale principio di valenza generale, che vincola il legislatore nell'attività legislativa. Quest'ultimo permette di rinvenire «nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale "causa giustificatrice", idonea a "spiegare", sul piano costituzionale, le "ragioni" poste a base della deroga»⁴⁰.

Conseguenza dell'interpretazione accolta dalla giurisprudenza costituzionale è il superamento del principio di eguaglianza in senso soggettivo, applicabile solo a determinati beneficiari, verso una concezione di eguaglianza in termini oggettivi, che informa l'intero ordinamento giuridico, applicandosi a tutti coloro che sono sottoposti alla sovranità dell'ordinamento costituzionale⁴¹.

*

³⁸ Ibidem.

³⁹ Per un approfondimento sulla questione dei diritti sociali per gli stranieri extracomunitari v. W. CHIARAMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 2013; Id. *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *DLRI*, 2008, 101 ss.; F. SCUTO, *Le regioni le regioni e l'accesso ai servizi sociali degli stranieri regolarmente soggiornanti e dei cittadini dell'unione*, in *DIC*, 2013, I, 56 ss.; C. CORSI, *Diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *federalismi* it, 2014, III, 2 ss.; A. LAMBERTI, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali degli stranieri*, in *Nomos*, 2022, II, 1 ss.; R. NUNIN, *I diritti sociali degli stranieri in alcune recenti decisioni della corte costituzionale*, in *RGL*, 2022, II, 101 ss.; P. BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *ADIR*, 2009, 1 ss. reperibile su <https://www.adir.unifi.it/odv/documenti/frontiere/bonetti.htm>; A. GUARISO, *L'infinito conflitto tra divieti di discriminazione e welfare "selettivo"*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020, 527 ss; M. FLAMINI, *La tutela giurisdizionale antidiscriminatoria nell'accesso ai diritti sociali degli stranieri*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020, 546 ss; E. LONGO, *Eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in *DIC*, 2022, II, 205 ss.; F. CORVAJA, *Stranieri e prestazioni di assistenza sociale: La corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, in *DIC*, 2019, III, 244; F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, V, 557 ss.; M. RANIERI, *La tutela assistenziale dei migranti*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI, *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 235 ss.; M.D. FERRARA, *Status degli stranieri e questioni di welfare tra diritti e inclusione sociale*, in *RDSS*, 2017, 265 ss.

⁴⁰ C. Cost, 28 novembre 2005, n. 432, Punto 5.2.

⁴¹ M. LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza, in *Rivista AIC*, 2016, I, 11.

È noto, poi, come tale principio abbia assunto molteplici connotati nell'elaborazione sia dottrinale che giurisprudenziale e la sua concettualizzazione abbia raggiunto una tale complessità che non è consentito illustrare esaustivamente in questa sede⁴², ma sono state individuate tre categorie per classificare il principio di eguaglianza⁴³.

In primo luogo, è stato concepito come divieto di discriminazione in relazione ai fattori espressamente indicati dall'art. 3 co. 1 Cost. Ne discende che a fronte di una differenziazione nel trattamento in relazione al «sesso, razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» vi è una presunzione di illegittimità costituzionale e la disposizione che prescrive tale trattamento sarà soggetta ad uno scrutinio di costituzionalità particolarmente rigoroso⁴⁴.

Tuttavia, è stata forse più frequente l'applicazione del principio in esame, concepito come obbligo positivo di trattare situazioni eguali in modo eguale. Il principio di eguaglianza così concepito estende il suo raggio di applicazione,

⁴² Per una bibliografia essenziale sul principio di eguaglianza e ragionevolezza v. L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. Cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, 519 ss.; Id. *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1997, 899 ss.; Id. *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965; M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, I, 191 ss.; R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia, Lezione tenuta al Palazzo della Consulta nel corso della SSM di giustizia costituzionale - 30 maggio 2023* reperibile su <https://www.robertobin.it/ARTICOLI/Ragionevolezza%20e%20eguaglianza.pdf>; A. RUGGIERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Costituzionalismo.it*, 2006, II, 1 ss.; CORTE COSTITUZIONALE. SERVIZIO STUDI, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee*, Roma, 25-26 ottobre 2013; P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016; Id., *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *RGL*, 2008, IV, 481 ss.; G. VETTORI, *I principi, le parole e la dogmatica. Effettività, ragionevolezza, proporzionalità*, in *Ars interpretandi*, 2021, II, 89 ss.; AA.VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà. Bilancio di vent'anni di attività*, il Mulino, Bologna, 1978, 87 ss.; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma palazzo della Consulta 13-14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Relazione per la Conferenza trilaterale delle corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013*; A. SUPLOT, *Principi di eguaglianza e i limiti della razionalità giuridica*, in *LD*, 1992, II, 216 ss.; R. GUASTINI, *La grammatica di "eguaglianza"*, in *LD*, 1992, II, 205 ss.; P. COMANDUCCI, *Su «eguaglianza»*, in *LD*, 1992, IV, 589 ss.

⁴³ Così lo classificano M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, cit., I, 192 -194.

⁴⁴ Secondo la dottrina M. LOSANNA, «*Stranieri*» e principio costituzionale di uguaglianza, cit., 24 tale significato assunto dal principio di eguaglianza potrebbe svelare importanti applicazioni, anche in ragione della formulazione dei fattori di rischio quali "condizioni sociali" che si prestano ad una lettura elastica, volta ad includere situazioni di diseguaglianza, piuttosto che ad escluderle.

oltre i divieti di discriminazione, enucleati nell'art. 3 co. 1, vietando la discriminazione rispetto a qualsiasi profilo rilevante⁴⁵.

Proprio in riferimento a questo significato, la Corte ha legittimato la disparità di trattamento in ragione delle circostanze di fatto, che, nell'ottica del Giudice delle leggi, sono idonee ad escludere l'eguaglianza di due situazioni; ipotesi che si è verificata in relazione al mancato possesso della cittadinanza⁴⁶.

Sul punto si realizza un effetto paradossale, da un lato la stessa Corte, riferendosi espressamente alle situazioni di fatto, dovrebbe escludere da queste la cittadinanza, in quanto condizione giuridica, prodotto di una scelta politica; dall'altro, ammette talvolta, la ragionevolezza della disparità di trattamento proprio in riferimento alla cittadinanza stessa, assumendo quest'ultima criterio valido di differenziazione. In relazione a ciò, il possesso o meno della cittadinanza sottenderebbe da un lato, l'assenza di un legame originario e duraturo con il paese ospitante, e dall'altro, la presenza di un legame con il paese di origine⁴⁷. Invero, la mancata appartenenza al popolo italiano, nell'ottica della Corte, denoterebbe l'inesistenza di un legame di ordine sociale, economico, politico, con lo stato italiano e l'esistenza di diritti e di obblighi che collegano lo straniero con il paese di origine, qualificando il non cittadino come soggetto "diverso"⁴⁸. Interpretazione che solleva le criticità, di cui si è fatto cenno⁴⁹.

⁴⁵ M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, cit., 193.

⁴⁶ Si veda ad esempio C. Cost. n. 144 del 1970 nella quale la Corte respinge i dubbi di costituzionalità in relazione alla disposizione del secondo la quale chiunque assuma le proprie dipendenze uno straniero ha l'obbligo di comunicare entro le 24 ore le generalità alle autorità locali di pubblica sicurezza. In tale contesto la differenza di fatto che legittima la disparità di trattamento viene individuata nella necessità di autorizzare all'ingresso sul territorio nazionale al fine di lavoro lo straniero, autorizzazione che non è richiesta ai lavoratori cittadini, i quali hanno anche la priorità nell'accesso al lavoro rispetto agli stranieri; o C. cost. ordinanza 232 del 2001, che afferma l'eterogeneità della situazione di parentela che coinvolge il parente convivente straniero di uno straniero, rispetto a quello di un cittadino italiano.

⁴⁷ M. LOSANA, «*Stranieri*» e principio costituzionale di uguaglianza, cit., 17-18.

⁴⁸ M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, cit., 180-181.

⁴⁹ Ad ogni modo si sottolinea, come si accennava, l'illogicità dell'assumere quale criterio distintivo la cittadinanza, prodotta dallo stesso legislatore in capo a cui sorge l'obbligo di eguaglianza. Così B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, 29-30 anche la «giurisprudenza della Corte non sfugge al rischio di tautologia: la legge può ragionevolmente trattare diversamente stranieri e cittadini se sono diversi, ma per dimostrare questa diversità si ricorre alle categorie costruite dalla legge (quindi, sono diversi non di fatto ma di diritto, perché la legge li ha definiti diversamente)».

Da ultimo, ulteriore significato attribuibile all'art. 3 Cost. è il principio di ragionevolezza, che «non richiede solo la non discriminazione fra i soggetti, come il principio di uguaglianza, ma anche la non discriminazione fra le situazioni, o i casi, di cui gli stessi soggetti sono l'elemento»⁵⁰.

In altre parole, il principio di ragionevolezza impedisce al legislatore di introdurre trattamenti differenziati irragionevoli, principio che verrà esaminato più approfonditamente in seguito (v. Para. 5).

4. Il fattore della cittadinanza nel rapporto di lavoro

Il rilievo della cittadinanza, quale criterio di differenziazione del trattamento posto in essere dal legislatore, ha assunto un peso sempre più minore a fronte dell'evoluzione giurisprudenziale sull'art. 3 Cost. La graduale estensione del trattamento previsto per il cittadino anche al non cittadino ha – nei fatti – comportato una sostanziale assimilazione tra le due situazioni, tanto che oggi allo straniero sono riconosciuti, oltre che i diritti fondamentali applicabili ad ogni persona in quanto tale, anche i diritti sociali e le libertà.

La progressiva equiparazione dei due soggetti trova la massima espressione nel rapporto di lavoro, dove la rilevanza dello *status* di non cittadino si annulla a fronte della configurazione dello stesso quale lavoratore, in virtù dei divieti di discriminazione e del principio di parità di trattamento tra lavoratori italiani e stranieri.

Come è noto, il trattamento riconosciuto ai lavoratori non può subire una disparità in assenza di una giustificazione e, *a fortiori*, se è determinato in considerazione dei fattori di rischio in relazione ai quali ogni differenziazione è vietata.

⁵⁰ M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, cit., 196. Secondo l'a. i due principi sono legati tra loro diacronicamente e sincronicamente: «diacronicamente, il principio di ragionevolezza può ricavarsi per astratto dal principio di eguaglianza, come il principio di eguaglianza può ricavarsi per specificazione dal principio di ragionevolezza; sincronicamente, si può scegliere fra esercitare il controllo a un livello di astrazione minore o maggiore: controllando solo se la legge discrimini fra soggetti, oppure controllando se essa discrimini fra interi casi, trattandone ugualmente di diversi o diversamente di e uguali». Ribadisce che i due principi, sebbene molto spesso non distinti dalla corte cost., sono profondamente diversi, non solo per la loro origine – espressa, ricavata dall'art. 3 co. 1 per il principio di eguaglianza; inespressa, ricavata per astrazione per il principio di ragionevolezza –, ma anche per la finalità, il principio di eguaglianza reagisce alle discriminazioni intollerabili, il principio di ragionevolezza esprime un'idea di giustizia.

Il sistema di fonti che regola i divieti di discriminazioni sul rapporto di lavoro è, come noto, multilivello, nel quale emerge, tra i fattori di rischio, anche quello della nazionalità/cittadinanza⁵¹.

In primo luogo, opera il principio di parità di trattamento tra lavoratori a livello internazionale, in quanto sancito dall'art. 10 conv. Oil 143/1975, ratificata dall'Italia con la legge 158 del 1981⁵².

Il divieto di discriminazione trova inoltre espresso riconoscimento nella Cedu all'art. 14, secondo il quale «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione», esplicitando in particolare quelle fondate in particolare quelle fondate sull'origine nazionale⁵³.

In ambito europeo, i divieti di discriminazione hanno conosciuto un rapido sviluppo, realizzato grazie alla espressa attribuzione all'Ue della competenza di combattere le discriminazioni⁵⁴.

⁵¹ Per un approfondimento v. M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, 85 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *DLRI*, 1994, 63, 481 ss. Si è consapevoli che il termine cittadinanza può essere concepito separatamente da quello della nazionalità, v. ad esempio M. T. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, cit., 481 ss. Secondo l'A. esistono quattro modelli per ricostruire il rapporto nazione-stato-cittadinanza: nei primi due vi è coincidenza tra stato e nazione e dunque tra cittadinanza e nazionalità; nei secondi due, non vi è coincidenza. L'A. inquadra l'ordinamento italiano nella categoria secondo cui la nazione e «la nazione non coincide con lo stato; dalla non coincidenza tra nazione e stato discende la non coincidenza tra cittadinanza e nazionalità. Cittadinanza diviene allora termine relativo allo stato, in quanto soggetto di diritto internazionale; nazionalità si riferisce invece ad una comunità o ad un popolo che ha radici comuni in termini di lingua, cultura, razza, ecc.».

Tuttavia, nella presente trattazione si concepiscono la nazionalità e la cittadinanza come sinonimi, da intendersi come nella loro accezione negativa come condizioni giuridiche derivanti dal mancato possesso della nazionalità italiana e dal mancato possesso della cittadinanza italiana, e nella accezione positiva come appartenenza ad un paese extracomunitario.

⁵² Articolo 10 Conv. Oil 143/1975 «Ogni Membro per il quale la convenzione sia in vigore s'impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio».

⁵³ A cui si aggiungono quelle su: il sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

⁵⁴ Con il Trattato di Amsterdam del 1997, l'Unione europea si pone l'obiettivo di combattere esplicitamente le discriminazioni e inserisce nel Trattato CE una nuova clausola che delega il Consiglio ad adottare i provvedimenti opportuni in tal senso (art. 13, ora art. 19 nel TFUE). Invero, in virtù dell'art. 19 TFUE l'Ue può esercitare la propria competenza adottando provvedimenti volti a contrastare le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, tra cui non compare la nazionalità.

La tutela contro le discriminazioni, in particolare quelle riguardanti la nazionalità, è stata sancita sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che espressamente individua tra i fattori di rischio la cittadinanza⁵⁵, sia all'art. 18 TFUE.

Tuttavia, la portata del suddetto divieto in riferimento alla cittadinanza è ridimensionata alla luce delle c.d. direttive di seconda generazione⁵⁶, le quali non individuano espressamente tra i fattori di rischio quello della nazionalità, facendo riferimento solo alla razza e all'origine etnica⁵⁷. Invero, sia la direttiva 2000/43/CE sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, sia la dir. 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, attuate rispettivamente con i decreti legislativi nm. 215 e 216 del 2003, escludono dal loro ambito di applicazione i divieti di discriminazione sulla base della nazionalità/cittadinanza⁵⁸.

⁵⁵ Art. 21 co 2. «Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi».

⁵⁶ Le c.d. direttive di seconda generazione in materia di discriminazione sono: la dir. 2000/43/CE, volta a realizzare il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la dir. 2002/73/CE relativa alle discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale; la dir. 2004/113/CE attuativa del principio dell'uguaglianza di donne e uomini nell'accesso ai beni e servizi e alla loro fornitura; la dir. 2006/54/CE attuativa del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego; la dir. 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la dir. 2010/41/UE il cui campo di applicazione è specificamente indirizzato al lavoro autonomo, seppure limitato alle discriminazioni sulla base del sesso (che abroga la direttiva 86/613/CEE del Consiglio).

Sul tema v. P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 2002, I, 75 ss.; M. BELL, L. WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *DLRI*, 2003, 3-4, p. 373 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 2004, III-IV, 501 ss.; M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione continuità*, Giuffrè, 2007; Id. *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario* in *DLRI*, 2003, 99-100, 399 ss.; G. ARRIGO, *Uguaglianza, parità e non discriminazione nel diritto dell'unione europea*, in *RGL*, 2016, II, 457 ss.; M. RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

⁵⁷ I quali si ritengono tuttavia collegati alla nazionalità, perché quest'ultima include sia l'appartenenza ad uno stato, sia l'appartenenza ad una comunità storico-culturale, v. M.V. BALLESTRERO, *Il lavoro subordinato e discriminazione basata sulla cittadinanza*, cit., 485. Inoltre, è doveroso precisare che l'Ue ha imposto dei vincoli alla parità di trattamento nelle direttive che si occupano specificatamente di alcune tipologie di permessi di soggiorno quali per esempio la direttiva relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti lungo periodo direttiva 2003/109 CE (in particolare all'art. 11).

⁵⁸ Sul tema v. M. ACIERNO, *La tutela delle discriminazioni nel d.lgs. 215/2003*, in *DIC*, 2004, III, 43 ss.

In aggiunta l'art. 3 c. 2 del decreto legislativo di attuazione della prima direttiva sancisce sul punto che: «Il presente decreto legislativo non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti». Pertanto, tale disposizione sembra legittimare le discriminazioni operate dal legislatore italiano in virtù della condizione giuridica degli stranieri, depotenziando la tutela antidiscriminatoria.

Tale norma sebbene ampiamente criticata dalla dottrina⁵⁹ deve essere letta alla luce della *ratio* che esclude dalla competenza dell'Unione europea la regolazione delle politiche riguardanti l'ingresso e il soggiorno dei cittadini di paesi terzi, materia di sovranità degli Stati membri. Tale ragione è confermata anche dalla giurisprudenza di merito che ha ribadito come l'ammissibilità in linea teorica delle differenze di trattamento fondate sulla nazionalità si giustifica in relazione al fatto che non si voleva introdurre surrettiziamente con tale previsione una disciplina comunitaria dell'immigrazione, ambito di competenza di ciascuno stato membro⁶⁰.

Ad attenuare la previsione che esclude il divieto di discriminazione fondato sulla cittadinanza è la disciplina interna.

In primis, l'art. 15 co. 2 dello Statuto dei lavoratori dispone la nullità di patti o atti diretti a «fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età, di nazionalità o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali».

Inoltre, il principio di parità di trattamento ed eguaglianza in relazione alla nazionalità/cittadinanza è sancito espressamente nel Testo Unico

⁵⁹ P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit.; M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit.; B. VENEZIANI, *Il «popolo» degli immigrati e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, Bari, 2007, 383 ss.

⁶⁰ In questo senso anche App. Milano, 15 maggio 2018, per cui: «la previsione dell'art. 3 co. 2 D. Lgs 215/2003 [...] [è] una disposizione di carattere generale diretta a delimitare, sulla base della previsione della direttiva da cui deriva (art. 3 co.2 Direttiva 2000/43/CE), il campo di applicazione dell'intervento normativo allo scopo di riservare allo Stato la regolazione sostanziale del trattamento dello straniero».

sull'Immigrazione, che, all'art. 2 co. 3, garantisce «a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani»⁶¹ e prevede esplicitamente il fattore di discriminazione della cittadinanza all'art. 43 co. 2 lett. e) del TUI, secondo il quale è vietato al datore di lavoro compiere «qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza»⁶².

In definitiva, la cittadinanza/nazionalità costituisce un fattore di discriminazione, che deve essere preso in considerazione per valutare i comportamenti datoriali. A ciò si deve aggiungere che l'art. 3 co. 2 del Dlgs 215 del 2003, che ammette la discriminazione per motivi di cittadinanza promossa dal legislatore, è solo in apparente contrasto con la disposizione appena citata del TUI (art. 43 co. 2 lett. e), in quanto il decreto di attuazione della direttiva fa salvo quanto previsto dall'articolo 43, commi 1 e 2, del TUI sulla condizione dello straniero⁶³. Sebbene

⁶¹ Interessante la affermazione di M. MILITELLO, *La tutela contro le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI, *Migranti e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2020, 155, secondo la quale il principio di parità di trattamento essendo riservato per espressa formulazione della legge al lavoratore regolarmente soggiornante, imporrebbe di considerare che il momento esatto in cui sorge tale diritto sia quello successivo all'instaurazione del rapporto di lavoro. Tuttavia, sia la Corte costituzionale, che la Corte di giustizia (caso Feryn) hanno ammesso la parità di trattamento anche nella fase di accesso al lavoro estendendola quindi anche alle politiche di assunzione. Se dunque il regolare ingresso «non è sufficiente a ottenere la condizione di regolarmente soggiornante, esso è tuttavia sufficiente a garantire la parità di trattamento nell'accesso al lavoro, che sorge quando lo straniero abbia titolo a soggiornare nel territorio italiano, ancora prima di aver ottenuto il permesso di soggiorno, a patto però che non versi una condizione per la quale potrebbe essere espulso». Quest'interpretazione conferma la tesi per cui il divieto di discriminazione vige proprio in riferimento al soggetto in quanto lavoratore o potenziale lavoratore, non rilevando quindi la circostanza per cui il soggetto non sia ancora entrato nel rapporto di lavoro.

⁶² Art. 43 Divieto di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, al co. 2 lett. e) «il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa».

⁶³ Art. 2 co. 2 Dlgs 215/2003 «2. E' fatto salvo il disposto dell'articolo 43, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, di seguito denominato: «testo unico».

la dottrina abbia evidenziato le difficoltà che possono derivare dal tentativo di coordinare le due disposizioni esaminate⁶⁴, si ritiene ad ogni modo applicabile il divieto di discriminazione per motivi di cittadinanza agli stranieri, interpretando quindi la disposizione di cui all'art. 3 co. 2 Dlgs 215/2003, quale mero corollario della riserva di competenza lasciata agli Stati membri nella regolazione della condizione giuridica dello straniero extracomunitario⁶⁵.

Il legislatore italiano, sfruttando tale competenza, ha introdotto alcune disparità di trattamento tra cittadini e non – si veda ad esempio il caso dei diritti sociali – , senza però ammettere differenziazioni sul piano del rapporto di lavoro. In quest'ambito, come è stato sottolineato, sia l'art. 15 SL, sia l'art. 2 co. 3 TUI, vietano al datore di lavoro di realizzare discriminazioni sulla base della cittadinanza. Così, per il legislatore, lo straniero – nel momento in cui entra nel rapporto di lavoro – perde la sua qualifica di “non cittadino”, assumendo rilevanza solo quella di “lavoratore”.

5. La dubbia ragionevolezza del principio di parità di trattamento in riferimento al licenziamento ingiustificato

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, che richiamano un divieto di discriminazione tra lavoratori in relazione alla cittadinanza, occorre domandarsi se la disegualianza, che si crea per effetto dell'esercizio del potere di recesso nei confronti del lavoratore straniero rispetto a quello italiano, possa costituire una discriminazione e se, in caso di risposta affermativa, possa essere scriminata sulla base della ragionevolezza della stessa.

Se gli effetti ultronei e maggiormente lesivi che si producono verso il lavoratore straniero appaiono riconducibili ad una discriminazione indiretta, in quanto il potere di recesso sembra produrre effetti differenziati, che colpiscono più duramente i lavoratori di provenienza da Stati extracomunitari, senza prendere

⁶⁴ M. MILITELLO, *La tutela contro le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, cit., 162.

⁶⁵ Inoltre, M. MILITELLO, *La tutela contro le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, cit., ha sottolineato che le discriminazioni agiscono anche per una pluralità di fattori, comportando che la discriminazione sulla base della nazionalità ben possa essere ricondotta a quella per motivi razziali o per l'origine etnica, identificata quest'ultima dalla comunanza di un determinato gruppo sociale in relazione ad una pluralità di fattori, quali la nazionalità, la lingua la fede religiosa. Inoltre, la natura meramente esemplificativa dell'elenco dei fattori di rischio dovrebbe quindi ridimensionare la portata dell'esclusione della nazionalità tra i fattori citati.

direttamente in considerazione il fattore di rischio della cittadinanza; dall'altro, a ben vedere, la discriminazione posta in essere dal datore di lavoro non origina dalle modalità dell'esercizio del suo potere e per tale ragione, la dimensione del rapporto di lavoro non appare quella idonea ad indagare tale disegualianza⁶⁶.

Infatti, sia che lo stesso eserciti il potere di recesso in modo legittimo, sia che lo faccia in modo illegittimo, l'effetto discriminatorio si realizza ugualmente sul lavoratore extracomunitario. Ne deriva che l'utilizzo dei divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro non possono arginare l'effetto pregiudizievole creato, comportando con ciò la necessità di spostare l'attenzione su un altro piano per comprendere la discriminazione, quello normativo.

La regolazione della condizione dello straniero realizza la discriminazione, introducendo una serie di requisiti per l'ingresso e il soggiorno dello stesso. Questi sono giustificati dalla *«basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»*⁶⁷ e legittimano tale disparità, che si riflette anche sul rapporto di lavoro, che diviene una condizione per la permanenza del lavoratore extracomunitario.

Questa differenza tra la condizione giuridica del non cittadino e del cittadino ha effetti evidenti sul rapporto di lavoro, che rende quindi incomparabili le due situazioni.

Allora sorge l'interrogativo: è ragionevole trattare in modo eguale situazioni che sono profondamente diverse?

⁶⁶ Inoltre, riflettere sulla ragionevolezza della discriminazione derivante dall'esercizio del potere di recesso – nella dimensione quindi del rapporto di lavoro - implicherebbe ragionare sul bilanciamento sotteso all'operazione che vede contrapporsi da un lato, la libertà del datore di lavoro di recedere da un contratto, in presenza di cause che glielo consentono, determinando con ciò la precarietà del soggiorno del lavoratore in ragione delle norme sull'immigrazione; dall'altro, tutelare il principio di eguaglianza che impone di trattare situazioni analoghe in modo eguale. Negare la ragionevolezza della disparità di trattamento significherebbe, in primo luogo, violare la libertà del datore di lavoro, bene anche esso tutelato dalla Costituzione all'art. 41, introducendo quindi un limite alla libertà di recesso del datore di lavoro nei confronti del lavoratore straniero e scatenando una serie di conseguenze (prima tra le quali un effetto anticoncorrenziale che disincentiverebbe in assoluto la assunzione di lavoratori stranieri); in secondo luogo, significherebbe sconfessare la portata del dettato costituzionale ex art. 10 co. 2 Cost. che attribuisce una completa discrezionalità al legislatore nella determinazione delle condizioni che determinano il soggiorno del lavoratore straniero. Ne deriva quindi, che - anche se con un ragionamento a contrario- si deve ammettere la ragionevolezza della disparità di trattamento.

⁶⁷ C. cost. 19 giugno 1969, n. 104.

Come visto, la normativa giuslavorista ha introdotto un divieto di discriminazione in base alla nazionalità/cittadinanza, vietando così di differenziare il trattamento previsto per i lavoratori in virtù del mancato possesso della cittadinanza. Effetto di tale norma è quindi la completa svalutazione della condizione giuridica di straniero sul rapporto di lavoro, condizione che però parallelamente permane in altri ambiti (prestazioni assistenziali, sociali, accesso ai servizi...) durante tutto il periodo di soggiorno del lavoratore. Nonostante l'impossibilità di eliminare lo *status* di non cittadino, la normativa giuslavoristica ignora tali differenze e rende "invisibile" tale condizione.

Si ripropone così l'interrogativo che si era sollevato precedentemente, ossia se sia ragionevole, proprio in virtù delle differenze giuridiche esistenti, derivanti dal mancato possesso della cittadinanza, applicare un trattamento eguale a quello applicabile ai lavoratori cittadini.

Il principio di eguaglianza, infatti, non prescrive solo di trattare in modo eguale situazioni eguali, ma vieta anche di trattare in modo eguale situazioni che sono diverse tra di loro, salvo il limite della ragionevolezza.

È dunque da quest'ultimo che bisogna iniziare.

*

Storicamente, il principio della ragionevolezza era concepito quale corollario di quello di eguaglianza⁶⁸.

L'intrinseca connessione tra eguaglianza e ragionevolezza, così da concepirli come due aspetti di un super principio eguaglianza–ragionevolezza, venne sviluppata dalla dottrina valorizzando la portata essenzialmente relazionale e dinamica del principio di eguaglianza. Così il sindacato in riferimento all'art. 3 Cost. necessitava, secondo tale dottrina, di una norma quale *tertium comparationis* volta a valutare la ragionevolezza del paragone, comportando così l'effetto di ricondurre sotto l'ala del principio di eguaglianza quello di ragionevolezza, arginandone la trasformazione dal controllo di legittimità in controllo di merito⁶⁹.

Invero, il principio di ragionevolezza si è sempre scontrato con la natura politica dell'operazione volta a sindacare una disposizione di legge, come stabilito dalla stessa Corte, secondo cui «la valutazione della rilevanza delle diversità di

⁶⁸ M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, cit., 194.

⁶⁹ Ibidem.

situazioni in cui si trovano i soggetti nei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore...Ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate, implicherebbe valutazione di natura politica, o, quantomeno, un sindacato per l'uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte costituzionale non spetta esercitare»⁷⁰.

Tuttavia, a partire dagli anni 70, il principio di ragionevolezza assunse sempre di più una propria fisionomia, fino a distaccarsi completamente da quello di eguaglianza, e da assurgere a principio autonomo⁷¹. Come ha sottolineato la dottrina, il sindacato d'eguaglianza condotto alla stregua dell'art. 3 Cost., e in origine ritenuto il solo parametro per sindacare la ragionevolezza della norma, si è successivamente evoluto fino a «riconoscere a qualsiasi norma-principio della Costituzione, in particolare quelle relative al riconoscimento e alla garanzia dei diritti costituzionali, la possibilità di dare vita ad un giudizio imperniato sull'uso di categorie come “giustificatezza”, “non-arbitrarietà”, “razionalità”»⁷². In altre parole, il principio di ragionevolezza assume non solo la funzione deputata al controllo di un trattamento differenziato, ma anche quella di «bilanciare e di valutare la legittimità costituzionale dei limiti legislativi imposti ai più vari diritti fondamentali»⁷³.

Se quindi oggi a tale principio è attribuito un significato autonomo, la sua ampia applicazione da parte della Corte costituzionale, non ha contribuito ad una sua

⁷⁰ C. Cost. 22 gennaio 1957, n. 28.

⁷¹ P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13-14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 22, sottolinea che ben presto però la Corte aprì a sé stessa la strada come giudice della non arbitrarietà delle leggi. A dimostrazione di ciò, la sentenza C. cost. n. 46/1959 stabilisce che «Non si può, infatti, sostenere che la disciplina particolare dei livelli nelle province del Veneto e del Friuli sia sfornita di qualsiasi giustificazione...Accertata questa idonea ragione della legge, ogni altra critica non può avere qui ingresso».

⁷² O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, VI, 3925 ss.

⁷³ L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 164. Ricorda anche come tale principio risenta della variabilità dei casi sottoposti alla Corte, oltre che alla variabilità dei parametri. A dimostrazione di ciò, la dottrina evidenzia come tale discorso si complicherebbe se si volgesse lo sguardo al di fuori dell'art. 3 Cost. per considerare «gli interessi o i valori sottesi rispetto alle più varie previsioni costituzionali, che richiedano di esser soppesati e bilanciati a vicenda, malgrado la Costituzione non ne tratti in modo espresso».

definizione. E infatti tutta la dottrina è concorde nel ritenere inesistente un significato univoco da conferire al principio in esame⁷⁴, seppure abbia tentato di classificare in vario modo le funzioni dello stesso⁷⁵.

Tuttavia, a costituire oggetto di attenzione per la trattazione in esame è la ragionevolezza quale predicato di una differenziazione introdotta dal legislatore

⁷⁴ Secondo R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, cit., la «ragionevolezza è stata coniugata di volta in volta con i concetti di razionalità, proporzionalità, equità, congruità, coerenza e, ovviamente, eguaglianza, alimentando le analisi teoriche con fiumi di giurisprudenza, prodotta soprattutto dalle corti costituzionali».

⁷⁵ Tra questi, emerge la classificazione proposta da G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012. Vedi anche G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 179 ss. che, pur insistendo sull'impossibilità di categorizzare la ragionevolezza, data la molteplicità di significati molto diversi tra loro forniti dalla Corte, ne ripropone una definizione espressa nel suo manuale di Giustizia Costituzionale. Secondo tale concezione, la ragionevolezza afferisce ad uno degli elementi che costituiscono il concetto di «non arbitrarietà della legge», che «è la prima e più grave manifestazione della sua invalidità, alla quale si oppongono le forze e il diritto, in primo luogo le forze e il diritto costituzionale». Le categorie proposte nell'ambito il concetto generico di non arbitrarietà della legge sono quelle della razionalità, della ragionevolezza e della giustizia. La prima «riguarda la coerenza; la seconda la congruenza; la terza, l'appropriatezza. Sono nozioni contigue, dai confini incerti. Ma ognuno di esse mostra un aspetto di un'unica deviazione da ciò che il diritto deve essere». La irrazionalità è «la rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento giuridico»; la giustizia appartiene a «una sfera di valore prepositiva, la rispondenza alla quale si considera condizione necessaria della legittimità dell'ordinamento positivo». Ne deriva che vi è ingiustizia quando «tra la dimensione materiale prepositiva del diritto e quella formalizzata nella Costituzione si crea uno iato o una frattura non ricomposti attraverso adeguamenti costituzionali». In tale situazione, le esigenze di giustizia emergono e si immettono come criterio di giudizio di ultima istanza, nel diritto positivo.

Infine, la ragionevolezza indica un'esigenza materiale, che tiene conto dell'ambiente giuridico entro il quale la legge deve dispiegarsi. Secondo l'autore, la legge può dirsi dunque ragionevole quando si muove entro la cornice costituzionale, che a sua volta determina un insieme di combinazioni e composizione di prescrizioni costituzionali di valore, che creano un mondo plurale all'interno del quale «deve esserci spazio per molte cose». Nel valutare la ragionevolezza della legge bisogna effettivamente verificare se la legge operi all'interno di quell'ambiente giuridico senza contraddirlo alterarlo.

In altre parole, secondo L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di) (voce)*, cit., 906, per Zagrebelsky il controllo di «ragionevolezza» in senso stretto tende ad accertare l'«adeguatezza a un valore di giustizia».

Secondo L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di) (voce)*, cit., 906, sarebbe più confacente classificare le funzioni del parametro costituzionale impiegato dalla Corte costituzionale in due categorie: in primo luogo, le tecniche di controllo operate dalla corte volte a verificare «la ragionevolezza interna delle leggi, rispetto alla ratio legis o alla complessiva ratio iuris», ricostruendo la ragionevolezza come un «canone di coerenza», espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni; in secondo luogo, il sindacato sul rispetto di determinati principi o valori o esigenze di ordine costituzionale, che impongono valutazioni pertinenti alla ragionevolezza. In tale ultimo caso, la ragionevolezza può assumere norma parametro quando, raffrontandola alla norma oggetto, costituisce il criterio per sindacare il bilanciamento tra due o più valori costituzionalmente sanciti.

Conseguenza della rilevanza autonoma del principio di ragionevolezza nell'ambito del sindacato di legittimità costituzionale è il superamento della struttura ternaria del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza, che quando assume la funzione di sindacare la arbitrarietà della legge, viene posto in una struttura binaria, nel quale i termini di riferimento sono lo stesso principio – che assurge anche da norma parametro – e la norma oggetto, presunta irragionevole.

valutata all'interno di un giudizio di conformità al principio di eguaglianza⁷⁶, al fine di applicare tale criterio alla regola che prescrive la parità di trattamento tra lavoratori stranieri e italiani.

Il giudizio sull'eguaglianza-ragionevolezza, secondo la ricostruzione fornita da Gino Scaccia⁷⁷, si articola in diversi passaggi argomentativi: in primo luogo, nell'accertamento dell'esistenza di una disparità irragionevole di trattamento, verificando l'omogeneità delle situazioni poste a raffronto; in seconda battuta, occorre prendere in considerazione la norma assunta come *tertium comparationis* al fine di ricostruirne la *ratio*, per raffrontarla infine con la norma oggetto del giudizio⁷⁸.

⁷⁶ Il giudizio di ragionevolezza-eguaglianza, con cui la Corte accerta la violazione del principio di eguaglianza, si differenzia da quello di eguaglianza, quale divieto di discriminazione, come ben evidenzia P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, cit., 108. Secondo l'A. nel primo caso, il giudice «deve verificare se i trattamenti differenziati riservati a diverse categorie di soggetti o di situazioni siano ragionevoli, nell'ottica degli obiettivi che il legislatore intende realizzare con un determinato provvedimento legislativo». Nel secondo caso, a fronte di una disposizione che individua un divieto di discriminazione «il giudice o accerta semplicemente la discriminazione, attraverso la complessa struttura processuale e probatoria disposta da ciascun ordinamento, oppure verifica l'esistenza di giustificazioni eventualmente previste». Inoltre, si segnala come nel giudizio sulla discriminazione le differenziazioni normative «che causano dei pregiudizi nei confronti di gruppi inclusi nelle classificazioni delle norme antidiscriminatorie, sono sottoposte ad un giudizio severo o "strict"». Infatti, in questo tipo di giudizio «non si accetta qualunque obiettivo come legittimo, in vista della giustificazione della differenza di trattamento, ma deve trattarsi di ragioni molto forti».

⁷⁷ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 49 ss.

⁷⁸ C. CORAGGIO, *Le declinazioni del giudizio di ragionevolezza dinanzi alla corte costituzionale*, Tesi di dottorato, 2010/2011, 14.

Articolazioni diverse sono state adottate da C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, 1973, 1580 citato da P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 30-31 che traccia uno schema degli elementi che compongono la ragionevolezza che sono: la corrispondenza, «in base al quale gli ricorso ai contesti umani per costruire la norma da controllare deve essere effettuato nei limiti in cui tale ricorso è imposto sia dalla legge controllata che dalle prescrizioni costituzionali»; il giudizio sulle finalità, che valuta la riconduzione del fine della legge a quello costituzionale prevalente; il giudizio di pertinenza che valuta i mezzi normativi assunti nel perseguire una finalità; il giudizio di congruità che controlla l'idoneità dei mezzi scelti dal legislatore per raggiungere i fini costituzionali; la coerenza che valuta la rispondenza tra la legge e la sua ratio; l'evidenza che è il canale attraverso cui vengono valutati i contenuti esterni per il controllo della erroneità della legge e infine la motivazione. Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13-14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 260 in una prima fase «la Corte costituzionale si limita a valutare se due soggetti, oggetti, fatti, situazioni eguali (come ben noto, i principi di eguaglianza trova applicazione non solo le persone fisiche, ma anche agli oggetti, ai fatti, alle situazioni, agli istituti giuridici, secondo un condivisibile processo di astrazione) siano trattati egualmente o diversamente e conclude per l'eventuale illegittimità del trattamento diverso; oppure verifica se siano trattati egualmente soggetti, oggetti, fatti, situazioni diversi». In un secondo stadio, la Corte ripercorre «le valutazioni effettuate dal legislatore, controllando se l'elemento finalistico scelto dal legislatore come elemento cruciale per eguagliare o differenziare due soggetti, oggetti, fatti (che,

Ne deriva che il primo elemento da considerare è il criterio assunto ad elemento di differenziazione o assimilazione del trattamento.

Invero, l'elemento secondo cui il legislatore sancisce l'eguaglianza o diversità tra categorie di soggetti, oggetti o situazioni è un elemento di mera valutazione politica. E ciò non deve destare perplessità, in quanto rientra nella funzione normativa, la discrezionalità del legislatore di individuare i destinatari del trattamento introdotto ad opera di una norma e spetta allo stesso legislatore il compito di «identificare gli elementi, tra i tanti possibili, che in relazione ad una finalità specifica sono sufficienti a far considerare più soggetti, oggetti, fatti o situazioni come uguali o come diversi»⁷⁹.

La discrezionalità del legislatore nella valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti è soggetta alla sola osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma dell'articolo 3⁸⁰. Il legislatore può dunque fare le sue differenze, ma «l'imperativo di razionalità impone in primo luogo a lui stesso di essere coerente con sé medesimo»⁸¹.

Se la scelta del criterio è espressione della attività legislativa, il controllo sulla ragionevolezza della scelta è svolto dal potere giurisdizionale (in particolare dalla Corte costituzionale)⁸². È allora tale potere che, in ragione della neutralità

di nuovo, in quanto mai completamente diversi o completamente eguali, possono essere conosciuti come eguali o diversi solo se assunti rispetto ad una finalità) sia stato correttamente posto. In questi casi, cioè, la Corte valuta le classificazioni rispetto al fine e ne controlla la pertinenza e congruenza, verificando se rispetto al fine assunto le classificazioni siano correttamente effettuate, in modo da non cadere nel vizio di una classificazione *underinclusive* o *overinclusive*». Ancora secondo M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13-14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 246-247 i piani della ragionevolezza sono: l'Argomentare ordinato definito come «quel ragionamento che si presenta come formalmente corretto (nel senso che ha una struttura logica interna che segue certi comuni principi di connessione tra i vari elementi che la compongono)» e l'argomentare convincente che «sappia semplicemente convincere l'uditorio di chi argomenta». Questi due piani differiscono, potendosi distinguere una «ragionevolezza che impone all'atto sindacato una coerenza logica con le sue stesse premesse (è, questa, la «razionalità interna» dell'atto di cui parlano, ad esempio, Wroblewsky e Alexy) ovvero con quella complessiva dell'ordinamento in cui si inserisce, ed una ragionevolezza che impone all'atto sindacato di ispirarsi ad un principio superiore di ragione (è questa, sempre stando a Wroblewsky la «razionalità esterna» o «estrinseca» dell'atto sindacato)».

⁷⁹ P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, cit., 106. Inoltre, v. anche P. LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in RGL, 2008, IV, 481 ss.

⁸⁰ C. cost., n. 3 del 1957.

⁸¹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 199 «non c'è coerenza se le sue scelte classificatorie, dunque differenziarci non sono armonizzabili in sistema».

⁸² Anche B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza*, cit., 260 osserva che la Corte quando afferma che «due soggetti, oggetti, fatti sono diversi o sono eguali, altro non fa che limitarsi a confermare la valutazione a cui è fatto riferimento il legislatore,

del principio di eguaglianza, gli è conferito il compito di «fissare (creandolo) il parametro rispetto al quale effettuare il raffronto della concreta singola disciplina legislativa adottata dal legislatore»⁸³, per risolvere il problema della giustizia, della giustificatezza, della ragionevolezza delle discipline legislative.

Momento cruciale del sindacato sulla ragionevolezza è allora l'individuazione della *ratio legis* perseguita dalla norma oggetto e dal *tertium comparationis*, perché funzionali a verificare la congruità della norma impugnata – e in particolare, del criterio assunto ad elemento di differenziazione o assimilazione del trattamento – rispetto all'obiettivo fissato dalla *ratio legis*⁸⁴.

La ragionevolezza, in altre parole, impone un rapporto tra norme legislative e singole norme o principi costituzionali per stabilire, secondo razionalità, se la disciplina adottata dal legislatore è o meno in contrasto con la Costituzione⁸⁵.

Esito di tale raffronto può quindi essere la irragionevolezza della norma impugnata o la sua ragionevolezza.

*

Alla luce delle considerazioni svolte sopra, è ora possibile valutare se è ragionevole il principio di parità di trattamento tra lavoratori stranieri e non, in riferimento all'esercizio del potere di recesso.

In questo caso, il criterio che non è stato considerato come criterio di differenziazione del trattamento è la condizione giuridica di non cittadino. Questo elemento non è stato valutato dal legislatore come idoneo per diversificare la disciplina prevista in caso di recesso per gli stranieri rispetto ai cittadini, ritenuti “uguali”, perché entrambi legati ad un rapporto di lavoro.

Come già evidenziato, tale elemento è il risultato di una scelta politica, sindacabile sotto il solo profilo della ragionevolezza dalla Corte costituzionale, la

accertando gli elementi di eguaglianza o di diversità da esso individuati e il loro collegamento con le finalità della legge».

⁸³ C. ROSSANO, «Ragionevolezza» e *fattispecie di eguaglianza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 172, «ma così, inevitabilmente, si ammette che questo potere si sostituisce a quello legislativo, esercitando una funzione normativa. Ecco, quindi, l'esigenza di precise disposizioni costituzionali in tema di eguaglianza perché il giudizio di eguaglianza possa essere correttamente espresso dal giudice».

⁸⁴ Secondo P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, cit., 107 questa fase è la fase fondamentale dell'adeguatezza che costituisce sempre «una fase del giudizio di ragionevolezza e che verifica la congruità della disposizione normativa oggetto di valutazione, al raggiungimento del fine obiettivo fissato nella *ratio legis*».

⁸⁵ C. ROSSANO, «Ragionevolezza» e *fattispecie di eguaglianza*, cit., 177.

quale però non può spingersi ad effettuare scelte politiche differenti, volte a sostituire quelle esistenti, in quanto tale funzione è propria del solo legislatore. Il datore di lavoro, che esercita legittimamente il proprio potere di recesso, determina: nei confronti del lavoratore italiano, l'estinzione del rapporto di lavoro; nei confronti di quello straniero, la perdita del posto di lavoro oltre che la precarietà della permanenza nello stato italiano.

Senza ripetere quanto già esposto in precedenza (capp.1 -2- 4), lo *status* di non cittadino richiede una ragione giustificatrice per l'ingresso e la permanenza dello straniero in Italia, ragione che nel momento in cui viene meno, non consente di prolungare il soggiorno del non cittadino, salvo il subentro di un'altra causale giustificativa che lo renda nuovamente legittimo.

Pertanto, è evidente la diversità degli effetti che il medesimo atto di recesso può produrre in relazione alla diversa nazionalità, *rectius* cittadinanza, dei lavoratori. Diversità che è riconducibile alla differente condizione giuridica che connota i lavoratori. Così conseguenza dell'astrazione effettuata dal legislatore in ordine alle differenze nella condizione giuridica dei lavoratori e della loro assimilazione in ragione dell'essere lavoratori è l'irrilevanza della diversità degli effetti prodotti.

In particolare, tale aspetto, si coglie con particolare evidenza sotto il profilo del licenziamento illegittimo e della disciplina rimediale applicabile, in cui deve valutarsi la ragionevolezza della legge eguale per lo straniero in relazione alla *ratio* cui la tutela contro i licenziamenti è ispirata. Se una delle finalità a cui è diretta la tutela contro i licenziamenti illegittimi è risarcire il danno che si è effettivamente provocato in capo al lavoratore, è ragionevole la norma che impone di non differenziare il danno in relazione alla diversa condizione giuridica dei lavoratori, anche nel momento in cui quest'ultima produce un danno maggiore per il lavoratore straniero?

Per giungere ad una possibile risposta, si proceda per gradi.

Pur non essendo questa la sede per soffermarsi sull'evoluzione delle tutele previste in caso di licenziamento illegittimo che, prima con la l. 92/2012, poi con il d.lgs. 23/2015, e poi a seguito dell'intervento della Corte costituzionale⁸⁶, sono

⁸⁶ Nonostante la Corte costituzionale sia intervenuta plurime volte sul D.Lgs. 23/2015 si fa riferimento alla C. Cost 26 settembre 2018, n. 194 che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di

state profondamente modificate, individuando quale rimedio generale contro il licenziamento ingiustificato la tutela economica e declassando quella reintegratoria a mera eccezione, si vuole esaminare le tutele predisposte dal legislatore in caso di licenziamento ingiustificato al fine di evidenziare come il principio di trattamento, che ha l'effetto di ignorare la condizione giuridica dello straniero, violi l'art. 3 Cost., perché tratta in modo eguale situazioni diverse tra loro.

Come noto, l'individuazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo spetta in via esclusiva al legislatore, il quale possiede una discrezionalità in materia, che gli consente in linea astratta anche di prevedere come meccanismo di tutela quello solo risarcitorio-monetario⁸⁷, sempre nel rispetto del principio di ragionevolezza, purché venga garantito un importo adeguato alla luce del bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica e il diritto al lavoro.

La congruità dell'indennizzo che il legislatore individua quale esito del bilanciamento citato è da valutare in relazione alla funzione che il legislatore assegna alla tutela.

Invero, come è stato evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza 194/2018 l'indennità economica prevista in caso di licenziamento ingiustificato assolve alla funzione risarcitoria, in via prioritaria, quale conseguenza dell'interruzione *contra legem* del contratto, e a quella dissuasiva-sanzionatoria, quale conseguenza secondaria del risarcimento del danno patito⁸⁸.

La prima funzione è volta a «costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo», anche

*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183) – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96 – limitatamente alle parole “di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”». Per un commento v. M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel 'Job Act': una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in RIDL, 2018, IV, 1059 ss.*

⁸⁷ C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194, punto 9.2. In tema di discrezionalità si vedano anche le pronunce della c. cost. 18 dicembre 1974 n. 194; C. cost. n. 55 del 1974; C. cost. n. 189 del 1975; C. cost. n. 2 del 1986; C. cost. n. 46 del 2000; C. cost. sentenza n. 303 del 2011.

⁸⁸ M.T. CARINCI, *Corte cost. n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “jobs act”, e oltre*, in M.T. CARINCI, A. TURSI, *Tutele crescenti e lavoro eterorganizzato al vaglio delle Alte Corti*, Giappichelli, Torino, 2021, 14.

se «non necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato»⁸⁹.

Infatti, sebbene l'integrale risarcimento non abbia copertura costituzionale, e quindi sia ammissibile la forfettizzazione del danno, la tutela deve comportare necessariamente un importo equilibrato rispetto agli interessi in conflitto e adeguato alla funzione che svolge.

La seconda funzione, volta ad allontanare il datore di lavoro «dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto», è espressione del licenziamento ingiustificato quale atto unilaterale di esercizio di un potere giuridico di supremazia in violazione di limiti⁹⁰.

Corollario della funzione risarcitoria-compensativa è la personalizzazione dell'indennità, imposta anche dal principio di eguaglianza. A tale scopo, è stato ribadito dalla Corte costituzionale che «*Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia*», valorizzando così «*la molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento*»⁹¹.

L'attenzione per la situazione concreta e la necessità di individualizzazione che ne deriva si giustificano anche in virtù del valore fondamentale che assume il diritto al lavoro nell'ambito dei diritti costituzionalmente riconosciuti. Infatti, la tutela del diritto al lavoro non si evince solo dal valore che la Costituzione gli attribuisce per realizzare il pieno sviluppo della personalità umana (sentenza n. 163 del 1983, punto 6. del Considerato in diritto), ma anche dal valore strumentale dello stesso, la cui tutela garantisce l'esercizio di altri diritti fondamentali all'interno del rapporto di lavoro e sui luoghi di lavoro⁹². Infatti,

⁸⁹ C. Cost 26 settembre 2018, n. 194, punto 12.

⁹⁰ M.T. CARINCI, *Corte cost. n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "jobs act", e oltre*, cit., 11 i limiti sono posti dalla legge per due ragioni: «per circoscrivere l'utilizzo – in diritto – da parte del datore di lavoro in vista di specifiche e predefinite finalità, giudicate conformi all'ordinamento (appunto: gc, gms e gmo) e così proteggere l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione; in secondo luogo, per scongiurare che – di fatto, per timore di perdere l'occupazione – un illimitato potere di licenziamento ponga a rischio l'esercizio da parte del lavoratore di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti che si radicano nel rapporto di lavoro (diritto di libertà religiosa, sindacale, politica ecc.)».

⁹¹ C. Cost 26 settembre 2018, n. 194, punto 11.

⁹² C. Cost 26 settembre 2018, n. 194, punto 13.

come è stato ribadito nella sentenza n. 63 del 1966, *«il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti»*⁹³.

La rilevanza dei beni in gioco impone quindi al legislatore di predisporre una tutela effettiva contro il licenziamento illegittimo in grado di assicurare sia un ristoro adeguato al pregiudizio sofferto, sia prevedere uno strumento deterrente che disincentivi il datore di lavoro dal commettere l'illecito.

Alla luce delle considerazioni svolte, a fronte del licenziamento ingiustificato nei confronti del lavoratore straniero, quest'ultimo, in virtù del principio di parità di trattamento tra lavoratori, godrà solo di una tutela meramente economica, che alla luce della normativa vigente consiste in un'indennità che deve essere concretamente determinata dal giudice tra un minimo di sei mensilità e un massimo di trentasei mensilità.

Tuttavia, come sopra osservato, la funzione risarcitoria-compensativa dell'indennità deve compensare adeguatamente il pregiudizio in concreto arrecato al lavoratore.

Ci si deve domandare se sia rispettoso del principio di eguaglianza erogare una indennità economica, finalizzata al ristoro del danno, che non tenga però debitamente conto del pregiudizio in concreto arrecato al lavoratore straniero in virtù delle conseguenze che si possono produrre sul suo soggiorno a seguito del licenziamento. Invero, se la normativa attuale, come più volte evidenziato, non comporta l'immediata espulsione a seguito del licenziamento, implica però che, dopo il periodo di tolleranza, lo straniero debba percepire un reddito, pena la sua espulsione.

Emergono così delle perplessità in merito all'idoneità dell'indennità economica di risarcire l'intero pregiudizio arrecato al lavoratore straniero a seguito del licenziamento illegittimo.

L'obbligo di ignorare le peculiarità che connotano il lavoratore straniero, imposto dal principio di parità di trattamento che equipara le situazioni dei lavoratori a prescindere dal possesso o meno della cittadinanza, non sembra consentire al giudice – nella sua attività interpretativa – di valorizzare tali

⁹³ C. Cost. n. 63 del 1966, punto 3.

specificità in sede di quantificazione del risarcimento per il licenziamento illegittimo.

Invero, il risarcimento che non considera debitamente il valore che il lavoro rappresenta per l'extracomunitario, la cui stabilità occupazionale assume un significato ulteriore rispetto a quello assunto nel caso del lavoratore cittadino, non costituisce né un adeguato ristoro del danno prodotto dal licenziamento, né adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, violando così gli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost.

Come ha previsto la Corte costituzionale la *«previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse»*.

A parere della scrivente sembra possibile sollevare dei dubbi di costituzionalità sul principio di parità di trattamento di cui all'art. 2 co. 3 del TUI nella misura in cui comporta un trattamento eguale in caso di licenziamento illegittimo nei confronti del lavoratore straniero, senza quindi considerare la diversa condizione giuridica che sussiste tra i due lavoratori, e ignorando il maggiore pregiudizio arrecato al lavoratore straniero.

Tuttavia, nella prospettiva di adottare un'interpretazione costituzionalmente conforme, il giudice, che deve in concreto determinare l'indennità economica in ragione del pregiudizio che il licenziamento ha arrecato al lavoratore, potrebbe, alla luce dei criteri imposti dal legislatore, valorizzare le peculiarità del caso, orientando la sua attività interpretativa alla tutela al lavoro derivante dall'art. 4 e 35 cost., nonché, ai sensi dell'art. 3 Cost., al divieto di trattare in modo eguale situazioni diverse.

L'attività discrezionale di quantificazione dell'indennità economica, volta a garantire una maggiore individualizzazione del risarcimento del danno, è vincolata al rispetto di una serie di criteri che devono orientarla. Invero, è la stessa Corte a ribadire che la discrezionalità *«si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima»*⁹⁴. I confini

⁹⁴ C. Cost 26 settembre 2018, n. 194, punto 11.

tracciati risultano in concreto determinati dai criteri, alla luce dei quali il giudice deve determinare l'indennità, *«desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)»*⁹⁵, nonché quello dell'anzianità di servizio.

Tra questi emerge quindi anche quello delle “condizioni delle parti”, che potrebbe consentire una più accurata valorizzazione delle peculiarità del caso che coinvolge il lavoratore straniero. Infatti, la qualificazione dell'espulsione dal lavoro quale momento traumatico per la persona del lavoratore non può non tenere conto di tutte le specificità del caso, anche quelle che riguardano le fragilità derivanti dalla condizione di straniero, tra cui la precarietà del soggiorno nel territorio italiano.

Inoltre, il mancato riconoscimento a livello giuridico della vulnerabilità che connota il lavoratore straniero emerge anche dall'impossibilità di fruire nei fatti delle tutele che l'ordinamento pone per i lavoratori illegittimamente licenziati.

Si consideri il caso del lavoratore straniero che, qualora superi le difficoltà che si pongono nella prassi e ricorra in giudizio per impugnare il licenziamento o eventuali atti illeciti commessi dal datore, otterrà la definizione del processo e l'eventuale erogazione dell'indennità economica solo successivamente al periodo di tolleranza previsto dal legislatore di un anno; con il paradosso che il lavoratore straniero potrebbe già essere stato espulso e trovarsi nel proprio paese di origine al momento dell'erogazione della tutela. Questa circostanza non lo esimerebbe dall'obbligo di rispettare tutte le condizioni imposte dalla normativa per l'ingresso e il soggiorno per motivi di lavoro, nel caso in cui voglia rientrare in Italia.

È dunque evidente come la condizione giuridica dello straniero determini un pregiudizio maggiore in capo allo stesso lavoratore privo della cittadinanza rispetto a quello che la possiede.

Tuttavia, al di là della tutela che può essere riconosciuta in concreto al lavoratore straniero in caso di licenziamento ingiustificato, è chiaro come la condizione giuridica di non cittadino impatti significativamente sulla sua esistenza e in

⁹⁵ C. Cost 26 settembre 2018, n. 194, punto 15.

particolare su tutto il rapporto di lavoro, anche in riferimento agli interessi che il contratto è volto a realizzare.

Invero, il riconoscimento di un diritto a soggiornare condizionato all'esistenza di una ragione giustificatrice che lo legittima, e in particolare a quella legata allo svolgimento di un rapporto di lavoro, impone di interrogarsi sull'assetto di interessi in concreto riconducibili al contratto di lavoro con lo straniero.

6. Uno sbilanciato assetto di interessi nel contratto di lavoro con lo straniero

Nel capitolo 2 della presente trattazione si è fatto cenno al dibattito sulla qualificazione del contratto di lavoro stipulato con il lavoratore extracomunitario, migrante economico. In tale sede, si è dato conto che la dottrina maggioritaria ha negato qualsiasi profilo di specialità del suddetto contratto, ritenendo che le garanzie imposte al datore di lavoro da fonti primarie non valessero a mutare la causa del contratto, che doveva essere individuata in quella di scambio tra la prestazione e la retribuzione.

In tale contesto non si era presa una posizione sul punto, cosa che ora si desidera fare.

Occorre premettere che il contratto di lavoro stipulato con il lavoratore extracomunitario che ha fatto ingresso in Italia per motivi di lavoro ha indubbiamente degli aspetti differenti rispetto al contratto stipulato dal soggetto extracomunitario, richiedente protezione internazionale o speciale, rappresentando il lavoro, solo nel primo caso la ragione dell'ingresso dello straniero, a sua volta sorretto da una serie di procedure e garanzie che si giustificano con l'interesse dello stato alla difesa del suo confine e della sua sovranità.

Se quindi non è possibile procedere al raffronto tra i due contratti, in quanto differenti, è possibile individuare un elemento comune ad entrambi: l'interesse al soggiorno in Italia, sotteso allo svolgimento dell'attività lavorativa. Infatti, la rilevanza di tale interesse sussiste sia con il migrante richiedente protezione internazionale o speciale, sia con il migrante per motivi economici. La centralità assunta dallo svolgimento di un'attività lavorativa ai fini della concessione del permesso di soggiorno o del rinnovo dello stesso, che è stata evidenziata nella

prima parte della trattazione, pone il migrante nella condizione di dover cercare un'occupazione per potere soggiornare nel paese ospite, alla luce dello stretto legame tra lavoro e soggiorno, assunto dal sistema normativo.

Tale assetto ha trovato poi avallo sul piano giurisprudenziale, in quanto, come è stato evidenziato, la giurisprudenza è ormai assestata nel concedere la protezione speciale o il rinnovo della stessa a coloro che allegano agli atti l'esistenza di un contratto di lavoro, in quanto indice di effettiva integrazione.

La configurazione delineata dalle norme sull'immigrazione e la giurisprudenza di merito sulla concessione dei permessi per protezione complementare (speciale) hanno quindi legittimato la precarietà della condizione del lavoratore extracomunitario e la sua esposizione ai poteri datoriali.

Il contratto di lavoro con lo straniero non rappresenta quindi solo lo strumento con cui quest'ultimo reperisce i mezzi di sostentamento a fronte dello svolgimento dell'attività lavorativa, ma anche il mezzo con cui ottiene un ingresso e un soggiorno regolare nel paese ospitante.

L'interesse a permanere nel paese ospitante per il lavoratore extracomunitario non si configura tanto come mero motivo, irrilevante sul piano giuridico, riconducibile all'alveo dei pensieri ed emozioni del lavoratore, ma come interesse a cui il legislatore e la giurisprudenza hanno attribuito rilevanza giuridica. Si ritiene quindi che l'interesse al soggiorno, mediato dall'esistenza di un rapporto di lavoro, penetri nella causa del contratto di lavoro e assuma quindi rilevanza giuridica. Ciò si spiega in ragione del fatto che il contratto di lavoro è destinato a soddisfare interessi ulteriori, legati alla permanenza del lavoratore straniero nel territorio italiano, determinando un'alterazione del sinallagma contrattuale, tale da rendere il contratto di lavoro con lo straniero espressivo di uno squilibrio più ampio di quello che coinvolge il lavoratore subordinato cittadino.

All'asimmetria che governa il contratto di lavoro, correlata alla fragilità che connota il lavoratore straniero, si accompagna la posizione di supremazia del datore di lavoro, posizione tipica del contratto di lavoro subordinato, che però può esercitare qui più intensamente, se il destinatario del potere stesso è un lavoratore straniero. Il datore di lavoro, esercitando la sua posizione di dominio nei confronti di un lavoratore straniero produce una situazione – che si concretizza solo sul piano fattuale – che porta il lavoratore ad essere

estremamente assoggettabile e accondiscendente verso il datore di lavoro⁹⁶. La consapevolezza di quest'ultimo di avere una controparte incline a rinunciare ai propri diritti (come affermava la corte cost nella sentenza 63 del 1966, –punto 3–) e a non contestare eventuali illeciti, in ragione della precarietà della sua condizione, facilita la penetrazione del potere datoriale nel rapporto di lavoro con lo straniero, anche alla luce delle difficoltà dello stesso nel reagire ad eventuali illeciti datoriali, difficoltà che emerge dalla realtà e dalla prassi che coinvolge tali lavoratori.

È quindi alla luce di questo concreto assetto di interessi, sbilanciato in senso sfavorevole per il lavoratore straniero, che deve essere riletto il rapporto di lavoro di lavoro con quest'ultimo.

7. Nuove prospettive sulle misure di contrasto alla debolezza del lavoratore straniero

Il quadro di squilibrio che connota il rapporto di lavoro con lo straniero e la posizione di vulnerabilità di cui è portatore, impone di individuare – anche in una prospettiva *de iure condendo* – eventuali correttivi per eliminare o ridurre tale asimmetria.

La dottrina si è in più occasioni interrogata su quali misure potrebbero essere adottate per attenuare la condizione di fragilità che connota il migrante ed è possibile individuare tre ambiti di intervento: quello nel rapporto di lavoro, quello nel mercato del lavoro e quello a livello normativo.

7.1 Segue. Nel rapporto di lavoro

⁹⁶ Sul tema è di grande interesse il saggio di L. CORAZZA, *Al di là del rapporto di lavoro: fenomenologie e stili del potere datoriale*, in R. DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, Firenze, 2022, 167 ss. secondo la quale «Il mutamento della fenomenologia del potere del datore di lavoro consegue pertanto alla trasformazione profonda del contesto, in linea di principio di ordine fattuale, ma in ultimo rilevante sul piano economico e alla fine giuridico, perché modifica tutto ciò che circonda il rapporto di lavoro, conformandone i confini». Ne deriva che «Il fattore dell'autorità vedrà immensamente aumentate le proprie potenzialità a seconda della posizione di debolezza sociale in cui si trova il lavoratore [...]» in quanto «è proprio fuori dal rapporto di lavoro che il potere del datore di lavoro trova nutrimento per la dimensione del dominio».

Nell'ambito del rapporto di lavoro, terreno elettivo per riallineare lo svantaggio che deriva dalla condizione di non cittadino del lavoratore è l'azione positiva.

La dottrina, ad esempio, ha sottolineato l'opportunità per il datore di lavoro di adottare delle misure organizzative, volte a valorizzare e tutelare le esigenze del lavoratore portatore di fattori di multiculturalismo, le quali possono essere presenti anche per il lavoratore extracomunitario⁹⁷.

A tale riguardo diverse sono le sfere in cui il datore di lavoro può agire per tutelare il multiculturalismo del suo dipendente. A titolo esemplificativo, la professione di una religione diversa, che impone specifici periodi di festività o di preghiera, la necessità di rientrare nel proprio paese di origine che implica una fruizione di periodi di astensione dal lavoro più lunghi, rappresentano esigenze che possono indurre il datore di lavoro ad adottare misure organizzative finalizzate a soddisfare tali bisogni.

Un terreno privilegiato per la tutela del lavoratore è quello inerente alla gestione dei tempi di lavoro, nell'ambito dei quali è possibile adottare orari di lavoro personalizzati, volti a conciliare le esigenze del lavoratore straniero, quali quelle derivanti dall'osservanza di un determinato rito religioso; o si pensi al caso dell'individuazione del giorno di ferie nel venerdì, giorno di festa o preghiera per la religione musulmana⁹⁸.

Altre misure organizzative, sottolineate dalla dottrina, possono essere l'introduzione di permessi – retribuiti e non – per la soddisfazione di determinate

⁹⁷ B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, in *DIC*, 2012, I, 34 ss.; L. CALAFÀ, *Le azioni positive di inclusione sociale degli stranieri e il modello regolativo nazionale*, in *DIC*, 2009, I, 29 ss.; A. LO FARO, *Immigrazione, Lavoro, Cittadinanza*, in *DLRI*, 1997, I, 28 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, cit.; G. LOY, *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, in *RGL*, 517 ss.; S.H. VAUCHEZ, *Religious holidays in employment – Austria, France & Spain*, in *European Equality Law Review*, 2018, II, 63 ss.; K. ALIDADI, *Religion, Equality and Employment*, in *Europe: the Case for Reasonable Accommodation*, Hart Publishing, Oxford, 2017; E. HOWARD, *Religious clothing and symbols in employment. A legal analyses of the situation in the EU Member States*, *European Network of Legal Experts in gender equality and nondiscrimination*, 2017, reperibile su at https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=48810; S.H. VAUCHEZ, *Equality and the Market: the Unhappy Fate of religious discrimination in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, 13, 744 ss.; M. DE LUCA, *Lavoratori migrant extracomunitari: per un diritto del lavoro nelle società multiculturali (note minime)*, in *Foro Italiano*, 2014, 11, 279 ss.

⁹⁸ Un caso simile è stato posto all'attenzione della Corte di Giustizia. V. Corte giust., C-193/2017, *Cresco investigation GmbH c. Markus Achatzi*, 22 gennaio 2019, in *Labor*, 2019, 2, 177 ss., con nota di E. GRAGNOLI, *I lavoratori italiani possono chiedere il riposo nel giorno di Indù Dipavali?*, in *Labor*, 2019, II, 177 ss.; B. DE MOZZI, *Religious freedom and the right to rest days on religious festivals (of others)*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2019, V, 1438.

esigenze legate alla sfera religiosa o culturale, quali per esempio, durante il periodo di Ramadan che comporta il digiuno del fedele, la necessità di non svolgere attività faticose o particolarmente pesanti⁹⁹; oppure il godimento di periodi di ferie più lunghi, derivanti dal cumulo consecutivo dei giorni, per permettere al lavoratore di visitare il suo paese di provenienza¹⁰⁰; o la previsione del cumulo del TFR, nonché dell'anticipazione dello stesso, compatibilmente con le esigenze aziendali¹⁰¹.

Tuttavia, quelle esaminate sono azioni positive per tutelare i fattori multiculturali del lavoratore straniero; appare, invece, più complesso delineare meccanismi correttivi per la tutela dello stesso in virtù della vulnerabilità di cui è portatore, derivante dalla sua condizione giuridica di non cittadino¹⁰².

Misure in tal senso, non sono previste nell'ordinamento positivo, anche in ragione dell'effetto anticoncorrenziale che produrrebbero.

Ipotizzare azioni volte a compensare lo svantaggio derivante dal licenziamento del lavoratore non cittadino, attraverso un più intenso assetto di garanzie, – come la previsione di un limite al recesso per un determinato periodo temporale o l'individuazione di un più lungo preavviso per il licenziamento, affinché il lavoratore straniero abbia la possibilità di cercare un'altra occupazione – non produrrebbe solo effetti negativi sui datori di lavoro, disincentivandoli dall'assumere manodopera straniera nella propria attività, ma anche sui lavoratori stessi. Si creerebbe così l'effetto paradossale che per tutelare il lavoratore straniero dalla condizione di precarietà di cui è vittima si renderebbe ancora più difficile la sua assunzione e più svantaggiosa economicamente.

Non sembra, in altre parole, il rapporto di lavoro l'ambito ottimale per tutelare tale condizione di fragilità del lavoratore straniero.

⁹⁹ M. BIASI, A. NEGRI, *Religious Freedom and Professional Sports: the Case of the NBA Players Observing the Ramadan Fast*, in *Variazione di temi di diritto del lavoro*, 2019, V, 1351 ss.

¹⁰⁰ Anche W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. Riflessioni su regolarizzazione ruolo del sindacato*, in *RDSS*, 2022, II, 329.

¹⁰¹ B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, cit., 43.

¹⁰² Sulla possibilità di introdurre azioni positive a favore degli immigrati in attuazione del principio di eguaglianza sostanziale come misure dirette ad impedire che in presenza di talune differenze un trattamento uguale produca effetti discriminatori, traducendosi in sostanziale disegualianza si veda B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, cit., 35-36. V, anche A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari ed autonomia collettiva un breve appunto su parità e differenza*, in *DRI*, 1992, II, 117.

7.2 *Segue. Nel mercato del lavoro*

La dottrina ha più volte osservato la necessità di tutelare il lavoratore straniero sul piano del mercato del lavoro, ambito che attribuisce un ruolo maggiore all'attore pubblico.

Infatti, nel mercato possono essere previste delle misure specifiche per ricollocare i lavoratori stranieri che hanno perso il lavoro, misure che sono già presenti nell'ordinamento e che sono accessibili anche ai lavoratori extracomunitari, come prevede lo stesso TUI, all'art. 22 co. 11¹⁰³.

A seguito della cessazione del rapporto di lavoro, infatti, il lavoratore straniero dovrà rendere la Dichiarazione di Immediata Disponibilità, nonché recarsi presso il Centro per l'Impiego per sottoscrivere il Patto di Servizio Personalizzato, finalizzato al reperimento di un altro rapporto di lavoro, beneficiando al contempo dell'indennità di disoccupazione che lo stato italiano eroga ai soggetti disoccupati, che ne fanno domanda¹⁰⁴.

Ulteriore misura deputata a ridurre la condizione di vulnerabilità che connota il non cittadino è la formazione. Lo svolgimento di attività formative volte alla riqualificazione del lavoratore straniero per accrescere la sua occupabilità rafforzerebbe altresì il suo potere contrattuale.

Accanto poi alle misure di formazione specifiche per incrementare le competenze del lavoratore, vi sono anche quelle volte a sostenere l'inserimento del singolo nel contesto sociale del paese ricevente¹⁰⁵.

¹⁰³ A. VISCOMI, *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, vol. II, Cacucci, Bari, 2015, 1029 ss.

¹⁰⁴ Per i requisiti e le modalità per la domanda di Naspi v. Decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22.

¹⁰⁵ Si veda il progetto *Women4Integration -from neighbourhood to Europe* che mira a sostenere e supportare l'inclusione sociale ed economica delle donne migranti. Gli esperti del progetto evidenziano come raccomandazioni per favorire l'inclusione dei migranti nella società ricevente: sostenere la capacità di comunicazione, fornire spazi più sicuri, promuovere un ruolo attivo delle donne, offrire un supporto informale, cambiare la narrazione pubblica, orientare le donne verso le risorse locali, stimolare la consapevolezza delle aziende private, considerare l'inclusione economica delle donne come una sfida collettiva, riconnettere le acquisizioni sociali e le politiche per il lavoro, imparare a volare a valorizzarle competenze delle donne. Sebbene, questi siano obiettivi elaborati per l'inclusione delle donne migranti, si ritiene che possano essere validi suggerimenti per l'integrazione di tutti i soggetti con background migratorio nelle città europee. Per alcuni esempi di *best practice* di integrazione lavorativa e sociale si v. M. D'ONGHIA, *Il lavoro (regolare) come strumento d'integrazione e inclusione sociale dei migranti*, in H. CAROLI CASAVOLA; L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2022, 62 ss.

Sul punto sono molteplici i corsi di lingua italiana per stranieri, che concernono anche insegnamenti di educazione civica o fondamenti di cultura italiana. L'importanza degli stessi deriva anche dal fatto che l'accordo di integrazione ai sensi dell'art. 4 bis del TUI prevede l'obbligo, per gli stranieri, di raggiungere degli obiettivi di integrazione fissati dallo stesso accordo e il mancato rispetto di tali obiettivi, comporta la perdita di crediti, a sua volta idonea a provocare la revoca del permesso di soggiorno.

*

A svolgere un'attività fondamentale per incrementare le opportunità di integrazione lavorativa dei lavoratori stranieri è il sindacato¹⁰⁶.

Quest'ultimo, infatti, indirizza il proprio intervento nei diversi ambiti fino ad ora citati, talvolta con mere dichiarazioni di intenti, quali quelle di favorire un «proficuo clima aziendale orientato al rispetto delle specificità culturali»¹⁰⁷, talvolta con azioni più incisive. Tra queste rientrano quelle volte alla formazione dei lavoratori migranti, sia mediante iniziative formative di riqualificazione professionale, specifiche per i lavoratori extracomunitari, sia incentivando la formazione, mediante la concessione di permessi retribuiti per la frequenza di corsi di lingua italiana e di scolarizzazione¹⁰⁸.

A ciò si aggiunge anche il contributo del sindacato a fornire assistenza agli stranieri nell'adempimento delle pratiche necessarie al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno¹⁰⁹, o a predisporre materiale informativo in lingua

¹⁰⁶ Si v. E. GALOSSÌ (a cura di), *(Im)migrazione e sindacato. Nuove sfide, universalità dei diritti e libera circolazione*. VIII Rapporto, Ediesse, Roma, 2017; U. GARGIULO, *Identità culturale e tempo di lavoro: un'analisi della contrattazione collettiva*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, ESI, Napoli, 2011, 195 ss.; Id., *Immigrati extracomunitari ed autonomia collettiva un breve appunto su parità e differenza*, in DRI, 1992, II, 117 ss.; M. McBRITTON, *Contrattazione collettiva e contrasto al lavoro immigrato irregolare*, in D. GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino, 2017, 143 ss.

¹⁰⁷ B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, cit., 38. Anche W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. Riflessioni su regolarizzazione ruolo del sindacato*, cit., 328.

¹⁰⁸ W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre*, cit., 329. Secondo il quale misure di welfare aziendale prevedono anche la partecipazione a tali attività formative da parte di familiari dei lavoratori stranieri. Sul punto anche B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, cit., 41.

¹⁰⁹ B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, cit., 40; W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre*, cit., 328.

straniera, anche concernente le misure in materia di sicurezza, da fornire ai lavoratori all'atto di assunzione¹¹⁰.

Di particolare importanza è l'attività del sindacato volta a coinvolgere i lavoratori stranieri. A tal proposito, molti contratti collettivi si impegnano a garantire l'adeguamento e la rappresentanza anche della componente straniera nelle posizioni apicali del sindacato¹¹¹, attraverso – per esempio – quote di stranieri, con cui è stabilito il numero minimo di lavoratori immigrati da inserire negli organi di rappresentanza.

Un ulteriore scenario per stimolare la partecipazione dei lavoratori immigrati ai sindacati, e dunque per valorizzare le esigenze dei lavoratori stranieri, è quello di creare veri e propri sindacati etnici¹¹².

Tuttavia, ruoli più incisivi assunti dal sindacato sono quelli volti al governo della legalità e alla gestione delle politiche occupazionali.

Come ha sottolineato la dottrina, le parti sociali sono diventate partner istituzionali di prefetture, enti previdenziali e ispettorati nella lotta all'illegalità, in virtù di accordi con cui il sindacato assume un ruolo centrale, non solo nell'analisi dei contratti di lavoro applicati, garantendo quindi trattamenti normativi e retributivi equi, ma anche nelle politiche di governo del mercato del lavoro, incentivando l'incontro tra la domanda e l'offerta¹¹³.

¹¹⁰ B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, cit., 38.

¹¹¹ B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, cit., 42.

¹¹² sul tema si v. F. MARINELLI, *Attività sindacale e identità etnica: riflessione sui possibili scenari*, in *DLRI*, 2019, 164 (4), 673 ss. secondo cui non è implausibile la creazione di neo-organizzazioni sindacali su base etnica, per tre ordini di ragioni: in primis, «il processo migratorio tende di per sé a intensificare e accentuare la formazione di identità collettive basate su costrutti di tipo etnico», fenomeno dimostrato dal fatto che costituiscono più del 60% del fenomeno associativo straniero in Italia le associazioni etniche; in secondo luogo, «gli stranieri sono effettivamente un soggetto politico con caratteristiche proprie»; in terzo luogo, un'interessante studio ha registrato che secondo «più dell'80% dei lavoratori immigrati in Italia sarebbe favorevole alla creazione dei sindacati etnici». L'A. fa riferimento allo studio EURES, *Lavoro, diritti e integrazione degli immigrati in Italia*, 2008, 41. Per un approfondimento vedi anche K. DANESH, G. DI DONATO, S. KANE, *Le nuove sfide del sindacato pluri-etnico*, in E. GALOSSO (a cura di), *(Im)migrazione e sindacato. Nuove sfide, universalità dei diritti e libera circolazione*, Ediesse, Roma, 2017; M. AMBROSINI, D. DE LUCA, S. POZZI, *Sindacati multietnici. Diversi volti di un cammino in divenire*, Edizione junior, Parma, 2016; W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *Integrazione e inclusione sociale dei lavoratori migranti: il ruolo del sindacato*, in W. CHIAROMONTE, M. D. FERRARA, M. RANIERI, *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 213 ss.

¹¹³ W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre*, cit. 334-335, ad esempio con la creazione di postazioni mobili gestite in cooperazione con le associazioni del terzo settore. Per il settore dell'agricoltura che gli A. individuano come quello principale in cui si sono realizzati tali metodi di coinvolgimento del sindacato v. anche W.

7.3 Segue. Sul piano normativo

Il piano privilegiato per introdurre dei correttivi allo squilibrio che condiziona il rapporto di lavoro con lo straniero è quello normativo, idoneo a ridurre le disparità che si registrano nel mercato del lavoro e a tutelare i diritti dei lavoratori immigrati.

Invero, sono molteplici gli aspetti critici su cui la dottrina si è soffermata – in parte, esaminati già nei capitoli precedenti (cap. 2, 3) –, e che in questa sede si vogliono solo brevemente ripercorre.

In primo luogo, da tempo si denuncia l'ineffettività del sistema delle quote previsto dal Decreto flussi, che ricalca l'impianto elaborato dal legislatore nel 1998¹¹⁴. Tale sistema è completamente inadatto al mercato lavorativo attuale¹¹⁵, in cui i costi e i tempi di percorrenza fisica sono fortemente ridotti e talvolta viene meno lo stesso spostamento materiale, grazie all'implementazione di strumenti tecnologici anche nel mondo del lavoro.

Se appare per certi versi imprescindibile, in ragione della superiore tutela della sovranità territoriale, individuare volta per volta le quote massime di lavoratori stranieri da ammettere nel mercato del lavoro italiano, tale criterio in concreto non funziona, sia per la limitatezza del numero di lavoratori ammessi, ampiamente insufficiente al fabbisogno di manodopera che il mercato del lavoro italiano richiede, sia per i meccanismi con cui sono individuati tali lavoratori¹¹⁶.

CHIAROMONTE, «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento ed istanze di tutela*, in *DLRI*, 2018, 321 ss.; M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*.IT, 2018, n. 352, 53 ss.

¹¹⁴ A ciò si aggiunga che il documento programmatico triennale con cui devono essere determinati criteri relativi alla politica dell'immigrazione degli stranieri nonché i criteri generali per la determinazione dei flussi d'ingresso non sono mai stati attuati, in quanto l'ultimo documento programmatico che è stato approvato risale al triennio 2004-2006.

¹¹⁵ Si rammenta che il decreto Cutro ha previsto, in deroga all'articolo 3 TUI, una disciplina transitoria per il triennio dal 2023 al 2025 che delega il Presidente del Consiglio dei Ministri a emanare un decreto avente ad oggetto i criteri generali per la determinazione dei flussi di ingresso, il numero degli ingressi dei lavoratori per ogni anno di riferimento del triennio, il quale poi potrà essere integrato con successivi decreti, superando dunque nei fatti il documento programmatico di cui all'Art. 3 co 1.

¹¹⁶ Infatti, è doveroso ricordare che vi sono dei meccanismi in virtù dei quali nell'ambito delle quote molti posti vengono riservati a lavoratori appartenenti a determinati paesi con cui l'Italia ha stipulato «accordi finalizzati alla regolamentazione dei flussi di ingresso e delle procedure di riammissione» (art. 21 co. 1 TUI), o ai lavoratori che abbiano almeno un ascendente di nazionalità italiana (art. 21 co. 1 TUI); inoltre è prevista una quota preferenziale ai lavoratori

Invero, all'interno delle quote massime sono previsti non solo i lavoratori subordinati, ma anche quelli autonomi, nonché quelli che, già presenti in Italia con permesso di soggiorno per lavoro stagionale, hanno richiesto la conversione del permesso in permesso per motivi di lavoro subordinato. In altre parole, al già esiguo numero di lavoratori ammessi nel mercato lavorativo italiano, una parte inevitabilmente si riferisce ai lavoratori stranieri già presenti in Italia, che hanno fatto richiesta di conversione del loro permesso di soggiorno in permesso di soggiorno per motivi di lavoro¹¹⁷.

È evidente, dunque, che il numero di lavoratori ammessi nel mercato negli anni passati dalla Presidenza del Consiglio dei ministri è talmente modesto che non può che incentivare e alimentare i flussi di immigrati irregolari.

Inoltre, a contribuire all'irregolarità degli ingressi e dei soggiorni dei lavoratori stranieri è la procedura di assunzione degli stessi, che si fonda su due presupposti irrealistici¹¹⁸: da un lato, che le esigenze di manodopera del datore di lavoro si manifestino con largo anticipo, atteso che la procedura per il rilascio del nulla osta e del visto richiede periodi di tempo molto lunghi; dall'altro che il datore di lavoro conosca già l'aspirante lavoratore straniero, che risiede nel suo Paese d'Origine, o che sia disposto ad assumerlo senza conoscerlo. Entrambe le circostanze sono di difficile realizzazione nella prassi. Pertanto, è chiaro che il meccanismo di incontro tra la domanda e l'offerta extraterritoriale non può che essere un ulteriore elemento che induce i potenziali lavoratori stranieri ad accedere ad altri canali, irregolari, per entrare in Italia.

A ciò, si aggiunga che ad alimentare gli ingressi irregolari è stata anche l'abrogazione dell'istituto dello sponsor, istituto con cui si consentiva allo

degli Stati che «promuovono per i propri cittadini campagne mediatiche aventi ad oggetto i rischi per l'incolumità personale derivanti dall'inserimento in traffici migratori irregolari» (art. 1 co. 5 D.L. n. 20/2023 conv. in L. n. 50/2023) e quote riservate ad apolidi, rifugiati negli Stati con i quali l'Italia ha sottoscritto intese o accordi in materia di rimpatrio. Ugualmente sono previste delle restrizioni agli ingressi dei cittadini di paesi che «non collaborano nel contrasto all'immigrazione clandestina o nella riammissione di propri cittadini destinatari di provvedimenti di rimpatrio» (art. 21 co. 1 TUI).

¹¹⁷ A partire dal 6 maggio 2023, entrata in vigore del decreto Cutro, la richiesta di conversione del permesso di soggiorno in permesso per motivo di lavoro riguarda il permesso di soggiorno stagionale (art. 24 co 10 TUI), il permesso di soggiorno per protezione sussidiaria (art. 23 dlgs 251/2007). Non è ammessa la conversione del permesso per protezione speciale a seguito dell'abrogazione dell'art. 6 co 1 bis tui, lett. a). Invece, non è subordinato alla disponibilità nelle quote, il permesso per motivi di studio, il quale può essere sempre convertito in motivi di lavoro art. 6 co 1 TUI.

¹¹⁸ W. CHIAROMONTE, *Immigrazione e contratto di lavoro (voce)*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEO, F. SCARPELLI, *Enc. Dir. Contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2023, 717.

straniero l'inserimento nel mercato del lavoro italiano a condizione che un cittadino italiano o straniero regolarmente soggiornante gli facesse da garante, assicurandogli un alloggio, la copertura dei costi per il sostentamento e l'assistenza sanitaria per la durata del permesso di soggiorno.

L'espletamento della procedura¹¹⁹ determinava il rilascio di un permesso di soggiorno per un anno a fini di inserimento nel mercato del lavoro. Il beneficio di tale istituto, su cui sono state presentate diverse proposte di legge per reintrodurlo, aveva effetti diretti sullo straniero, al quale veniva data la possibilità non solo di entrare regolarmente in Italia, ma anche di scegliere un'occupazione e la persona con cui instaurare un rapporto di lavoro, opportunità non percorribili con l'attuale sistema di ingresso.

Per tale ragione, un'ulteriore misura destinata a produrre effetti positivi sulla condizione del lavoratore immigrato sarebbe il ripristino della figura in esame.

La chiusura pressoché totale dei canali legali di ingresso per motivi di lavoro e il conseguente incremento dei flussi irregolari sono un fenomeno che il legislatore finora non ha saputo governare.

Infatti, uniche risposte che sono fornite dal legislatore sono state le sanatorie, che sono intervenute nell'arco temporale dal 1986 in modo discontinuo e sono generalmente inserite nel decreto Flussi, che è diventato lo strumento principale per sanare la posizione degli immigrati irregolarmente presenti in Italia¹²⁰.

Per tale ragione, un elemento che potrebbe contrastare la fragilità del lavoratore straniero, come ha ampiamente evidenziato la dottrina, è l'introduzione di un meccanismo che consenta in modo continuativo di sanare la condizione di irregolarità dello straniero con cui è in corso un rapporto di lavoro irregolare e di prevedere il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro¹²¹.

¹¹⁹ Ai sensi dell'art. 23 abrogato del TUI, il garante doveva «presentare entro 60 giorni dalla pubblicazione dei decreti di cui all'articolo 3, comma 4, apposita richiesta nominativa, alla questura della provincia di residenza, all'ingresso viene concessa, se sussistono gli altri requisiti per l'ingresso, nell'ambito delle quote stabilite e secondo le modalità indicate nei decreti di attuazione del documento programmatico per gli ingressi per lavoro e deve essere utilizzata entro e non oltre sei mesi dalla presentazione della domanda. Essa consente di ottenere, previa iscrizione alle liste di collocamento, un permesso di soggiorno per un anno a fini di inserimento nel mercato del lavoro».

¹²⁰ W. CHIAROMONTE, *Immigrazione e contratto di lavoro (voce)*, cit., 712.

¹²¹ V. C. CORSI, S. DALL'OGGIO, *Il quadro normativo*, in P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione lavoro: quali regole? Modelli, problemi e tendenze*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 420. È sottolineato come meccanismi di sanatoria sono previsti in Francia e Spagna v. W. CHIAROMONTE, *Immigrazione e contratto di lavoro (voce)*, cit., 712.

Da ultimo, si desidera segnalare – in una prospettiva *de iure condendo* –, quale correttivo al contrasto della vulnerabilità del lavoratore straniero, l’allungamento della durata del permesso di soggiorno. Invero, il limite di due anni, previsto in caso di stipulazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato appare eccessivamente rigido e breve. L’allungamento, invece, produrrebbe effettivi positivi, sia perché snellirebbe i procedimenti di rinnovo dei permessi che gravano sugli uffici della questura e dei tribunali, che si occupano dei contenziosi a seguito del diniego dei rinnovi, sia perché incentiverebbe lo straniero ad “investire” nel paese ricevente, integrandosi, in virtù della maggiore serenità psicologica che il prolungamento del soggiorno gli procurerebbe.

*

Le complessa procedura per l’ingresso regolare per motivi lavorativi e la sostanziale chiusura delle frontiere per i lavoratori extracomunitari ha spinto la domanda migratoria verso il canale della protezione internazionale. Infatti, coloro che non rientrano nelle quote stabilite con il Decreto flussi, non hanno altra possibilità che entrare irregolarmente nel paese ospitante, per poi fare domanda di protezione internazionale o speciale una volta giunti in Italia. La richiesta di protezione internazionale, come esaminato nel capitolo 1, richiede allo straniero la sussistenza di presupposti stringenti, diversamente dalla protezione speciale che attribuisce al giudice una maggiore discrezionalità nel valutare la sussistenza dei requisiti.

La duplice via che possono perseguire gli stranieri per entrare nel mercato del lavoro rispecchia la dicotomia che informa tutto l’assetto normativo in materia migratoria, fondato sulla distinzione tra migrazioni economiche o volontarie e migrazioni umanitarie o forzate¹²².

¹²² V. FEDERICO, S. BAGLIONI, *Migrants, Refugees and Asylum Seekers’ Integration in European Labour Markets. A Comparative Approach on Legal Barriers and Enablers*, Springer, Cham, 2021; M. BORZAGA, *Le migrazioni per motivi umanitari e per motivi economici nel quadro regolativo internazionale*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., 29; G. CATALDI, *La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare?*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell’emergenza?*, Napoli, 2018, 585; G. CALVELLINI, *Percorso di lettura sull’inclusione di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria*, in *DLRI*, 2020, 427.

La distinzione, come è già stato sottolineato in dottrina, non riguarda più tanto le diverse manifestazioni del fenomeno migratorio, quanto il modo in cui esso è regolamentato¹²³.

Tuttavia, è da tempo che si evidenzia la inadeguatezza di tale distinzione, che non è priva di effetti per il singolo straniero, in ragione del fatto che la sua condizione giuridica – lo *status* con cui ha diritto a soggiornare temporaneamente nello stato ospite – incide sui diritti ad esso riconosciuti e sulla precarietà del suo soggiorno, determinata anche dalla durata del permesso (il permesso per protezione internazionale è di cinque anni, contro quello per protezione speciale di due, due come quello per motivi lavorativi, se rilasciato a seguito di un contratto a tempo indeterminato).

L'insoddisfazione della bipartizione entro cui vengono classificati i migranti emerge dalla limitata portata che assume tale distinzione nella realtà e dalla sua esclusiva rilevanza sul piano giuridico.

Invece, dal punto di vista fattuale è impossibile distinguere chiaramente le ragioni che spingono i migranti a lasciare il loro paese, in virtù della complessità che fenomeno migratorio presenta e per l'eterogeneità delle condizioni che spingono il singolo a migrare¹²⁴.

Pertanto, oggi appare eccessivamente riduttivo classificare come una migrazione economica lo spostamento del migrante che fugge dal suo paese, perché in stato di miseria o di estrema povertà tali da non consentire allo stesso di accedere ai beni necessari per la sopravvivenza. Eppure, tale riconduzione è imposta dal quadro normativo attuale che impedisce di qualificare la migrazione citata come umanitaria per l'inesistenza dei motivi di persecuzione o del rischio di subire un grave danno, proprie della protezione internazionale.

L'inadeguatezza della classificazione esistente emerge anche dal crescente fenomeno delle migrazioni per motivi ambientali¹²⁵, nell'ambito del quale il

¹²³ M. D'ONGHIA, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, II, 465.

¹²⁴ G. CALVELLINI, *Percorso di lettura sull'inclusione di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria*, cit. 427.

¹²⁵ W. CHIAROMONTE, *Migrazioni ambientali, protezione internazionale e inclusione lavorativa: la prospettiva nazionale*, in *LD*, 2022, I, 53 ss.; M.T. AMBROSIO, *Per una nuova governance delle migrazioni economiche: prospettive sovranazionali e interne*, in *RDSS*, 2021, 33 ss.; A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *DIC*, 2017, II, 1 ss.; A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *QG*, 14 febbraio 2020; A. CIERVO, *I rifugiati "ambientali". Una nuova categoria giuridica di richiedenti asilo?*, in *RCDP*, 2018, 453 ss.; S.

migrante è costretto ad abbandonare la sua terra di origine perché incapace di garantirsi mezzi sicuri di sostentamento, principalmente a causa di «fattori ambientali di portata inconsueta, in particolare siccità, desertificazione, deforestazione, erosione del suolo, ristrettezze idriche e cambiamento climatico, come pure disastri naturali quali cicloni, tempeste e alluvioni»¹²⁶.

Le migrazioni ambientali hanno assunto sempre più rilevanza nel dibattito ed evidenziano l'inattualità della suddetta dicotomia, che impone di ricondurre necessariamente il fenomeno che coinvolge il singolo in una delle due categorie citate.

In ragione di ciò, sarebbe auspicabile che il legislatore ripensasse le categorie giuridiche all'interno delle quali impone di classificare l'atto migratorio, svalutando quindi le ragioni che portano il migrante a emigrare dal suo paese d'origine – data la multifattorialità degli elementi che condizionano la partenza –, per accogliere fattispecie più elastiche, che consentano una maggiore adesione al caso specifico, quale era la protezione umanitaria. Quest'ultima, oggi abrogata, individuava come presupposti per il rilascio del permesso corrispondente i “motivi umanitari”, clausola a cui sarebbero riconducibili molteplici situazioni di tutela.

Su questa linea, infatti, si collocano decisioni in cui la magistratura ha valorizzato i bisogni di tutela dei migranti, concedendo la protezione per motivi umanitari anche ai migranti ambientali. La Corte di cassazione ha osservato a tal riguardo che *«In questa prospettiva la guerra, o in generale il conflitto armato, rappresentano la più eclatante manifestazione dell'azione autodistruttiva dell'uomo, ma non esauriscono l'ambito dei comportamenti idonei a compromettere le condizioni di vita dignitosa dell'individuo. Tale compromissione, infatti, si configura in ogni ipotesi in cui il contesto socio-ambientale sia talmente degradato da esporre l'individuo al rischio di veder azzerati i suoi diritti fondamentali alla vita, alla libertà e*

GAMBINO, *Climate change e migrazioni ambientali*, in S. GAMBINO, T. TARSIA, A. VELARDI (a cura di), *Lo straniero. Confronti interdisciplinari e itinerari di ricerca*, Corisco Edizioni, Roma-Messina, 2022, 66 ss.

¹²⁶ N. MYERS, *Esodo ambientale. Popoli in fuga da terre difficili*, Edizioni Ambiente, Milano, 1999.

all'autodeterminazione, o comunque di vederli ridotti al di sotto della soglia del loro nucleo essenziale e ineludibile»¹²⁷.

Pertanto, nonostante la tendenza del decisore politico a restringere le tutele e i presupposti per l'ingresso e la permanenza regolare dei migranti, la giurisprudenza sembra voler valorizzare il “nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale”, che la Corte di cassazione indica «*con riferimento allo scrutinio che il giudice di merito deve condurre ai fini dell'accertamento del rischio derivante dal rimpatrio, e della conseguente vulnerabilità individuale che legittima il riconoscimento della protezione umanitaria (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4455 del 23/02/2018, Rv. 647298; Cass. Sez. U., Sentenza n. 29459 del 13/11/2019, Rv. 656062-02; Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 17130 del 14/08/2020, Rv. 658471) [e che] costituisce il livello essenziale, al di sotto del quale non sono ravvisabili le condizioni di vita dignitose e, quindi, non è assicurato il diritto fondamentale alla vita dell'individuo»¹²⁸.*

Nella tensione della giurisprudenza verso la tutela delle situazioni di bisogno – quando sono tali da compromettere il nucleo ineliminabile dello statuto della dignità personale –, si colloca il diritto di asilo, che assurge a principio fondamentale nella Costituzione, imponendo quindi di tutelare «l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana», superando anche la rigida classificazione imposta.

8. Verso la liberazione dalla condizione di vulnerabilità dello straniero: il riconoscimento dei diritti politici

Si è cercato di riflettere sulle possibili soluzioni da adottare – in una prospettiva *de iure condendo* e *de iure condito* – per contrastare la fragilità derivante dalla condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano. Tuttavia, si comprende come tali correttivi non possano sanare del tutto l'alterità che contraddistingue il non cittadino rispetto al popolo italiano, costituendo un elemento identitario per lo stesso. La diseguaglianza giuridica che ne deriva

¹²⁷ Cassazione civile sez. II, 24/02/2021, n. 5022.

¹²⁸ Cassazione civile sez. II, 24/02/2021, n. 5022.

appare quindi ineliminabile, pena l'abolizione del concetto stesso di cittadinanza, ma può forse essere ridimensionata sul piano normativo, riconoscendo allo straniero un ruolo nella società e nella collettività, che non consista solo in quello di contribuire alla produzione e all'economia nazionale, ma anche in quello di agire come membro di una comunità, sotto il profilo politico e sociale.

Si vuole quindi introdurre il dibattito sui diritti politici che interessa da tempo la dottrina costituzionalistica¹²⁹.

Il tema come noto è di estrema complessità, implicando il ripensamento di alcune categorie classiche come il popolo, la sovranità, la cittadinanza, costituendo, quest'ultima, il nucleo di valore che connota la relazione tra stato-comunità e stato-apparato¹³⁰. Per tale ragione, si vuole in questa sede solo delineare i tratti essenziali del dibattito per offrire qualche spunto di riflessione sulle modalità di contrasto al fattore di vulnerabilità che connota la condizione giuridica dello straniero.

¹²⁹ Per approfondire v. A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, I, 1 ss.; A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *costituzionalismo.it*, 2010, I, 1 ss.; P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri profili costituzionali e prospettive legislative*, in *federalismi.it*, 2003, 11, 1 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini"*. *Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, *Relazione al Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti "Lo statuto costituzionale del non cittadino"*, Cagliari, 16 ottobre 2009, 1 ss.; P. COLASANTE, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini prospettive di riforma e fonte competente*, in *Rivista AIC*, 2016, 1 ss.; M. CUNIBERTI, *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*, in *Forum di quaderni costituzionali*, reperibile su https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/645.pdf; L. D'ANDREA, *Acquisto della cittadinanza e principio di eguaglianza: profili costituzionali*, in *Economia e lavoro*, 2010, II, 147 ss.; D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari può ancora passare dalla "partecipazione politica"? Spunti di carattere comparato e brevi considerazioni sulle proposte più recenti e sulle prassi locali*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1.2.2014, 1 ss.; T. E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *Forum di quaderni costituzionali*, reperibile su https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/644.pdf; T. F. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, *Relazione al convegno "Cittadini di oggi e di domani. Le sfide dell'immigrazione per il territorio"*, Alessandria, 18 novembre 2006; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, I, 41 ss.; G. ZINCONE, *Cittadinanza: trasformazioni in corso*, in *Filosofia Politica*, 2000, I, 71 ss.; A. CARACCILO, *Il lavoro dello straniero tra diritti di cittadinanza ed inclusione sociale*, in R. PAGANO, A. SCHIEDI (a cura di), *Identità, pluralità, diversità. Il riconoscimento, ovvero l'essere per l'altro*, Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture, Bari, 2020, 30 ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997.

¹³⁰ A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, I, 53.

Se il diritto di voto rappresenta il diritto politico per eccellenza, non esaurisce la categoria citata, costituita da «quei diritti che assicurano a ciascuna persona umana la partecipazione al governo delle comunità in cui vive, con ciò soddisfacendo l'equazione basilare della democrazia che richiede l'“identità fra governanti e governati”»¹³¹.

Nonostante ciò, il dibattito si è concentrato sull'estensione o meno del diritto di voto agli stranieri.

Il quadro normativo esistente non prevede l'estensione del suffragio agli stranieri residenti su territorio nazionale, né a livello nazionale, né amministrativo.

Tuttavia, molteplici fonti a livello internazionale ed europeo attribuiscono rilevanza ai diritti politici¹³², talvolta ammettendo anche la possibilità di coinvolgere gli stranieri nel godimento dei diritti politici nello stato di impiego, purché nell'esercizio della sovranità del paese ospitante¹³³, talvolta garantendo con la Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale la partecipazione politica degli stranieri nel territorio¹³⁴. Pertanto, possono già individuarsi due costanti del dibattito, da un lato, la facoltà e non il diritto dello stato ospitante di estendere il diritto di voto agli stranieri che risiedono stabilmente nel paese ospitante, dall'altro la distinzione tra partecipazione

¹³¹ A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *costituzionalismo.it*, 2010, I, 2.

¹³² Tra le fonti si segnalano: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, articolo 21 «ad ogni uomo individuo è riconosciuto il diritto di partecipare al governo del proprio paese»; Art. 25 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, secondo cui ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla direzione degli affari pubblici, votare e di essere eletto; La Convenzione ONU del 1990 per la tutela dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, all'articolo 42 prevede che i lavoratori possono godere dei diritti politici nello stato di impiego se questo stato nell'esercizio della propria sovranità accorda loro tali diritti. A livello europeo, si evidenzia la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1990 Protocollo addizionale del 1952, che sancisce il diritto a libere elezioni, così da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo; la Carta dei diritti fondamentali di Nizza, che prevede che ogni cittadino dell'unione sia titolare del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza.

¹³³ L'art. 42, par. 2 Convenzione Onu 1990 per la tutela dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie prevede che «2. Gli Stati di arrivo facilitano, secondo la loro legislazione nazionale, la consultazione o la partecipazione dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie alle decisioni che riguardano la vita e l'amministrazione delle comunità locali. 3. I lavoratori migranti possono godere i diritti politici nello Stato di arrivo se quello Stato, nell'esercizio della sua sovranità, garantisce loro tali diritti».

¹³⁴ L'art. 6 della Convenzione stabilisce che «Ciascuna Parte si impegna con riserva delle disposizioni dell'art. 9, paragrafo 1, a concedere il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali ad ogni residente straniero, a condizione che questi soddisfi le stesse condizioni prescritte per i cittadini ed inoltre che abbia risieduto legalmente ed abitualmente nello Stato in questione nei cinque anni precedenti le elezioni». La convenzione è stata firmata a Strasburgo il 5 Febbraio 1992 ratificata dall'Italia con legge n. 203 del 1994, ma ha escluso dalla ratifica proprio il Capitolo C della Convenzione che prevedeva il voto degli stranieri alle elezioni locali.

politica a livello locale rispetto a quella nazionale¹³⁵, che – dato lo stretto legame tra il vincolo di partecipazione ad una determinata comunità politica e la cittadinanza, fondamento dell'esercizio della sovranità popolare – solleva maggiori perplessità nella dottrina¹³⁶.

È dunque dal dato costituzionale che è necessario partire. Questo sancisce i diritti politici al Titolo IV della Costituzione¹³⁷ e in particolare il diritto di voto agli artt. 48 e 51¹³⁸. Il diritto di voto, al pari dei diritti politici, è espressamente riservato dalla Costituzione ai soli cittadini.

Secondo un primo filone di pensiero¹³⁹ sarebbe da escludere l'estensione del diritto di voto agli stranieri, non solo in ragione del dato letterale della norma, ma in virtù del fatto che la loro estensione comporterebbe il superamento dello stesso concetto di cittadinanza come *status* che lega l'insieme di individui che costituiscono il popolo, a cui appartiene la sovranità, e inciderebbe quindi sugli elementi costitutivi dello Stato.

Infatti, l'art. 1 della Cost.¹⁴⁰, considerata norma sovra-costituzionale, attribuisce al popolo la sovranità dello stato, identificando il primo come «l'insieme di individui uniti da un vincolo nazionale identitario e da quello della cittadinanza»¹⁴¹, concetto differente dalla popolazione, che è «l'insieme degli

¹³⁵ A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, cit., 2.

¹³⁶ T. F. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, Relazione al convegno “Cittadini di oggi e di domani. Le sfide dell'immigrazione per il territorio”, Alessandria, 18 novembre 2006, 6.

¹³⁷ Rientrano nel Titolo IV il diritto di voto (art. 48), il diritto di associarsi in partiti politici (art. 49), il diritto di petizione alle Camere (art. 50), il diritto di accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive (art. 51), il dovere di difendere la Patria e l'obbligo di prestare il servizio militare (art. 52), il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della sua Costituzione e delle sue leggi (art. 54).

¹³⁸ L'elettorato attivo è sancito dall'art. 48 co. 1 Cost. «Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età», quello passivo all'art. 51 co. 1 «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. Tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

¹³⁹ A ritenere insuperabile l'estensione della titolarità dei diritti politici ai non cittadini sono C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Cedam, Padova, 1976, 1154 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti*, in *Diritto e società*, 1979, 706-707, 712-71; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*, in *Studi in memoria di Gaetano Serino*, Giuffrè, Milano, 1966, 316-317; C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 227.

¹⁴⁰ Per il commento all'art. 1 Cost. v. C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma, 1975.

¹⁴¹ B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei “non cittadini”. Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, Relazione al Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti “Lo statuto costituzionale del non cittadino”, Cagliari, 16 ottobre 2009, 5.

individui che fanno parte in un preciso momento di un ordinamento giuridico territoriale»¹⁴².

Fautore di questa interpretazione è Carl Schmitt, il quale esclude che i diritti politici siano attribuibili agli stranieri perché «altrimenti cesserebbe l'unità e la comunità politica e cadrebbe il presupposto essenziale dell'esistenza politica, la possibilità di distinzione fra amico e nemico»¹⁴³.

Secondo tale interpretazione, il divieto costituzionale di estendere il diritto di voto deve desumersi anche dagli artt. 48 e 51, non solo per la loro formulazione letterale, che in passato è stata già ritenuta superabile¹⁴⁴, ma perché costituiscono diretta attuazione del principio di sovranità di cui all'art. 1 Cost., esprimendo così il collegamento tra *status* di cittadini ed esercizio della sovranità¹⁴⁵.

Inoltre, la ragione di tale esclusione sarebbe comunque funzionale a proteggere la vita politica del paese dall'ingerenza di paesi esteri, in quanto gli stranieri potrebbero trovarsi in una situazione di conflitto di fedeltà tra il paese al quale appartengono e il paese nel quale eventualmente sono elettori¹⁴⁶.

Secondo un diverso orientamento, meno rigido, non sarebbe in assoluto vietato estendere i diritti politici, incluso quello di voto, agli stranieri, ma tale operazione potrebbe essere effettuata solo mediante una legge di revisione costituzionale, volta a modificare l'art. 48¹⁴⁷.

I sostenitori di quest'interpretazione condividono, quindi, il superamento del dato letterale soltanto con una modifica dello stesso¹⁴⁸.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario in dottrina propende per estendere il diritto di voto attraverso il ricorso ad una legge ordinaria. Invero, secondo questi autori ciò che si può desumere dall'art. 48 Cost. è il diritto di voto

¹⁴² B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, cit., 5.

¹⁴³ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 227.

¹⁴⁴ V. para. 3 secondo il riferimento ai cittadini di cui all'art. 3 cost. è stato superando, interpretando il principio di eguaglianza applicabile a tutti.

¹⁴⁵ P. COLASANTE, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini prospettive di riforma e fonte competente*, in *Rivista AIC*, 2016, 13.

¹⁴⁶ P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri profili costituzionali e prospettive legislative*, in *federalismi.it*, 2003, 11, 7.

¹⁴⁷ In questo senso P. COLASANTE, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente*, cit., 14; T. E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 maggio 2004.

¹⁴⁸ Tra questi si segnalano, G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, cit., 307, 268-269; F. LANCHESTER, *Voto (diritto di): a) Diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 1123-1124.

costituzionalmente sancito per i cittadini, ma non la esclusione dell'estensibilità dello stesso ai non cittadini. In altre parole, si vuole garantire la copertura costituzionale del diritto di voto ai soli cittadini, ammettendo quindi la possibilità di estenderlo ai non cittadini solo per via di legge, senza che agli stessi sia garantita una tutela più forte, quale è quella derivante dalla Costituzione.

Il contenuto di tale diritto potrà essere il medesimo di quello riconosciuto ai cittadini, ma avrà natura diversa, in quanto non costituirà una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente garantita¹⁴⁹. Rientra, quindi, nella discrezionalità del legislatore riconoscere come diritti legislativi i diritti politici agli stranieri.

All'interno di tale orientamento, la dottrina si divide tra coloro che sostengono l'estensione del diritto di voto, limitandolo però alle elezioni amministrative, anche in un'ottica di progressiva partecipazione degli stranieri alla vita pubblica del territorio¹⁵⁰, e quelli che invece non ritengono ammissibile una distinzione nella capacità elettorale del singolo¹⁵¹.

Da ultimo, vi è chi sostiene che la titolarità dei diritti politici può essere riconosciuta *rebus sic stantibus* agli stranieri, a partire quindi da un'interpretazione autentica delle disposizioni costituzionali¹⁵².

Secondo tale dottrina, il riferimento letterale di cui all'art. 48 Cost. deve essere letto in relazione ad altri parametri costituzionali quali l'art. 1, 2, 3 della Cost., che imporrebbero alla luce delle trasformazioni sociali intercorse un ripensamento della cittadinanza, non tanto verso un superamento della stessa

¹⁴⁹ A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, cit., 6.

¹⁵⁰ La dottrina maggioritaria è favorevole all'estensione dei diritti elettorali anche agli stranieri extracomunitari a livello locale, così A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, cit., 64.

La distinzione tra le elezioni politiche e amministrative secondo questa dottrina è da rinvenirsi nella differente natura delle due competizioni elettorali, in quanto la prima è volta a determinare l'indirizzo politico del paese, mentre la seconda riguarderebbe la funzione di governo delle comunità locali. Secondo altri, invece, la distinzione deve fondarsi sulla concezione progressiva, ossia in un graduale coinvolgimento dello straniero nella vita politica del Paese.

¹⁵¹ Secondo infatti, alcuni autori, entrambe le elezioni sarebbero concorrenti alla determinazione della politica del paese. Secondo invece A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Consulta online*, 1° aprile 2015, www.giurcost.org, 132 ss. non sarebbe ammissibile estendere per via legislativa il diritto di voto agli stranieri, in quanto non sarebbe possibile differenziare le elezioni politiche nazionali e quelle relative alla formazione degli organi di governo delle regioni e delle autonomie locali territoriali perché queste ultime rappresentano comunque elementi costitutivi della Repubblica e dunque non è possibile giustificare alcuna diversa capacità elettorale nei due tipi di consultazioni che si fondi sulla distinzione fra sovranità e autonomia.

¹⁵² A. ALGOSTINO, *Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi*, Franco Angeli, Milano, 2020, 450 ss.

come criterio fondante di una comunità politica, quanto nella sua configurazione come categoria al cui interno possono essere ricondotti molteplici soggetti, non necessariamente identificabili alla luce della sola concezione nazionalistica, che storicamente ha ispirato al delineazione dello status di cittadino¹⁵³.

Tra gli argomenti a sostegno, quindi, del riconoscimento della titolarità dei diritti politici agli stranieri assume primaria importanza il principio democratico.

Secondo quest'ultimo, uno Stato può qualificarsi come tale solo quando vi è una effettiva «corrispondenza tra partecipazione alla società (e soggezione al governo) e partecipazione politica (alla formazione del governo)»¹⁵⁴. In altre parole, tale principio impone l'identità tra governati e governanti, affinché i primi possano esprimersi e concorrere nella scelta dei secondi¹⁵⁵. Diversamente, in presenza di uno scarto tra coloro che partecipano alla vita della comunità e coloro che possono esercitare il diritto di voto in essa, il criterio che nega tale esercizio non può che essere inadeguato rispetto al principio democratico che governa la Repubblica, imponendo così di «considerare irrilevante (o di superare) la lettera dell'articolo 48 Costituzione, per scongiurare un *vulnus* al carattere democratico dello Stato e la nascita di una nuova classe di "sudditi" e di "esclusi"»¹⁵⁶. L'estensione del suffragio agli stranieri è, quindi, derivazione del principio di cui all'art. 1 Cost.¹⁵⁷.

A ciò si aggiunga che l'art. 3 co. 2 Cost. non distingue tra cittadini e non, affermando la necessità di garantire l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica del Paese, così come il riconoscimento della pari dignità sociale a tutti¹⁵⁸.

¹⁵³ A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, cit., 8.

¹⁵⁴ A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, cit., 9.

¹⁵⁵ A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, cit., 8, ma anche M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987 che richiama. Secondo l'A. il principio democratico fornisce da un lato, una legittimazione sufficiente per la titolarità e l'esercizio dei diritti di partecipazione alla vita politica del paese di residenza a chiunque e dall'altro, un vincolo un dovere di muovere in tale direzione.

¹⁵⁶ A. ALGOSTINO, *Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione*, cit., 464.

¹⁵⁷ Secondo A. ALGOSTINO, *Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione*, cit., 465 la tesi della riconoscibilità del diritto di voto agli stranieri è suffragata dalla sovranità popolare, che si manifesta non solo attraverso i diritti politici, ma anche con l'esercizio di diritti quali la libertà di riunione e associazione. Ne consegue che «anche i non cittadini, esercitando i diritti, partecipano della sovranità, e che, pertanto, il popolo, titolare della sovranità, non coincide con il corpo elettorale, né con l'insieme di coloro che posseggono il titolo di cittadino».

¹⁵⁸ A. ALGOSTINO, *Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione*, cit., 465; A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, cit., 66. Inoltre

Da ultimo, la stessa dottrina ha rilevato come non sia ammissibile escludere il diritto di voto ai non cittadini, non solo perché partecipano da tanti anni al progresso sociale ed economico del paese, ma perché contribuiscono allo stesso mediante l'assolvimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, come prescrive l'art. 2 Cost.¹⁵⁹ Pertanto, escludere gli stessi dal diritto di voto significa distinguere tra solidarietà, accogliendo la partecipazione degli stranieri alla sola solidarietà economica, negando invece il loro coinvolgimento in quella politica, e violare il noto principio «*no taxation without representation*»¹⁶⁰. Ne discende «l'impossibilità di disgiungere il riconoscimento dei diritti costituzionali alla pretesa di adempimento dei correlativi doveri»¹⁶¹, proprio perché chi soggiace ai secondi deve anche godere dei primi.

Appare quindi che il legame esclusivo tra i diritti politici e la cittadinanza sembra per lo più essere retaggio di un legame che tradizionalmente ha unito i due e della considerazione per cui il rapporto tra lo Stato e il cittadino si qualifica come “diverso”, rispetto a quello che può instaurarsi con lo straniero, sia per la sua durata permanente, sia perché originario¹⁶². Tuttavia, non appare più giustificabile un simile assunto a fronte della realtà, costituita da stranieri che da anni vivono e soggiornano nel territorio, partecipando in concreto alla vita della comunità. Ne deriva che la residenza sembra sempre più essere un criterio idoneo ad esprimere quel legame profondo con il territorio e lo Stato ricevente che giustifica l'attribuzione dei diritti politici, senza svalutare il criterio della cittadinanza che si concretizzerebbe in una presunzione di residenza stabile¹⁶³.

Algostino propone ulteriori argomenti a sostegno del riconoscimento del diritto di voto agli stranieri, quale l'articolo 6 che sancisce «la volontà di rendere effettiva, dal punto di vista della rappresentanza, la tutela di minoranze interpretate in maniera evolutiva; o nell'art. 10, c. 3, appoggiandosi alla ratio del diritto di asilo, per riconoscere in capo all'asilato, superando indicazioni giurisprudenziali contrarie, i diritti politici e, quindi, chiamare in causa il principio di eguaglianza e l'irragionevolezza dell'esclusione degli “altri” stranieri; o, ancora, nell'art. 11, nel quale “copertura” di norme internazionali che in ipotesi garantiscano il diritto di voto agli stranieri o si riferiscano ad una categoria ampia dei diritti cosmopolitici comprensivi anche dei diritti politici, oppure valorizzandone le indicazioni a favore della promozione della pace e della giustizia».

¹⁵⁹ A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, cit., 67.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, cit., 67.

¹⁶² Vedi para. 3 sulla giurisprudenza della Corte cost. sull'estensione del principio di eguaglianza agli stranieri.

¹⁶³ A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, cit., 7.

Si deve quindi ammettere «la strutturazione di processi di lealtà tra membri della collettività stanziata su un determinato territorio, differenti da quelli tradizionali fondati sull'idea risalente di cittadinanza come appartenenza necessaria dell'individuo allo Stato-nazione in virtù di vincoli eminentemente di sangue, a favore dell'esaltazione del requisito volontaristico, condizione della residenza stabile e premessa di nuove forme di inserimento dell'individuo nelle comunità politico-sociale»¹⁶⁴.

Queste esigenze sono state fatte proprie anche da regioni ed enti locali, che hanno contribuito, mediante la modifica dei loro statuti, al coinvolgimento degli stranieri nel processo di integrazione e di partecipazione alla vita politica della comunità, cercando così di colmare la lacuna lasciata dal legislatore sul tema¹⁶⁵.

¹⁶⁴ A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, cit., 62.

¹⁶⁵ Sul punto v. P. COLASANTE, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente*, cit.; D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari può ancora passare dalla "partecipazione politica"? Spunti di carattere comparato e brevi considerazioni sulle proposte più recenti e sulle prassi locali*, in Rivista Gruppo di Pisa, 1.2.2014.; T. F. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, Relazione al convegno "Cittadini di oggi e di domani. Le sfide dell'immigrazione per il territorio", Alessandria, 18 novembre 2006; C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in DIC, 2012, II, 43 ss.; F. CUOCOLO, *I nuovi statuti regionali fra Governo e Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4047 ss.; S. BALDIN, *La competenza esclusiva statale sull'immigrazione vs. la legislazione regionale sull'integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, reperibile su www.forumcostituzionale.it; A. ANZON, *La Corte condanna all'"inefficacia giuridica" le norme "programmatiche" degli Statuti regionali ordinari*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2005; A. RUGGERI, *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, reperibile su www.forumcostituzionale.it.

Lo statuto della regione Toscana ha previsto che "la Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati" (art. 3, comma 6). La regione Emilia Romagna ha stabilito che "nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti" (art. 2, lett. f) e, per altro verso, che "la Regione, nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un Comune del territorio regionale i diritti di partecipazione (...) compreso il diritto di voto nei referendum e nelle altre forme di consultazione popolare" (art. 15, comma 1). Sul punto sono stati successivamente impugnati dal Governo, per violazione degli artt. 48 e 117, comma secondo, lett. f) e p), Cost. La Corte cost. è intervenuta con le sentenze nn. 372 e 379 del 2004, ritenendo inammissibili le questioni di costituzionalità per il carattere delle disposizioni «non prescrittivo e non vincolante [...] che [...] esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa». In merito allo statuto della Emilia-Romagna, la C. cost. con sent. 300 del 2005, ha dichiarato infondate tutta una serie di impugnative governative della legge regionale emiliano-romagnola.

Ulteriori iniziative verso l'estensione del suffragio sono state intraprese dagli Statuti dei Comuni di Forlì e di Genova. Il comune di Forlì aveva attribuito il diritto di voto nelle sole elezioni circoscrizionali e l'iniziativa del Consiglio comunale di Genova aveva modificato il suo Statuto prevedendo espressamente l'estensione del diritto di voto amministrativo in ambito locale agli stranieri extracomunitari residenti.

Sul punto si è espresso il Consiglio di Stato e, nel primo caso, ha ritenuto legittima la scelta del Comune; nel secondo, ha dichiarato illegittima la previsione. V. T. F. GIUPPONI, *Stranieri*

I tentativi operati da tali attori dimostrano l'esistenza di un comune sentire e di un bisogno di prevedere forme di appartenenza e di proiezione politica rappresentativa degli stranieri residenti che abbiano maturato un certo radicamento in Italia, a dimostrazione della profonda trasformazione che investe la cittadinanza oggi.

Per tale ragione, alcuni autori hanno proposto un'altra via per coinvolgere gli stranieri alla vita politica del paese, la riforma della legge sulla cittadinanza¹⁶⁶.

La legge sulla cittadinanza 92 del 1991 si fonda – come sottolineato – sul concetto di cittadinanza, quale *status* che attribuisce una serie di condizioni giuridiche soggettive al singolo, in virtù del legame di appartenenza *jus sanguinis* che presenta.

È quindi accolta nell'ordinamento un'idea di cittadinanza fortemente intrisa di nazionalità, in cui sono valorizzati i legami di sangue e/o di razza, di tradizioni, di cultura, quello di religione e di lingua, al fine di favorire il consolidamento del senso di unità nazionale, anche in ragione delle vicende politico-istituzionali che hanno coinvolto l'Italia negli anni del dopo guerra¹⁶⁷.

Tuttavia, come si è già affermato, la cittadinanza fondata sul concetto identitario di Nazione, che ha costituito il riferimento tradizionale per il riconoscimento dei diritti politici, ora «è oggetto di profondi mutamenti in ragione delle molteplici modalità con le quali le persone circolano tra gli ordinamenti giuridici e fanno parte di ciascun ordinamento»¹⁶⁸.

Conseguenza dei suddetti mutamenti sono proprio i numerosi progetti di riforma della cittadinanza presentati alle Camere, in ragione dell'eccessiva rigidità dei criteri, anche in relazione a quelli adottati dagli altri stati europei¹⁶⁹.

extracomunitari e elezioni locali: dopo il "caso Genova", un "caso Torino"?, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 125 ss.; T.F. GIUPPONI, *La partecipazione degli stranieri extracomunitari alle elezioni locali: le (contraddittorie) risposte di Palazzo Spada al "caso Genova"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006, I, reperibile su www.forumcostituzionale.it.

¹⁶⁶ V. sul punto v. P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri profili costituzionali e prospettive legislative*, cit., 25 ss.

¹⁶⁷ A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, cit., 58- 59.

¹⁶⁸ B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, cit., 11.

¹⁶⁹ Per un approfondimento sull'estensione del diritto di voto agli stranieri in altri paesi europei v. D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari può ancora passare dalla "partecipazione politica"? Spunti di carattere comparato e brevi considerazioni sulle proposte più recenti e sulle prassi locali*, cit.

Pertanto, a prescindere dalla via che si desidera privilegiare, quella della riforma della cittadinanza, o quella dell'estensione dei diritti politici agli stranieri, è ormai evidente l'inadeguatezza della scelta di escludere gli stranieri stabilmente residenti nel territorio italiano dai diritti politici.

E a tale conclusione si perviene anche in ragione della considerazione che la cittadinanza storicamente ha sempre assunto un ruolo di inclusione, nascendo come fattore di eguaglianza, perché le appartenenze a ceti e corporazioni, che nell'antico regime valevano a differenziare e graduare la posizione e il valore dell'individuo rispetto all'organizzazione politica, con il sorgere delle Costituzioni «divengono giuridicamente irrilevanti o almeno non determinanti per indicare la posizione e il valore dell'individuo rispetto allo Stato»¹⁷⁰, segnando così il «passaggio dai “sudditi” ai “cittadini”»¹⁷¹.

Oggi la cittadinanza sembra essere, invece, il principale criterio di esclusione e di discriminazione dello straniero, che sopravvive al progresso della civiltà.

È allora compito del giurista intervenire per correggere tale paradosso, proponendo un concetto di cittadinanza aperto e inclusivo, volto a valorizzare la partecipazione alla vita della comunità e a ridurre il peso dei caratteri culturali-identitari di stampo nazionale, contribuendo in tale modo a dare voce agli stranieri e forse attenuando anche la loro condizione di vulnerabilità.

¹⁷⁰ V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Relazione introduttiva svolta al Convegno di Cagliari dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, dedicato allo stesso tema*, il 16 ottobre 2009, 4.

¹⁷¹ V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 4.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Nella presente ricerca ci si era proposti di indagare il rapporto di lavoro con il lavoratore extracomunitario e di interrogarsi sulle ricadute che la disciplina dell'immigrazione presenta sul medesimo.

Esito di tale indagine è stata la delineazione della condizione di precarietà che chiama in causa il lavoratore straniero e che si realizza ad opera della legge sull'immigrazione. Quest'ultima, infatti, nel regolare i requisiti di ingresso e nel subordinare la permanenza dell'immigrato ad una causa che giustifichi il soggiorno nel paese ospitante, plasma e struttura la sua condizione di vulnerabilità.

Sul piano del rapporto di lavoro, si è evidenziato che lo stesso funge da elemento che legittima la permanenza nel paese ricevente, nonostante la formulazione delle disposizioni di legge affermino il contrario. Dalla normativa, per quanto concerne il migrante per motivi economici, e dalla giurisprudenza, per quanto riguarda i migranti per motivi umanitari, emerge un legame tra il diritto a permanere nel paese ospitante e la sussistenza di un rapporto di lavoro.

Ne discende che la condizione precaria del migrante, che si esplica anche nel rapporto di lavoro, lo pone in una posizione di strutturale debolezza e *a fortiori* di fronte alla controparte contrattuale, il datore di lavoro.

Affiora così la seconda questione che questa tesi si è posta: come tale condizione di debolezza si ripercuote sull'equilibrio sinallagmatico sotteso al contratto di lavoro.

L'interesse al soggiorno, mediato dall'esistenza di un rapporto di lavoro, si inserisce nella causa del contratto, rilevando non tanto come mero motivo, ma come interesse giuridicamente rilevante. Ciò, si giustifica dal fatto che attraverso il contratto di lavoro, lo straniero non reperisce solo i mezzi di sostentamento derivanti dallo svolgimento dell'attività lavorativa, ma realizza anche il modo di poter soggiornare legittimamente nel paese ospitante. Ne discende che il contratto di lavoro appare soddisfare interessi ulteriori, legati al diritto di permanere nel territorio, che alterano il sinallagma contrattuale, creando uno squilibrio maggiore rispetto a quello attuato nel rapporto di lavoro con il cittadino.

Effetto dell'asimmetria contrattuale appena evidenziata è l'attribuzione al datore di lavoro di un potere, idoneo a penetrare più intensamente nel rapporto con il lavoratore straniero.

Tale esito implica non solo accettare un diverso assetto di interessi tra le parti, circostanza che impone di rileggere il rapporto di lavoro alla luce dell'interesse al soggiorno, ma anche interrogarsi sull'inquadramento del potere datoriale idoneo ad incidere sulla sfera privata del lavoratore, condizionandone – seppure indirettamente – il soggiorno.

Risulta così necessario indagare le modalità per ridurre lo squilibrio appena delineato, oggetto della terza domanda di ricerca che è stata affrontata nell'ultimo capitolo del presente elaborato. Invero, l'analisi dei correttivi da introdurre normativamente – in una prospettiva *de iure condendo* – o da adottare – nella prospettiva *de iure condito* –, nei diversi ambiti del rapporto, del mercato del lavoro o a livello normativo, non sembrano capaci di sradicare esaustivamente la condizione di debolezza che coinvolge il lavoratore straniero, che rimane legata alla mancanza di un diritto di soggiorno incondizionato per lo stesso, *rectius* alla condizione giuridica che lo caratterizza.

Questa trova espressa legittimazione nella Costituzione italiana, che all'art. 10 co. 2 dispone che la condizione giuridica dello straniero debba essere regolata dal legislatore, condannando così lo stesso ad assumere connotati diversi rispetto al cittadino italiano.

Ne deriva che la cittadinanza sembra costituire un elemento di differenziazione nel riconoscimento dei diritti degli stranieri, anche se oggi, grazie alla valorizzazione del principio di ragionevolezza ad opera della Corte costituzionale, si assiste ad una sua progressiva svalutazione.

L'unico ambito in cui la condizione giuridica dello straniero non appare assumere alcuna rilevanza giuridica è quello dello svolgimento del rapporto di lavoro (l'instaurazione del rapporto con l'extracomunitario è, come visto, invece oggetto di una complessa normativa che disciplina nel dettaglio i requisiti di ingresso e di permanenza). Invero, in virtù del principio di parità di trattamento che governa tale rapporto di lavoro, lo straniero perde la sua connotazione di “non cittadino” per assumere esclusivamente le vesti del “lavoratore”, che, come tale, deve essere trattato allo stesso modo degli altri lavoratori in posizione analoga alla sua.

Per tale ragione, si ritiene che tale principio, ignorando la diversa condizione giuridica che connota lo straniero – avente come principale effetto il mancato godimento di un diritto di soggiorno incondizionato –, potrebbe ledere il principio di ragionevolezza che informa l'ordinamento giuridico, come è stato sottolineato in merito all'esercizio del potere di recesso.

Come è stato rilevato, è evidente, dunque, che la condizione giuridica dello straniero, anche quando questo è un lavoratore, permane e condiziona il rapporto di lavoro e gli equilibri ad esso sottesi.

Appare così doverosa una riflessione sul significato della cittadinanza, che rappresenta oggi per lo straniero un confine, interno al paese ricevente, che ha l'effetto di relegarlo ai margini della società.

La contraddizione che la cittadinanza presenta è eclatante: da un lato, si ammette e si pretende che gli stranieri, al pari dei cittadini, contribuiscano al progresso sociale ed economico della società – versando contributi previdenziali o pagando le tasse –, dall'altro, però, li si esclude dalla partecipazione alla vita politica, accettando una partecipazione limitata alla sola dimensione economica, violando così il tradizionale principio “*No taxation without representation*”.

Tuttavia, la portata universalistica del principio di eguaglianza in ragione della comune appartenenza alla specie umana, su cui era fondata in origine la cittadinanza¹, impone di riflettere su quest'ultima, al fine di ricondurla ad un significato coerente con la sua *ratio* ispiratrice.

La valorizzazione della persona in quanto tale e del contributo che essa apporta alla società implica accettare la partecipazione sociale e politica degli stranieri stabilmente residenti nel territorio italiano.

In questa sede, non si vuole privilegiare la via dell'estensione del diritto di voto agli stranieri, piuttosto che prediligere una riforma della legge sulla cittadinanza, quanto evidenziare le incongruenze che l'attuale concezione di cittadinanza manifesta, in quanto fonte strutturale di discriminazione.

In altre parole, sembra arrivato il momento di accogliere una nozione costituzionale di cittadinanza, volta a ricomprendere in sé tutte le manifestazioni politiche della personalità individuale che si esplicano sul territorio della

¹ V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Relazione introduttiva svolta al Convegno di Cagliari dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, dedicato allo stesso tema*, il 16 ottobre 2009, 4-5.

Repubblica, abbandonando il concetto di cittadinanza nazionale, che privilegia il rapporto esclusivo tra il singolo e lo stato².

Il mutamento di prospettiva che occorre intraprendere nella gestione dei flussi migratori e nell'approccio dello straniero impone di guardare quest'ultimo *in primis* come persona, membro della comunità sociale e politica, in virtù del legame effettivo che intrattiene con il territorio. Lo stesso, al pari del cittadino, appartiene e partecipa attivamente alla comunità, vivendoci e accettando il patto fondativo della società, di cui la Costituzione è espressione.

Permettere a loro di esprimere i loro bisogni e le loro esigenze, anche in sede politica, oltre che essere la basilare attuazione del principio democratico che governa lo stato italiano e del principio di eguaglianza sostanziale, sembra anche essere la via per ridurre la condizione di precarietà di cui sono portatori e promuovere, una loro integrazione effettiva.

² M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997, 522.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012*, Giuffrè, Milano, 2013.

AA.VV., *Lavoratore extracomunitario di integrazione europea: profili giuridici*, Cacucci, Bari, 2007.

AA.VV., *I poteri del datore di lavoro nell'impresa. Atti al Convegno di Studi, Venezia, 12 aprile 2002*, Cedam, Padova, 2002.

AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma palazzo della Consulta 13-14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994.

AA.VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà. Bilancio di vent'anni di attività*, il Mulino, Bologna, 1978.

M. ACIERNO, *La protezione umanitaria prima e dopo il decreto legge n. 113 del 2018*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020, 805 ss.

M. ACIERNO, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019, 65 ss.

M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *QG*, 2018, II, 99 ss.

M. ACIERNO, *La protezione internazionale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, testo della relazione tenuta all'incontro di studi "Tutela dei nomadi, rifugiati, migranti" organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura a Roma il 27-29 settembre 2010.

M. ACIERNO, *La tutela delle discriminazioni nel d.lgs. 215/2003*, in *DIC*, 2004, III, 43 ss.

A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari*, il Mulino, Bologna, 1992.

A.S. AGRÒ, *Articolo 3, 1 comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna, 1975, 127 ss.

L. ALENI, *La politica dell'Unione europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 589 ss.

E. ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, "non dichiarato": una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di "attività remunerata"*, in *DLM*, 2014, I, 11 ss.

A. ALGOSTINO, *Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi*, Franco Angeli, Milano, 2020, 450 ss.

A. ALGOSTINO, *Il Decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, II, 167 ss.

A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *costituzionalismo.it*, 2010, I, 1 ss.

A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006.

K. ALIDADI, *Religion, Equality and Employment, in Europe: the Case for Reasonable Accommodation*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

P. ALSTON, *Core Labour Standard and the Transformation of the International Labour Right*, in *EJIL*, 2004, vol. 15, 478 ss.

S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019.

M. AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza, Milano, 2020.

M. AMBROSINI, *Le politiche dell'Unione Europea sull'immigrazione*, in www.welforum.it, 24 maggio 2019.

M. AMBROSINI, D. DE LUCA, S. POZZI, *Sindacati multietnici. Diversi volti di un cammino in divenire*, Edizione junior, Parma, 2016.

M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile: Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Mulino, Bologna, 2013.

M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, il Mulino, Bologna, 2011.

M. T. AMBROSIO, *Per una nuova governance delle migrazioni economiche: prospettive sovranazionali e interne*, in *RDSS*, 2021, 33 ss.

V. ANGIOLINI, *Immigrazione e lavoro*, in *RGL*, 2002, I, 135 ss.

A. ANZON, *La Corte condanna all'"inefficacia giuridica" le norme "programmatiche" degli Statuti regionali ordinari*, 2005, reperibile su www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it.

G. ARDAU, *I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1940.

G. ARRIGO, *Uguaglianza, parità e non discriminazione nel diritto dell'unione europea*, in *RGL*, 2016, II, 457 ss.

A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: an Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, 1 ss.

S. BALDIN, *La competenza esclusiva statale sull'immigrazione vs. la legislazione regionale sull'integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, reperibile su www.forumcostituzionale.it

E. BALIBAR, *Strangers as Enemies. Walls all over the World, and how to Tear them Down*, in *Mondi Migranti*, 2012, I, 7 ss.

M. V. BALLESTRERO, *Brevi note sulla dialettica tra posizioni e contrattualistiche e a contrattualistiche*, in *LDE*, 2020, III, 1 ss.

M. V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 2004, III-IV, 501 ss.

M. V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *DLRI*, 1994, 63, 481 ss.

L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1915.

R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, I, 21 ss.

M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione continuità*, Giuffrè, 2007.

M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario* in *DLRI*, 2003, 99-100, 399 ss.;

M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, I, 191 ss.

M. BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *RIDL*, 2010, III, 71 ss.

P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 21 ss.

L. BATTISTA, *Il lavoro sommerso e il ruolo dell'Autorità europea del lavoro*, Cacucci, Bari, 2022.

A. BAYLOS GRAU, *Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori*, in *LD*, 2017, I, 7 ss.

M. BELL, L. WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *DLRI*, 2003, III-IV, 373 ss.

A. BELLAVISTA, *L'emersione del lavoro irregolare nel decreto rilancio*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, Torino, 2020, 163 ss.

A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive*, in *RGL*, 2012, II, 269 ss.

A. BELLAVISTA, *Il Lavoro sommerso*, Giappichelli, Torino, 2000.

M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *DIC*, 2019, II, 1 ss.

M. BENVENUTI (cura di), *La protezione internazionale degli stranieri in Italia: uno studio integrato sull'applicazione dei criteri di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e le procedure*, Jovene, Napoli, 2011.

M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.

M. BIASI, A. NEGRI, *Religious Freedom and Professional Sports: the Case of the NBA Players Observing the Ramadan Fast*, in *Variazione di temi di diritto del lavoro*, 2019, V, 1351 ss.

L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su «poteri privati» ed interessi legittimi*, in *RGL*, 1981, I, 259 ss.

R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia, Lezione tenuta al Palazzo della Consulta nel corso della SSM di giustizia costituzionale - 30 maggio 2023* reperibile su
<https://www.robertobin.it/ARTICOLI/Ragionevolezza%20e%20eguaglianza.pdf>.

F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013.

F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, V, 557 ss.

P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti*, in *Diritto e società*, 1979, 706 ss.

S. BOLOGNA, *Lavoro e sicurezza sociale dei migranti economici: l'eguaglianza imperfetta*, in G. DE MARZO, F. PARISI (a cura di), *Diritto e immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, la Tribuna, Treviso, 2021, 278 ss.

P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e lavoro: quali regole? Modelli, problemi e tendenze*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

P. BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *ADIR*, 2009, 1 ss. reperibile su <https://www.adir.unifi.it/odv/documenti/frontiere/bonetti.htm>.

P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *DIC*, 2008, I, 13 ss.

P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri profili costituzionali e prospettive legislative*, in *federalismi.it*, 2003, 11, 1 ss.

P. BONETTI, *Tra interessi dello stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla c. costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, III, 2372 ss.

S. BORELLI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, M. RANIERI, *L'altro art. 18. Riflessioni giuslavoristiche sullo sfruttamento del lavoro. Introduzione*, in *LD*, 2021, II, 187 ss.

S. BORELLI, *Le diverse forme dello sfruttamento nel lavoro domestico di cura*, in *LD*, 2021, II, 281 ss.

M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *DIC*, 2021, I, 1 ss.

M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *DIC*, 2010, 1 ss.

M. BORZAGA, *L'immigrazione per motivi umanitari e per motivi economici nel quadro regolativo internazionale*, in W. CHIAROMONTE, M. D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 29 ss.

M. BORZAGA, *Le politiche dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dell'Unione Europea in tema di contrasto alla povertà*, in *LD*, 2019, I, 63 ss.

M. BORZAGA, M. MAZZETTI, *Core labour standards e decent work: un bilancio delle più recenti strategie dell'OIL*, in *LD*, 2019, III, 447 ss.

C. BOTRUGNO, *Immigrazione ed Unione europea: un excursus storico ragionato*, in *Sociologia del diritto*, 2014, I, 121 ss.

A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *DIC*, 2017, II, 1 ss.

A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *QG*, 14 febbraio 2020.

G. BUCCI, L. PATRUNO, *Illegittimità costituzionale della norma regionale (Lombardia) che non include gli stranieri residenti fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui mezzi di trasporto pubblico*, 2005, in www.costituzionalismo.it.

M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986.

G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti titolari di protezione internazionale tra diritto dell'unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014.

L. CALAFÀ, *Per un approccio multidimensionale allo sfruttamento lavorativo*, in *LD*, 2021, II, 193 ss.

L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *LD*, 2017, I, 67 ss.

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

L. CALAFÀ, *Le azioni positive di inclusione sociale degli stranieri e il modello regolativo nazionale*, in *DIC*, 2009, I, 29 ss.

M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti: profilo internazionalisti ed europei*, Cedam, Padova, 2012.

G. CALVELLINI, *Percorso di lettura sull'inclusione di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria*, in *DLRI*, 2020, 427 ss.

P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, Giuffrè, Milano, 2013.

G. CANNELLA, C. FAVILLI, *La direttiva sulle sanzioni per l'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: contenuto ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *DIC*, 2011, II, 37 ss.

E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Commento all'art. 10*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Costituzione commentata*, One Legale, Milano, reperibile online.

A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-fini*, in *QG*, 2002, 964 ss.

U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *WP CSDLE*, 2003, 5, 1 ss.

A. CARACCIOLO, *Il lavoro dello straniero tra diritti di cittadinanza ed inclusione sociale*, in R. PAGANO, A. SCHIEDI (a cura di), *Identità, pluralità, diversità. Il riconoscimento, ovvero l'essere per l'altro*, Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture, Bari, 2020, 30 ss.

B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici, Relazione al Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti "Lo statuto costituzionale del non cittadino"*, Cagliari, 16 ottobre 2009, 1 ss.

B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13-14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 259 ss.

M. T. CARINCI, *Corte cost. n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "jobs act", e oltre*, in M.T. CARINCI, A. TURSI, *Tutele crescenti e lavoro eterorganizzato al vaglio delle Alte Corti*, Giappichelli, Torino, 2021, 3 ss.

M. T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel 'Job Act': una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in *RIDL*, 2018, IV, 1059 ss.

M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 36, Cedam, Padova, 2005.

F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a edizione, Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1951.

M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Relazione per la Conferenza trilaterale delle corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013* reperibile su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

B. CARUSO, *Lavoro sommerso e il ruolo del sindacato*, in *RGL*, 1999, III, 79 ss.

A. CASSESE, *Commento all'art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975.

N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, in *LD*, 2003, II, 289 ss.

L. CASTELVETRI, F. SCARPELLI, *Il lavoro degli immigrati*, in *RIDL*, 2003, III, 11 ss.

E. CASTRONUOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *DIC*, 2018, 1 ss.

G. CATALDI, *La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare?*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, 2018, 585 ss.

A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica Del Diritto*, 2013, I, 17 ss.

G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2021.

G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006.

S. CENTONZE, S. ANASTASIO *Protezione dei migranti: Corte Edu e Corte di giustizia a confronto*, in *QG speciale*, 2019, I, 390 ss.

W. CESARINI SFORZA, *Diritto (principio e concetto)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, 630 ss.

W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, 659 ss.

C. CESTER, M. G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*, Giuffrè, Milano, 2007.

F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, Cacucci, Bari, 2013.

O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, VI, 3925 ss.

W. CHIAROMONTE, *Immigrazione e contratto di lavoro (voce)*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI, F. SCARPELLI, *Enc. Dir. Contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2023, 707 ss.

W. CHIAROMONTE, *Migrazioni ambientali, protezione internazionale e inclusione lavorativa: la prospettiva nazionale*, in *LD*, 2022, I, 53 ss.

W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. Riflessioni su regolarizzazione ruolo del sindacato*, in *RDSS*, 2022, II, 315 ss.

W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Migranti, lavoro e pandemia: nuovi problemi, vecchie risposte?*, in *RGL*, 2021, I, 3 ss.

W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *DIC*, 2020, III, 1 ss.

W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *Integrazione e inclusione sociale dei lavoratori migranti: il ruolo del sindacato*, in W. CHIAROMONTE, M. D. FERRARA, M. RANIERI, *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 213 ss.

W. CHIAROMONTE, *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il "decreto Salvini"*, in *DLRI*, 2019, 162(2), 321 ss.

W. CHIAROMONTE, «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento ed istanze di tutela*, in *DLRI*, 2018, 321 ss.

W. CHIAROMONTE, *Lavoro diritti sociali degli stranieri. Il governo dell'immigrazione economiche in Italia e in Europa* Giappichelli, Torino, 2013.

W. CHIAROMONTE, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *DLRI*, 2008, 101 ss.

P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 2002, I, 75 ss.

C. CHIOLA, *L'obbligo di segnalare la presenza dello straniero costituisce limite "ragionevole" alla libertà oppure prestazione personale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, II, 1569 ss.

A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, I, 1 ss.

A. CIERVO, *I rifugiati "ambientali". Una nuova categoria giuridica di richiedenti asilo?*, in *RCDP*, 2018, 453 ss.

G. CILIBERTO, A. M. ROȘU, *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, in *QG speciale*, 2019, I, 381 ss.

S. CIUCCIOVINO, *Undeclared work e lavoro sommerso: definizioni e fenomenologie nella prospettiva nazionale e sovranazionale*, in *RGL*, 2023, III, 351 ss.

O. COLAMARTINO, *«Non ho paura. Ma ormai vivo qui». La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023)*, in *QG*, 2023, III, 17 ss.

P. COLASANTE, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini prospettive di riforma e fonte competente*, in *Rivista AIC*, 2016, 1 ss.

M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Carrocci, Roma, 2018.

P. COMANDUCCI, *Su «eguaglianza»*, in *LD*, 1992, IV, 589 ss.

M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2003.

G. CONTI, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria (Nota a sentenza n. 4455 del 2018 della Corte di Cassazione)*, in *Federalismi*, 2018, 1 ss.

C. CORAGGIO, *Le declinazioni del giudizio di ragionevolezza dinanzi alla corte costituzionale*, Tesi di dottorato, 2010/2011.

L. CORAZZA, *Al di là del rapporto di lavoro: fenomenologie e stili del potere datoriale*, in R. DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, Firenze, 2022, 167 ss.

R. CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1956.

C. CORSI, S. DALL'OGGIO, *Il quadro normativo*, in P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione lavoro: quali regole? Modelli, problemi e tendenze*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 395 ss.

C. CORSI, *Diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *federalismi it*, 2014, III, 2 ss.

C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *DIC*, 2012, II, 43 ss.

I. CORSO, *La cd. maxisanzione: elementi caratterizzanti e ambito di applicazione della fattispecie sanzionata*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste (Eut), Trieste, 2016, 453 ss.

CORTE COSTITUZIONALE SERVIZIO STUDI, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee*, Roma, 25-26 ottobre 2013.

F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali?*, in *Rivista AIC*, 2020, VI, 431 ss.

F. CORVAJA, *Quanto eguali? Cittadini stranieri tra principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in G. P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e costituzione*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2019, 139 ss.

F. CORVAJA, *Stranieri e prestazioni di assistenza sociale: La corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, in *DIC*, 2019, III, 244 ss.

R. D. COSTA, *La tutela del lavoratore straniero “irregolare” dopo il decreto n. 130/2020*, *LG*, 2022, XI, 1020 ss.

V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990.

V. CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *RGL*, 1954, I, 67 ss.

M. CUNIBERTI, *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*, in *Forum di quaderni costituzionali*, reperibile su https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/645.pdf

M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero alle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, reperibile su www.forumcostituzionale.it.

M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997.

F. CUOCOLO, *I nuovi statuti regionali fra Governo e Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4047 ss.

L. D'ANDREA, *Acquisto della cittadinanza e principio di eguaglianza: profili costituzionali*, in *Economia e lavoro*, 2010, II, 147 ss.

E. D'AVINO, *Ancora sulla legittimità del requisito del radicamento territoriale per l'accesso ai diritti sociali: aliquid novi?*, in *RDSS*, 2020, III, 577 ss.

K. DANESH, G. DI DONATO, S. KANE, *Le nuove sfide del sindacato pluri-etnico*, in E. GALOSSO (a cura di), *(Im)migrazione e sindacato. Nuove sfide, universalità dei diritti e libera circolazione*, Ediesse, Roma, 2017.

G. DAVIDOV, *Subordination vs Domination: Exploring the Differences* in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations*, *Hebrew University of Jerusalem Legal*, Research Paper No. 17-27, 2017, reperibile su <https://ssrn.com/abstract=2969141>.

U. DE AUGUSTINIS, *Art. 6*, in U. DE AUGUSTINIS (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione: commento alla L. n. 189 del 30 luglio 2002 e al D.L. n. 195 del 9 settembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, 23 ss.

U. DE AUGUSTINIS, *L'introduzione dell'art. 5-bis nel Testo Unico: contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in U. DE AUGUSTINIS (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione: commento alla L. n. 189 del 30 luglio 2002 e al D.L. n. 195 del 9 settembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2003.

C. DE FIORES, *Brevi note sulla condizione giuridica dello straniero nella Costituzione italiana*, in *Democrazia e diritto*, 2020, I, 7 ss.

M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la «lotta per il diritto»*, in *ADL*, 2000, I, 43 ss.

M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1970.

M. DE LUCA, *Lavoratori migrant extracomunitari: per un diritto del lavoro nelle società multiculturali (note minime)*, in *Foro Italiano*, 2014, 11, 279 ss.

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

B. DE MOZZI, *Le convenzioni OIL in materia di lavoratori migranti: quale impatto per l'Italia?*, in L. MECCHI, A. SITZIA (a cura di), *Cento anni nell'Organizzazione internazionale del lavoro: prospettive storiche e giuridiche sulla partecipazione italiana*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023, 285 ss.

B. DE MOZZI, *Le politiche europee in materia di immigrazione*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2021, 491 ss.

B. DE MOZZI, *Religious freedom and the right to rest days on religious festivals (of others)*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2019, V, 1429 ss.

B. DE MOZZI, *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e "azioni positive di svantaggio"*, in *DIC*, 2012, I, 34 ss.

DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post* di AISDUE, 2020, II.

V. DE STEFANO, *Ambito di applicazione soggettivo degli International Labour Standards dell'OIL*, in *LD*, 2019, III, 439 ss.

E. DEWHURST, *The Right of Irregular Immigrants to Back Pay: The Spectrum of Protection in International, Regional, and National Legal Systems* in C. COSTELLO, M. FREELAND (a cura di), *Migrants at work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 216 ss.

A. DI FLORIO, *Dalla protezione umanitaria alla protezione complementare: cos'è cambiato?*, in *QG*, 2023, III, 73 ss.

A. DI FLORIO, *Protezione umanitaria e protezione speciale. La "vulnerabilità" dopo Cass. SU n.24413/2021*, in *QGonline* 2021, 1 ss.

A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, 1983, 341 ss.

A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti «poteri privati»*, in *GI*, 1980, 439 ss.

A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2019.

A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizioni di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù*, in *Archivio penale*, 2019, I, 1 ss.

A. DI PASCALE, *L'impatto del diritto dell'unione europea sul diritto nazionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, Franco Angeli, Milano, 2020, 81 ss.

A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *eurojus.it*, 2020 reperibile su <https://rivista.eurojus.it/il-nuovo-patto-per-limmigrazione-e-asilo-scontentare-tutti-per-accontentare-tutti/>

DIREZIONE GENERALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE (a cura di), XII Rapporto annuale, *Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, 2022.

M. D'ONGHIA, *Il lavoro (regolare) come strumento d'integrazione e inclusione sociale dei migranti*, in H. CAROLI CASAVOLA; L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2022, 51 ss.

M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *LD*, 2021, II, 233 ss.

M. D'ONGHIA, *Spunti di riflessione sulle "moderne" forme di sfruttamento lavorativo*, M. AIMO, A. FENOGLIO, D. IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2021, 441 ss.

M. D'ONGHIA, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, II, 463 ss.

M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*.IT, 2018, n. 352, 53 ss.

G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione Italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Cedam, Padova, 1992.

G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003.

G. DONDI, *La politica verso l'immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, in G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003.

C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'articolo 3 della costituzione*, in *La costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954.

M. ESPOSITO, *Lavoro sommerso (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2012, 752 ss.

M. ESPOSITO, *Il contrasto al lavoro nero: discontinuità dei percorsi legislativi e cultura dei valori giuridici*, Discussion Paper n. 2 Giugno 2012.

EURES, *Lavoro, diritti e integrazione degli immigrati in Italia*, 2008.

EUROSTAT, *Immigration law enforcement in the EU: 2022 figures*, reperibile al <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/DDN-20230505-2>.

M. FAIOLI, *Struttura e contesto della dimensione (negativa) previdenziale nel lavoro prestato irregolarmente*, in *RGL*, 2023, III, 381 ss.

M. FAIOLI, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Giuffrè, Milano, 2008.

A. FALZEA, *Efficacia giuridica (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1965, 432 ss.

C. FAVILLI, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, Franco Angeli, Milano, 2020, 55 ss.

C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *QG online*, 2020.

C. FAVILLI, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, I, 164 ss.

C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *QG*, 2018, II, 28 ss.

C. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *QG online*, 2018.

C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Cedam, Padova, 2011, 121 ss.

C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, III, 693 ss.

C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *DIC*, 2010, II, 13 ss.

C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, 1 ss.

V. FEDERICO, S. BAGLIONI, *Migrants, Refugees and Asylum Seekers' Integration in European Labour Markets. A Comparative Approach on Legal Barriers and Enablers*, Springer, Cham, 2021.

P. FERGOLA, *I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto*, in *LD*, 1990, III, 463 ss.

V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato). Art. 2086*, in *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012,

M.D. FERRARA, *Status degli stranieri e questioni di welfare tra diritti e inclusione sociale*, in *RDSS*, 2017, 265 ss.

M. FERRI, *La tutela del diritto alla vita privata quale limite all'allontanamento dello straniero derivante dal diritto dell'Unione europea. Note a margine del d. l. 20/2023*, in *Eurojus*, 2023, II, 19 ss.

M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, in *DIC*, 2021, II, 78 ss.

D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari può ancora passare dalla "partecipazione politica"? Spunti di carattere comparato e brevi considerazioni sulle proposte più recenti e sulle prassi locali*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1.2.2014, 1 ss.

M. FLAMINI, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da cd. «Paesi sicuri» in seguito alle modifiche introdotte dal dl n. 20 del 2023*, in *QG*, 2023, III, 101 ss.

M. FLAMINI, *La tutela giurisdizionale antidiscriminatoria nell'accesso ai diritti sociali degli stranieri*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020, 546 ss.

Frontex, *Relazione* <https://www.frontex.europa.eu/what-we-do/monitoring-and-risk-analysis/migratory-map/>.

T. E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *Forum di quaderni costituzionali*, reperibile su https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/644.pdf.

J. FUDGE, *Modern Slavery, Unfree Labour and the Labour Market: The Social Dynamics of Legal Characterization*, in *Social & Legal Studies*, 2018, 27, IV, 414 ss.

F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in (a cura di) G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.

E. GALOSSÌ (a cura di), *(Im)migrazione e sindacato. Nuove sfide, universalità dei diritti e libera circolazione*. VIII Rapporto, Ediesse, Roma, 2017.

S. GAMBINO, *Climate change e migrazioni ambientali*, in S. GAMBINO, T. TARSIA, A. VELARDI (a cura di), *Lo straniero. Confronti interdisciplinari e itinerari di ricerca*, Corisco Edizioni, Roma-Messina, 2022, 66 ss.

S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'unione europea fra trattati (di Lisbona) e Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2010, I, 1 ss.

U. GARGIULO, *Identità culturale e tempo di lavoro: un'analisi della contrattazione collettiva*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, ESI, Napoli, 2011, 195 ss.

U. GARGIULO, *Immigrati extracomunitari ed autonomia collettiva un breve appunto su parità e differenza*, in *DRI*, 1992, II, 117 ss.

A. GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati: alla ricerca della solidarietà perduta*, in *RDSS*, 2020, 247 ss.

M.G. GAROFALO, M. MCBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, in *RGL*, 2000, II, 483 ss.

M.G. GAROFALO, *I lavoratori extracomunitari immigrati: osservazioni sulla L. 30 dicembre 1986, n. 943*, in *RGL*, 1988, I, 133 ss.

D. GENOVESE, E. SANTORO, *L'articolo 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *DLRI*, 2018, 159, III, 543 ss.

G. GHEZZI, *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali*, in *politica del diritto*, in *PD*, 1982, II, 195 ss.

O. GIOLO, *Le ragioni (non sufficienti) dell'esclusione. Un approccio teorico-generale al diritto dell'immigrazione*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro: meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009, 79 ss.

M. GIOVANNETTI, *I perimetri incerti della tutela: la protezione internazionale nei procedimenti amministrativi e giudiziari*, in *QG online*, 3 maggio 2021, reperibile su www.questionegiustizia.it/articolo/i-perimetri-incerti-della-tutela-la-protezione-internazionale-nei-procedimenti-amministrativi-e-giudiziari.

M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'unione europea: dal trattato di Roma alla costituzione per l'Europa*, in *DLRI*, 2006, 106, 205 ss.

T. F. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale, Relazione al convegno "Cittadini di oggi e di domani. Le sfide dell'immigrazione per il territorio"*, Alessandria, 18 novembre 2006 reperibile su https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0001_giupponi.pdf.

T. F. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e elezioni locali: dopo il "caso Genova", un "caso Torino"?*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 125 ss.

T.F. GIUPPONI, *La partecipazione degli stranieri extracomunitari alle elezioni locali: le (contraddittorie) risposte di Palazzo Spada al “caso Genova”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006, I, reperibile su www.forumcostituzionale.it.

M. GNES, *L'accesso al lavoro nella pubblica amministrazione*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, 231 ss.

E. GONNELLI, *La regolarizzazione dei lavoratori migranti come intervento straordinario per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *LLI*, 2021, I, 34 ss.

D. GOTTARDI, *La normativa e le politiche europee recenti sull'immigrazione. Due volti o solo uno?*, in *LD*, 2009, IV, 516 ss.

E. GRAGNOLI, *I lavoratori italiani possono chiedere il riposo nel giorno di Indù Dipavali?*, in *Labor*, 2019, II, 177 ss.

E. GRAGNOLI, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *RGL*, 2011, 511 ss.

M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *ADL*, 2004, III, 725 ss.

M. GRANDI, *Rapporto di lavoro (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1987, 313 ss.

P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939.

E. GROSSO, *Straniero (status dello)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, vol. XV, Utet, Torino, 1999, 156 ss.

G. GUARINI, *La manodopera straniera irregolare in Italia e la tutela dei diritti: “schiavitù di ritorno?”*, 2012, reperibile a <https://www.meltingpot.org/2012/06/la-manodopera-straniera-irregolare-in-italia-e-la-tutela-dei-diritti-schiavitù-di-ritorno/>.

A. GUARISO, *L'infinito conflitto tra divieti di discriminazione e welfare “selettivo”*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020, 527 ss.

A. GUARISO, *Direttiva 2011/98 e d.lgs. 40/14 di recepimento*, in *DIC*, 2015, I, 15 ss.

A. GUARISO, *Le incrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, in *DL*, 2006, 35 ss.

R. GUASTINI, *La grammatica di “eguaglianza”*, in *LD*, 1992, II, 205 ss.

A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *QG*, 2009, I, 87 ss.

S. HERNANDEZ, *Le posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968.

E. HOWARD, *Religious clothing and symbols in employment. A legal analyses of the situation in the EU Member States*, *European Network of Legal Experts in gender equality and nondiscrimination*, 2017, reperibile su at https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=48810.

P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano I. Dalla liberazione alla metà degli anni '50*, in *RIDL*, 2007, II, 221 ss.

P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: II dalla metà degli anni '50 alla legge sui licenziamenti individuali*, in *RIDL*, 2007, III, 249 ss.

ILO, *Proteggere i diritti dei lavoratori migranti in situazioni d'irregolarità e gestire le migrazioni irregolari per motivi di lavoro: Un compendio*, 2023.

IOM <https://www.iom.int/key-migration-terms>.

ISTAT, *Stranieri e naturalizzati nel mercato del lavoro italiano del 3 febbraio 2023*.

G. ITZCOVICH, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion pratica*, 2013, II, 433 ss.

A. LAMBERTI, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali degli stranieri*, in *Nomos*, 2022, II, 1 ss.

P. LAMBERTUCCI, *I lavoratori extracomunitari immigrati: la disciplina del rapporto di lavoro la garanzia dei diritti*, in *ADL*, 1995, II, 113 ss.

F. LANCHESTER, *Voto (diritto di): a) Diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 1119 ss.

B. LANGILLE, *Core Labour Rights. The True story (reply to Alston)*, in *EJIL*, 2005, vol. 16. 2005, 425 ss.

C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella costituzione italiana*, in *Studi economico-giuridici*, Cedam, Padova, 1953, 3 ss.

C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, 1973, 1580 ss.

A. LENER, *Potere (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1984, 610 ss.

G. LICASTRO, *L'immigrazione nell'Unione Europea: un cammino difficile*,
reperibile su <https://www.diritto.it/wp-content/uploads/old2022/articoli/europa/licastro.pdf>.

F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: un quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.

M. LIVI BACCI, *Cronache di due fallimenti: l'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in *il Mulino*, 2011, III, 432 ss.

M. LIVI BACCI, *Per una nuova regolazione dell'ingresso degli immigrati*,
reperibile su <https://www.pietroichino.it/?p=16170&print=1>.

M. LIVI BACCI, *Una regolare irregolarità. Vivere da immigrati fuori dalle regole*, in *Il Mulino*, 2006, III, 493 ss.

A. LO FARO, *Immigrazione, Lavoro, Cittadinanza*, in *DLRI*, 1997, I, 28 ss.

M. C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *quaderni costituzionali*, 2010, III, 571 ss.

P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016.

P. LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *RGL*, 2008, IV, 481 ss.

E. LONGO, *Eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in *DIC*, 2022, II, 205 ss.

M. LOSANA, «*Stranieri*» e principio costituzionale di uguaglianza, in *Rivista AIC*, 2016, I, 1 ss.

F. LOVETT *A General Theory of Domination and Justice*, OUP, Oxford, 2010.

G. LOY, *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, in *RGL*, 517 ss.

M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13-14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 245 ss.

M. LUCIANI, *Cittadini stranieri come titolari dei diritti fondamentali. Esperienza italiana*, in *RCDP*, 1992, 203 ss.

C. E. LUCIFREDI, *Evoluzione del potere direttivo nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977.

G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milano, 2023.

G. LUDOVICO, *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato* in B. Nascimbene (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 752 ss.

G. LUDOVICO, *Commento all'art. 9 TUI*, in G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003, 143 ss.

G. LUDOVICO, *Commento all'articolo 22 D.Lgs 286/1998*, in G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003, 158 ss.

G. LUDOVICO, *Politiche migratorie e flussi di ingresso per motivi di lavoro*, in *Il lavoro degli immigrati*, G. DONDI (a cura di), Ipsoa, Milano, 2003, 91 ss.

G. LUDOVICO E M. MARANDO, *La disciplina del lavoro extracomunitario: la determinazione dei flussi di ingresso*, in *DRI*, 2001, IV, 473 ss.

G. LUDOVICO, *Il lavoro subordinato degli immigrati extracomunitari*, in *DRI*, 2001, IV, 477 ss.

G. LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, in *DRI*, 2001, I, 117 ss.

F. LUNARDON, *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in *DLRI*, 1998, n. 21, 265 ss.

S. MABELLINI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva del costituzionalismo multilivello*, in *Diritto e società*, 2013, 291 ss.

MAGISTRATURA DEMOCRATICA E ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Per una legislazione giusta ed efficace sull'immigrazione*, in *QG*, 1996, III e IV.

S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA, E. RISPOLI, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, *Quaderni predisposti in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali Italiana, Spagnola, Portoghese, Madrid 25-26 settembre 2008*, 1 ss.

L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2003.

F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.

M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e*

organizzazione, vol. II, in F. CARINCI, M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 1271 ss.

M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione di lavoro*, Cedam, Padova, 2002.

A. MARCIANO, *I più recenti sviluppi delle tutele giuslavoristi che in materia di politiche migratorie*, in *ADL*, 2021, IV, 859 ss.

V. MARENGONI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *DIC*, 2012, IV, 59 ss.

F. MARINELLI, *Attività sindacale e identità etnica: riflessione sui possibili scenari*, in *DLRI*, 2019, 164 (4), 673 ss.

L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *QG online*, reperibile su <https://www.questionegiustizia.it/articolo/immigrazione-masera>.

L. MASERA, *Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza"*, Giappichelli, Torino, 2009, 27 ss.

L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, reperibile al https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1655-nuove-norme-contro-i-datori-di-lavoro-che-impiegano-immigrati-irregolari#_ftn3.

E. MASSI, *Le sanzioni per l'impiego irregolare di lavoratori stranieri extracomunitari*, reperibile al <http://www.dplmodena.it/massi/Stranieri%206%20>.

F. MAUPAIN, *Revitalization Not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers Rights*, in *EJIL*, 2005, vol. 16, 440 ss.

F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974.

F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*, in *Studi in memoria di Gaetano Serino*, Giuffrè, Milano, 1966, 316 ss.

O. MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRI*, 1989, IV, 583 ss.

M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano: una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari, 2017.

M. MCBRITTON, *Contrattazione collettiva e contrasto al lavoro immigrato irregolare*, in D. GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino, 2017, 143 ss.

M. MCBRITTON, *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in *QG*, 2014, 171 ss.

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

M. MCBRITTON, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, in *RGL*, 2010, II, 549 ss.

A. MELCHIONDA, *Dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 139 della legge doganale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, 289 ss.

L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985.

G. MENTASTI, *La "crimmigration" nel sistema italiano: tra scelte di incriminazione e ricorso al trattenimento amministrativo*, Tesi di dottorato, 2019/2020.

A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020.

S. MEZZADRA, *Moltiplicazione dei confini e pratiche di mobilità*, in *Ragion pratica*, 2013, II, 413 ss.

F. MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, in *DL*, 1951, 73 ss.

M. MILITELLO, *La tutela contro le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI, *Migranti e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2020, 151 ss.

M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, 85 ss.

A. MONTANARI, *Il lavoro degli extracomunitari*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. 6, M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 347 ss.

A. MONTANARI, *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010.

P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019.

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Cedam, Padova, 1976, 1154 ss.

C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma, 1975, 1 ss.

N. MYERS, *Esodo ambientale. Popoli in fuga da terre difficili*, Edizioni Ambiente, Milano, 1999.

S. NAPPI, *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in *DML*, 2007, I-II, 77 ss.

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

B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato, relazione, Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Lo statuto costituzionale del non cittadino" Cagliari, 16-17 ottobre 2009* reperibile su https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/aic200910/Nascimbene.pdf.

B. NASCIMBENE, *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja*, in *Diritto Unione Europea*, 2008, 433 ss.

B. NASCIMBENE (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.

B. NASCIMBENE, E. M. MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *DIC*, 2002, I, 13 ss.

B. NASCIMBENE, *L'incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell'unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, 731 ss.

L. NERI, *Si fa presto a dire speciale. La protezione speciale a due anni dal decreto legge 130/2020: un istituto unitario ancora in cerca di una disciplina, un permesso di soggiorno che non può non essere convertibile*, in *DIC*, 2022, III, 123 ss.

L. NERI, *Il lavoro*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, Rimini, 2019, 203 ss.

L. NERI, A. GUARISO, *La legge Bossi-Fini sull'immigrazione: le innovazioni in materia di lavoro*, in *DL*, 2002, 239 ss.

G. NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1961.

M. NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *LD*, 2021, III-IV, 451 ss.

R. NUNIN, *I diritti sociali degli stranieri in alcune recenti decisioni della corte costituzionale*, in *RGL*, 2022, II, 101 ss.

V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Relazione introduttiva svolta al Convegno di Cagliari dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, dedicato allo stesso tema*, il 16 ottobre 2009 reperibile su https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/aic200910/ONIDA.pdf.

V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009.

A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, 1 ss. reperibile su <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Pace01.pdf>.

C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in *QG online*, 21 novembre 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/quale-sorte-per-ilpermesso-di-soggiorno-umanitario-dopo-il-dl-1132018-_21-11-2018.php.

M. PAGGI, *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, in *DIC*, 2012, IV, 87 ss.

M. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, in *DIC*, 2002, III, 22 ss.

L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 163 ss.

L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1997, 899 ss.

L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. Cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, 519 ss.

L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965.

M. PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, dell'asilo e della sicurezza interna*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995.

M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro: Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo: novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, 349 ss.

L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *DIC*, 2002, II, 9 ss.

F. PERRINI, *Dalla direttiva 2011/95/UE alla proposta di Regolamento qualifiche: quale futuro per la protezione internazionale nell'ordinamento UE?*, in *Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, 2017, III, 56 ss.

M. PERSIANI, *Considerazione sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu: Lavoro, Istituzioni, Cambiamento sociale*, vol. 2, Jovene, Napoli, 2011, 711 ss.

M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

A. PERULLI, V. BRINO, *Diritto internazionale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023.

A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992.

A. PERULLI, *L'Oil e la globalizzazione*, in *LD*, 2019, III, 387 ss.

M. PERUZZI, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *DLM*, I, 115 ss.

R. PESSI, *Il potere direttivo dell'imprenditore ed i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *RIDL*, 1973, 28 ss.

P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, OUP, Oxford, 1997.

B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV*

Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli, 2010, 163 ss.

V. PINTO, *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *RGL*, 2012, 304 ss.

V. PINTO, *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007.

V. PROTOPAPA, *Tutelare il lavoro dei migranti in agricoltura come «pratica di diritto ribelle»*, in L. CALAFÀ, S. IAVICOLI, B. PERSECHINO (a cura di), *Lavoro insicuro. Salute, sicurezza e tutele sociali dei lavoratori immigrati in agricoltura*, il Mulino, Bologna, 2020, 225 ss.

E. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il diritto civile*, in *Riv. Dir. Com.* 1942, 1, 358 ss.

M. RANIERI, *La tutela assistenziale dei migranti*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 235 ss.

M. RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

F. RAVELLI, *La tutela previdenziale dei migranti*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 193 ss.

P. RESCIGNO, *Obbligazioni (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1979, 133 ss.

E. REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998)*,

relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002, Giappichelli, Torino, 2005, 38 ss.

U. ROMAGNOLI, *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico politiche*, in *PD*, 1971, 531 ss.

U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967.

S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1 ed. Pisa, 1918.

C. ROSSANO, «*Ragionevolezza*» e fattispecie di eguaglianza, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 169 ss.

E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, I, 74 ss. reperibile su www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/01/05-Rossi-FQC-1-21.pdf.

A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Consulta online*, 1° aprile 2015, www.giurcost.org, 132 ss.

A. RUGGERI, *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, reperibile su www.forumcostituzionale.it.

A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Costituzionalismo.it*, 2006, II, 1 ss.

O. RYMKEVITCH, *Europa e immigrazione: verso l'adozione di un metodo aperto di coordinamento a livello UE*, in *DRI*, 2001, IV, 457 ss.

SAFE REPORTING PROJECT, *Percorsi di denuncia sicura nella città di Milano*, 2023, reperibile su https://www.safereporting.eu/wp-content/uploads/2023/11/SR_Report_MILANO_IT.pdf.

C. SALAZAR, *Lo "statuto costituzionale dello straniero" e il diritto d'asilo, Relazione al webinar "Quale governo per le migrazioni? Seminario di studi interdisciplinari"*, in *Consultaonline*, 2021, II, 338 ss.

F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a edizione, Napoli, 1966.

E. SANTORO, C. STOPPIONI, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *DLRI*, 2019, 162, II, 267 ss.

M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, I, 41 ss.

G. SAVIO, *Le (apparentemente) minime modifiche alle disposizioni in materia di espulsioni apportate dal D.L. n. 20/2023*, in *QG*, 2023, III, 96 ss.

G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, 15 ss.

G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, (a cura di) P. MOROZZO DELLA ROCCA, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, 15 ss.

G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000.

C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2007, IV, 379 ss.

R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, tomo II, Cacucci, Bari, 1999, 1171 ss.

R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro*, in AA.VV. *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Giuffrè, Milano, 1966.

R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1960, I, 83 ss.

F. SCUTO, *Le regioni le regioni e l'accesso ai servizi sociali degli stranieri regolarmente soggiornanti e dei cittadini dell'unione*, in *DIC*, 2013, I, 56 ss.

F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012.

R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Rivista italiana Diritto processuale penale*, 2012, 1425 ss.

G. SOBRINO, *Leggi regionali e violazione del principio di uguaglianza. Le discriminazioni verso i non cittadini operate dalle leggi regionali*, in www.dirittiregionali.it, 2019, I, 1 ss.

L. SPAGNUOLO Vigorita, *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *Atti del IV Congresso Nazionale di*

Diritto del lavoro, Saint Vincent 3-6 giugno 1971, Giuffrè, Milano, 1972, 49 ss.

F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2017.

F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *DIC*, 2013, 15 ss.

P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli accordi del parametro internazionale*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, 25 ss.

A. SUPIOT, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro, ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Mimesis, Milano, 2020.

A. SUPIOT, *Principi di eguaglianza e i limiti della razionalità giuridica*, in *LD*, 1992, II, 216 ss.

G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1982.

G. SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori*, in *Atti del IV Congresso Nazionale di Diritto del lavoro, Saint Vincent 3-6 giugno 1971*, Giuffrè, Milano, 1972, 23 ss.

G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1963.

G. SUPPIEJ, *I limiti del potere direttivo dell'imprenditore*, in *Riv. Trim. Dir.*, 1962, 467 ss.

L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Cedam, Padova, 1996.

M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, in S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010, 72 ss.

V. TORRE, *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *LLI*, 2020, 6, II, 75 ss.

S. TOZZOLI, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relativi alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, Torino, 2005, 63 ss.

A. TRIANDAFYLLIDOU, L. BARTOLINI, *Understanding Irregularity*, in S. SPENCER, A. TRIANDAFYLLIDOU (a cura di), *Migrants with Irregular Status in Europe*, Springer, Cham, 2020, 11 ss.

A. TURSI, *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione. Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica del d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002*, Giappichelli, Torino, 2005, 3 ss.

A. TURSI, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2004, n. 14, 199 ss.

UNHCR reperibili al
https://data.unhcr.org/en/situations/mediterranean#_ga=2.119475721.1422724308.1654000385-140039634.1543830388.

G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *DLRI*, 1986, 29, 1 ss.

S.H. VAUCHEZ, *Religious holidays in employment – Austria, France & Spain*, in *European Equality Law Review*, 2018, II, 63 ss.

S.H. VAUCHEZ, *Equality and the Market: the Unhappy Fate of religious discrimination in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, 13, 744 ss.

B. VENEZIANI, *Il «popolo» degli immigrati e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, Bari, 2007, 383 ss.

G. VETTORI, *I principi, le parole e la dogmatica. Effettività, ragionevolezza, proporzionalità*, in *Ars interpretandi*, 2021, II, 89 ss.

P. VETTORI, *Il collocamento dei lavoratori stranieri extra-comunitari in Italia*, in *DL*, 1971, I, 125 ss.

F. VIGANÒ, *Diritto penale immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *DIC*, 2010, III, 13 ss.

A. VISCOMI, *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, vol. II, Cacucci, Bari, 2015, 1029 ss.

A. VISCOMI, *Incentivi all'emersione del lavoro sommerso e tecniche di accesso*, in *RDSS*, 2002, 85 ss.

A. VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *DML*, 2000, II, 379 ss.

A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla riforma della disciplina del lavoro immigrato extracomunitario*, in *Lav. Inf.*, 1998, n. 8, 13 ss.

A. VISCOMI, *Giuslavoristi ed immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile*, in *LD*, 1992, I, 163 ss.

A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari ed autonomia collettiva un breve appunto su parità e differenza*, in *DRI*, 1992, II, 117 ss.

A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

F. VITARELLI, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.)*, in Sistema penale, reperibile <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2022-intermediazione-illecita-sfruttamento-lavoro-603-bis-cp>.

M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987.

G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012.

G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e la Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, 179 ss.

G. ZINCONI, *Cittadinanza: trasformazioni in corso*, in *Filosofia Politica*, 2000, I, 71 ss.

S. ZIRULIA, *Art. 10 bis*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo IV, Wolters Kluwer, Milano, 5 edizione, 2021, 1471 ss.

N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *QG*, 2023, III, 79 ss.

N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, in *QG online*, 2023 reperibile su <https://www.questionegiustizia.it/articolo/protezione-speciale-zorzella>.

N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in *DIC*, 2021, II, 130 ss.

N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *DIC*, 2018, I, 1 ss.