

AUTORE: Arianna Carminati
Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico

NON SEMPRE L'ESPERIENZA INSEGNA: "VECCHI" PROBLEMI DI ILLEGITTIMITÀ NELLA NUOVA "SANATORIA" DEI LAVORATORI IMMIGRATI IRREGOLARI

SOMMARIO: 1. Una norma transitoria per salvaguardare i datori di lavoro italiani alle origini della "sanatoria 2012". – 2. I presupposti per la regolarizzazione: la futura assunzione come condizione per far emergere rapporti di lavoro passati. – 3. I vizi procedurali: a) la presentazione della domanda di emersione. – b) la partecipazione al procedimento amministrativo. – 4. La previsione di cause ostative all'emersione di immigrati pericolosi "per legge". – 5. Spunti conclusivi: dal permesso di soggiorno al diritto di soggiornare dello straniero irregolare che vive in Italia?

1. Una norma transitoria per salvaguardare i datori di lavoro italiani alle origini della "sanatoria 2012"

Col decreto legislativo n. 109 del 16 luglio 2012 è stata data finalmente attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva europea 2009/52/CE in materia di lavoro immigrato irregolare¹. Il decreto consta di cinque

¹ Come accaduto in più occasioni, le norme europee hanno costretto a rivedere le politiche nazionali sul trattamento dei cittadini extracomunitari e la gestione del fenomeno dell'immigrazione clandestina. Gli indirizzi comunitari hanno contribuito a mitigare l'impostazione securitaria prescelta dal legislatore italiano, richiedendo di implementare i diritti riconosciuti agli immigrati, compresi gli irregolari, e di rivolgere gli interventi repressivi anche (e piuttosto) nei confronti di coloro che ne sfruttano la condizione di estrema debolezza ed emarginazione. Ancora una volta, inoltre, in questa materia il nostro Paese si adegua in ritardo alle direttive comunitarie, procrastinando illegittimamente la vigenza di norme nazionali più sfavorevoli per gli immigrati. In questo caso, in particolare, il legislatore si è deciso ad intervenire solo dopo l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia da parte della Commissione europea, che il 30 settembre 2011 aveva inviato al nostro Governo una lettera di messa in mora ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (procedura d'infrazione n. 2011/1073) per mancato recepimento della direttiva 2009/52/CE. Un esempio emblematico delle gravi conseguenze derivanti dal mancato tempestivo recepimento del diritto comunitario in materia di immigrazione ha riguardato, di recente, la direttiva "rimpatri" 2008/115/CE (v. A. LIGUORI, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, p. 16 s.; L. MASERA – F. VIGANÒ, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento del questore e "direttiva rimpatri UE": scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1410 s.). Allo scadere della direttiva le norme nazionali sui procedimenti di rimpatrio dei cittadini extracomunitari risultavano in contrasto col diritto comunitario e, con esse, anche il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14 c. 5 ter T.U. imm. nella versione allora in vigore). L'intrico interpretativo causato dalla difficoltà di stabilire l'incidenza della direttiva sulla norma penale (cfr. P. PALERMO, *L'art. 14 comma 5 ter e quater fra Unione europea, diritto penale e procedure di rimpatrio. Breve cronistoria di un contrasto tra incriminazione e diritti fondamentali*, in *Riv. pen.*, 2012, p. 8 s.) veniva sciolto dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (CGCE sentenza C-61/11 PPU del 16 aprile 2011; C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2786 s.). La pronuncia di incompatibilità aveva effetti notevoli anche con riferimento alla "sanatoria 2009" dal momento che le condanne ex art. 14, co. 5 ter erano state (opinabilmente) considerate ostative all'emersione portando al rigetto delle relative domande (G. SAVIO, *Le condanne per inottemperanza all'ordine del questore sono ostative?*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, p. 95 s.). Dall'inapplicabilità sopravvenuta della norma penale veniva fatta derivare, in analogia con l'ipotesi di abolitio criminis, la cessazione dell'efficacia delle relative condanne, compresa l'efficacia ostativa all'emersione (Cons. di Stato, Ad. Plen., n. 8 del 2 maggio 2011. Contesta l'estensione degli effetti retroattivi anche al provvedimento amministrativo in virtù del principio tempus regit actum L. MURGOLÒ, *Emersione del lavoro irregolare e abolitio criminis europea del reato di clandestinità dello straniero: nota a margine di Adunanza Plenaria n. 8/2011*, in *Foro amm. Cons. St.*, 2011, p. 3089 s.). Solo infine è intervenuto il

articoli: i primi quattro contengono disposizioni di adeguamento alle norme comunitarie dirette a contrastare l'impiego di lavoratori stranieri senza permesso di soggiorno²; il quinto contiene invece una norma che consente, in via transitoria e in presenza di taluni requisiti, la regolarizzazione dei rapporti lavorativi preesistenti.

Tale previsione, assente nello schema di decreto legislativo sottoposto dal Governo per il parere alle competenti Commissioni parlamentari, è stata inserita su indicazione delle Camere stesse che in entrambi i rami del Parlamento hanno valutato la necessità di mitigare l'impatto della nuova disciplina³. L'obiettivo dichiarato della misura è quello di offrire la possibilità ai datori di lavoro che impieghino alle loro dipendenze immigrati irregolari di sanare la propria posizione prima che il decreto diventi applicabile nei loro confronti⁴.

Al contempo, e di riflesso, questa iniziativa rappresenta però anche una nuova occasione per molti immigrati che vivono e lavorano nel nostro Paese in modo irregolare di emergere dalla clandestinità. La

legislatore a riformare la normativa interna (dc. lg. n. 89 del 2011) mentre due circolari ministeriali hanno dato indicazione (fra loro contrastanti!) alle amministrazioni su se e come procedere alla revisione delle domande di regolarizzazione precedentemente rigettate (cfr. circ. n. 3958 e 17102 del 2011).

² Invero, alla direttiva europea è stata data un'attuazione minimale (v., in questo senso, il documento del Consiglio direttivo dell'A.s.g.i. in www.asgi.it/public/parser_download/save/1_2012_asgidocumenti.direttiva2009_52.pdf). In particolare, il legislatore nazionale ha deciso di limitare l'intervento normativo essenzialmente alla modifica dell'art. 22 T.U.imm. che regola il rapporto di lavoro subordinato con cittadini stranieri e che già puniva penalmente l'impiego di immigrati privi di permesso di soggiorno. Il decreto n. 109 del 2012 inasprisce le pene previste, specie per le ipotesi più gravi (contemplate al nuovo comma 12-bis dell'art. 22 T.U.imm.) e aggiunge, come sanzione accessoria di quella penale, il pagamento a carico del datore di lavoro del costo medio per il rimpatrio del lavoratore assunto irregolarmente. La concessione del permesso di soggiorno a chi denuncia il proprio datore di lavoro, indicata dalla direttiva come misura incentivante, è stata limitata alle sole ipotesi di particolare sfruttamento del lavoratore e consiste in un permesso per motivi umanitari analogo a quello di cui all'art. 18 T.U.imm. Le denunce dovranno essere fatte personalmente, mentre è esclusa l'ipotesi di un'intermediazione dei sindacati o di altre associazioni a supporto degli immigrati. Tale intermediazione era invece auspicata dal legislatore comunitario preoccupato di rompere il clima di omertà che inevitabilmente circonda il fenomeno del caporalato e dello sfruttamento di manodopera immigrata irregolare (cfr. art. 13 direttiva 2009/52/CE). Va nel senso richiesto dalla direttiva l'introduzione dell'obbligo del datore di lavoro di corrispondere le somme dovute al lavoratore a titolo retributivo e contributivo, ma il legislatore italiano non ha altresì contemplato quegli strumenti volti a facilitare la presentazione della domanda di riscossione che le norme europee, invece, suggerivano (art. 6 direttiva 2009/52/CE). Durante l'esame parlamentare per la formulazione dei pareri sullo schema del decreto legislativo, le Commissioni competenti avevano raccomandato al Governo alcune correzioni per dare alla direttiva un'attuazione più completa. L'Esecutivo in carica, tuttavia, ha ritenuto di accogliere solo alcune delle indicazioni parlamentari (fra le quali, come si dirà subito nel testo, quella di accompagnare l'entrata in vigore del decreto con una misura straordinaria di "sanatoria"). La maggior parte sono state invece respinte perché si riferivano a disposizioni non recepite della direttiva aventi carattere facoltativo (v. il testo della Relazione illustrativa del Governo in www.governo.it/backoffice/allegati/68649-7887.pdf).

³ Le Commissioni riunite I e II del Senato hanno espresso parere favorevole sullo schema del decreto ma condizionandolo come segue: «che sia prevista una fase transitoria entro la quale i soggetti interessati, compresi i datori di lavoro stranieri titolari del permesso di lungo soggiorno CE, possono volontariamente adeguarsi alle norme di legge ed evitare così le sanzioni più gravi, dichiarando entro un termine certo il rapporto di lavoro irregolare, con l'onere per il datore di lavoro dei pagamenti retributivi, contributivi e fiscali pari ad almeno tre mesi - secondo quanto previsto dall'art. 3 del provvedimento - e con il pagamento di un contributo di 1.000 euro per ciascun lavoratore; il procedimento di emersione dall'irregolarità previsto nella fase transitoria dovrebbe comportare: a) la sospensione dei procedimenti sanzionatori relativi all'ingresso e soggiorno irregolare dello straniero nel territorio nazionale ed ai procedimenti connessi, comprese le aggravate sanzioni penali in materia, purché non costituiscono fatto o reato più grave; b) il rilascio di un permesso di soggiorno per lavoro allo straniero occupato irregolarmente; c) rigorosi meccanismi di controllo per scongiurare abusi e per evitare l'applicazione del meccanismo dell'emersione a favore di stranieri condannati ovvero espulsi per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato» (cfr. il parere allegato al resoconto sommario della seduta n. 111 del 05/06/2012). Anche il parere delle Commissioni riunite I e II della Camera, votato nella seduta del 24/05/2012 (cfr. all. al resoconto), è stato condizionato alla necessità di «prevedere, compatibilmente con la disciplina comunitaria, una norma transitoria affinché i soggetti interessati - e, in particolare, i datori di lavoro persone fisiche nel caso di impiego a fini privati - possano adeguarsi in tempi congrui alla nuova disciplina, evitando così le sanzioni più gravi».

⁴ Cfr. art. 5, comma 6, lett. b) del dc. lgs. n. 109 del 2012 che, dall'entrata in vigore del decreto, sospende temporaneamente i procedimenti penali e amministrativi relativi alla violazione delle norme sull'impiego di lavoratori clandestini, comprese quelle contenute nei primi quattro articoli dello stesso decreto legislativo. Alla data di scadenza del termine per fare la domanda (15 ottobre), si governeranno della sospensione solo coloro che abbiano aderito alla sanatoria e fino a che la P.A. non si sia pronunciata (art. 5, comma 10). L'esito positivo della procedura porterà infine all'estinzione dei relativi reati ed illeciti amministrativi (art. 5, comma 11).

positiva conclusione dei procedimenti darà infatti loro la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno per lavoro subordinato⁵.

Al di là delle perifrasi utilizzate dal Governo per mettere in luce solo il primo profilo della misura⁶ e tentare di difenderla dalle critiche provenienti anche da una parte della sua maggioranza⁷, siamo dunque di fronte all'ennesima "sanatoria" in materia di immigrazione. Come le precedenti servirà a rimediare, una tantum, alle contraddizioni prodotte dal meccanismo dei flussi controllati (che presuppone l'improbabile incontro a distanza di domanda e offerta di lavoro per impieghi non qualificati⁸) e all'insuccesso delle politiche di espulsione degli immigrati che, al di là degli intenti delle forze politiche, riescono facilmente a varcare i nostri confini e a rimanere, privi di permesso, sul nostro territorio⁹.

Essa interviene a distanza di tre anni dalla discussa sanatoria "colf e badanti" del 2009¹⁰, a sua volta preceduta dalla sanatoria del 2002¹¹. Entrambi questi provvedimenti vennero assunti alla vigilia di interventi di riforma diretti ad inasprire le norme in materia di immigrazione e, con intento analogo a quello perseguito da ultimo con l'art. 5 dc. lgs. 109 del 2012, furono motivati essenzialmente dalla preoccupazione di

⁵ Cfr. art. 5 comma 9 del dc. lgs. n. 109 del 2012.

⁶ Il Ministro per la cooperazione internazionale e l'integrazione Andrea Riccardi che, proprio sulla scorta dei pareri delle Camere, ha insistito per l'adozione della disposizione transitoria, ha continuato a rifiutare la definizione di «sanatoria» e a parlare, piuttosto, di «ravvedimento operoso» dei datori di lavoro, spiegando inoltre che i rigidi limiti previsti portano ad escludere che l'intervento possa avere carattere generalizzato. Cfr., in questo senso, la risposta resa dal Ministro all'interrogazione n. 3-02424 presentata alla Camera dei deputati dai parlamentari della Lega Nord (Seduta n. 675 del 01/08/2012, p. 25), nonché l'intervista rilasciata al Sole 24 ore, in cui il Ministro precisa: «Stiamo parlando, questa è la definizione corretta, di emersione dal lavoro irregolare, anzi di ravvedimento operoso: meccanismo già in vigore da anni in molte altre fattispecie, come quelle fiscali. E la tutela è prevista proprio per i datori di lavoro, che possono evitare sanzioni e mettersi in regola» (M. LUDOVICO, *Int. al Ministro Riccardi: «Con questa operazione un freno all'illegalità»*, in *Il Sole 24 ore* del 19/07/2012, p. 19).

⁷ All'annuncio che il Consiglio dei ministri, in sede di adozione definitiva del decreto, aveva previsto la misura transitoria, esponenti politici di primo piano sia della Lega nord sia del Pdl hanno espresso forti critiche, sebbene le stesse forze politiche avessero condiviso, in Commissione, la necessità di provvedere in tal senso (T. MONTESANO, *Il Pdl si sveglia: stop alla sanatoria per i clandestini*, in *Liberio* del 10/07/2012, p. 13; ; F. CARCANO, *L'ultima follia: la sanatoria per l'invasione degli immigrati*, in *La Padania* del 02/08/2012, p. 2-3; R. D'ANGELO, *Int. a Ceccanti (Pd): «Chi parla di sanatoria non sa quel che dice. E in commissione eravamo tutti d'accordo»*, in *Avvenire* del 08/07/2012, p. 12). Al Senato, in particolare, il parere condizionato all'adozione della misura aveva raccolto il voto unanime di tutti i gruppi parlamentari, compreso quello del sen. Divina per la Lega nord (cfr. Senato della Repubblica, Commissioni I e II riunite, Resoconto sommario della seduta n. 111 del 05/06/2012). Va peraltro notato che, alla Camera, il sottosegretario Maria Cecilia Guerra, intervenuta in rappresentanza del Governo, si era invece opposta all'apertura di una fase di regolarizzazione, commentando così la proposta: «Si tratta infatti di una sanatoria su cui il Consiglio dei ministri si è già espresso in senso contrario, sulla base di una serie motivata di ragioni» (cfr. Camera dei deputati, Commissioni I e II riunite, Resoconto sommario della seduta del 24/05/2012, p. 6).

⁸ «La legge n. 189 del 2002, subordinando l'ingresso dello straniero alla preesistenza di un contratto di lavoro con un'impresa italiana, a seguito dell'incontro a livello planetario tra domanda e offerta di lavoro, ha prodotto un aumento degli ingressi non autorizzati, quindi un aumento del fenomeno della clandestinità, per la evidente difficoltà di soddisfare quel requisito». Così A. APOSTOLI, *Diritti senza scuse*, Brescia, 2010, p. 21. G. LUDOVICO, *La disciplina del lavoro immigrato extracomunitario dopo le modifiche previste dalla l. n. 189 del 2002*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2002, p. 1021 s. collega l'ingiustificato rigore della disciplina sui permessi e i rinnovi periodici all'aumento del lavoro immigrato irregolare.

⁹ Sul punto cfr., in particolare, M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e politiche di contrasto: retoriche e realtà*, in *Mondi migranti*, 2009, p. 117 s., dove tra l'altro si sottolinea che «Mentre in genere si pensa che immigrazione regolare e immigrazione irregolare siano due mondi distinti», alcuni studi accertano invece che «Per i lavoratori, il passaggio per l'irregolarità rappresenta la norma. Fluidità e reversibilità della condizione giuridica hanno fatto parte finora della "carriera" degli immigrati in Italia. Possiamo dire che l'irregolare di oggi sarà il regolare di domani, e il regolare di oggi era l'irregolare di ieri».

¹⁰ Art. 1-ter l. n. 102 del 2009. Sulla manifestazione di protesta messa in atto da alcuni immigrati bresciani che, per opporsi alla cattiva gestione di quella sanatoria (v. p. 1, nt. 1), hanno occupato la gru di un cantiere cittadino cfr. A. APOSTOLI, *I diritti appesi alla gru visti da chi alza lo sguardo (quasi una corrispondenza da Brescia)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2010. Un'iniziativa analoga è stata poi intrapresa da alcuni immigrati di Milano, saliti sulla torre di via Imbonati (v. il resoconto del Comitato immigrati in Italia, *Se la gente sapesse la verità*, in *Liberazione* del 18/11/2010, p. 1). Per un racconto delle iniziative di lotta per i diritti degli immigrati negli ultimi anni cfr. F. MOMETTI – M. RICCIARDI, *La normale eccezione. Lotte migranti in Italia*, Roma 2011.

¹¹ Art. 1 della l. n. 222 del 2002, che si riferiva a tutte le tipologie di rapporti lavorativi ed era stata di poco anticipata da una misura diretta invece alla regolarizzazione dei soli lavoratori domestici.

consentire alle aziende e ai cittadini italiani di regolarizzare i rapporti lavorativi stretti “in nero” con gli immigrati clandestini, messi potenzialmente a rischio dall’irrigidirsi della normativa¹².

Del resto, in perfetta aderenza con questa logica, l’impostazione impressa alle due sanatorie degli anni ‘2000 apparve profondamente mutata rispetto alle precedenti¹³: gli ultimi interventi si incentrarono esclusivamente sul datore di lavoro che fu considerato (con una finzione) come l’unico destinatario della disciplina, mentre al lavoratore venne negata ogni dignità giuridica.

La discriminazione di una delle due parti del rapporto lavorativo, insieme ad altri profili di dubbia legittimità presenti nelle più recenti leggi di sanatoria, hanno prodotto un notevole contenzioso giudiziario che tuttora si trascina a distanza di parecchi anni dalla presentazione delle domande di regolarizzazione, lasciando nel frattempo irrisolta la situazione giuridica di molte delle persone coinvolte.

Purtroppo si deve constatare che il legislatore del 2012 in gran parte non si giova dell’esperienza già maturata e delle gravi conseguenze che ne sono derivate, sia dal punto di vista sociale, sia economico (si badi, non solo per le persone direttamente coinvolte nei procedimenti, ma anche per la collettività che ha dovuto sopportare i costi generali di gestione del contenzioso), sia infine del rispetto dei diritti individuali¹⁴. Al contrario, replica quasi per intero gli errori commessi nel recente passato. Per questo si può ipotizzare che molti degli immigrati “clandestini” che hanno già tentato la via della regolarizzazione e che, specie con la più recente sanatoria “colf e badanti” (eloquentemente appellata come “sanatoria truffa”¹⁵), sono rimasti

¹² La l. n. 222 del 2002, che portò alla «più ampia sanatoria (*alias* regolarizzazione, emersione, legalizzazione) nella storia del nostro Paese» (così B. NASCIBENE, *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi-Fini, perplessità e critiche*, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 532), fu adottata a ridosso dell’entrata in vigore della legge n. 189 del 2002, c.d. Bossi-Fini, che riformava ampiamente il T.U.imm. (la correlazione fra le due leggi è messa in evidenza nella ricostruzione di C. DI ANDREA, *Cronache costituzionali 2002*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2003, p. 769 s. L’A. ricorda infatti l’ordine del giorno 9/2454/33 a firma dei parlamentari dell’allora maggioranza di centrodestra Luca Volonté, Ignazio La Russa e Elio Vito, accolto dal II Governo Berlusconi, che proprio in occasione dell’approvazione della “Bossi-Fini” chiedeva un intervento di sanatoria sulla premessa, si legge nell’odg, «che è stata più volte manifestata l’esigenza da ampi settori del mondo imprenditoriale e associativo, preoccupati soprattutto dalle difficoltà cui potrebbero andare incontro nel reperimento di manodopera»). Analogamente, nel 2009, l’adozione di una nuova sanatoria ha coinciso con l’introduzione del nuovo reato di immigrazione clandestina contemplato nel “pacchetto sicurezza” dello stesso anno (E. ROMANAZZI, *Stretta sulla sicurezza, sì della Camera*, in *Il Mattino* del 15/05/2009, p. 5). Proprio la scelta legislativa di limitare la sanatoria soltanto a colf e badanti, escludendo altre categorie di lavoratori, tradiva la specifica motivazione politica sottostante il provvedimento: mentre decidevano di inasprire le misure repressive contro l’immigrazione irregolare, il IV Governo Berlusconi e la sua maggioranza allo stesso tempo si preoccupavano di tranquillizzare le famiglie italiane allarmate dall’idea di poter concorrere nel nuovo reato di clandestinità con i tanti stranieri senza permesso impiegati nelle loro case o, in alternativa, di dover rinunciare a valersi della loro attività (cfr. G. PARENTE, *In famiglia allarme clandestinità*, in *Il Sole 24 ore* del 22/06/2009, p. 13; E. BAIÒ, *Sicurezza: una legge che penalizza le famiglie*, in *Europa* del 03/07/2009, p. 9). Anche in quel caso il permesso di soggiorno veniva dunque riconosciuto come mero riflesso del vero obiettivo perseguito dalle forze di governo, in qualche modo dichiarato nella stessa rubrica della norma (art. 1-ter della l. n. 102 del 2009 «Dichiarazione di attività di assistenza alla famiglia»): non scontentare l’elettorato italiano che si avvale ampiamente del sistema di “welfare parallelo” svolto dagli immigrati (cfr. M. CARTOSIO, *La serva serve e noi ci adeguiamo*, in *il Manifesto* del 24/07/2009, p. 1).

¹³ Le regolarizzazioni che intercorsero dalla seconda metà degli anni ‘80 fino alla fine degli anni ‘90 attribuivano direttamente agli immigrati “clandestini” il diritto di presentare la domanda per ottenere il permesso di soggiorno e ponevano condizioni assai meno rigide, essenzialmente fondate sulla circostanza materiale della presenza dello straniero, da una certa data, sul territorio dello Stato (cfr. art. 16 della l. n. 943 del 1986; art. 9 della l. n. 39 del 1990; art. 12 del dc. lg. n. 489 del 1995; art. 8, comma 2, del dc. lgs. 113 del 1999). Per una rassegna degli interventi di sanatoria in materia di immigrazione v. S. BONTEMPELLI, *Il governo dell’immigrazione in Italia: il caso dei «decreti flussi»*, in P. CONSORTI, *Tutela dei diritti dei migranti*, Pisa, 2009, p. 115 s.

¹⁴ Forse perché, anziché cercare di superare gli aspetti problematici delle precedenti sanatorie, l’attenzione delle forze politiche «si è invece concentrata sulle ricadute finanziarie, sui mancati ricavi in termini di contributi forfetari e di introiti contributivi. Se ne ricava una conferma piuttosto trasparente di come la sanatoria sia stata, in essenza, un tentativo di batter cassa, e avesse principalmente motivazioni economiche e finanziarie» (G. BASCHERINI – S. NICOLAI, *Regolarizzare Mary Poppins. Lavoro nello spazio domestico e qualità della cittadinanza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 519).

¹⁵ D. GALANO, *In piazza contro la sanatoria truffa*, in *Terra* del 04/06/2010, p. 1. V. il parere del Prof. SERGIO BARTOLE del 22 giugno 2010 (disponibile all’indirizzo http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=1080&l=it) contrario all’interpretazione del dc. lg. 78 del 2009 raccomandata in una circolare ministeriale ed accolta in sede applicativa dagli uffici prefettizi.

irragionevolmente esclusi dal beneficio, questa volta rinunceranno a fare (*rectius* far fare) domanda¹⁶ non potendosi permettere di sopportare nuovamente, senza alcuna certezza sul risultato¹⁷, i costi della procedura¹⁸ ed, eventualmente, delle successive azioni giudiziarie.

Nei paragrafi che seguono si analizzeranno più nel dettaglio i contenuti della nuova misura per metterne in luce taluni aspetti critici, anche nella speranza che in sede applicativa si riesca ad ovviare, ove possibile, almeno ai vizi più evidenti e nella convinzione che l'autorità giudiziaria possa intervenire più incisivamente di quanto non abbia fatto in passato per ricondurre queste scelte politiche nel solco della legalità, in primo luogo costituzionale.

2. I presupposti per la regolarizzazione: la futura assunzione come condizione per far emergere rapporti di lavoro passati

Ai sensi del primo comma dell'art. 5 del dc. lgs. n. 109 del 2012 possono essere sanati i rapporti lavorativi con dipendenti stranieri che siano iniziati da almeno tre mesi rispetto alla data di entrata in vigore del decreto e che perdurino al momento della presentazione della domanda di emersione.

Dietro apposita convocazione, il datore di lavoro e il lavoratore dovranno recarsi allo sportello unico per l'immigrazione (S.U.I.) e sottoscrivere il contratto di soggiorno per lavoro subordinato. Il testo legislativo specifica che il rapporto lavorativo iniziato da tre mesi deve perdurare all'atto della domanda, presuppone inoltre che esso continui fino alla sottoscrizione del contratto di soggiorno, per poi proseguire nel futuro. I benefici contemplati dalla norma (il rilascio del permesso di soggiorno all'immigrato illegalmente presente sul nostro territorio nonché, a favore di entrambe le parti, l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi relativi, rispettivamente, alla violazione delle norme sul lavoro e a quelle sull'ingresso e soggiorno in Italia) si verificheranno soltanto con la sottoscrizione del contratto di soggiorno che condiziona la positiva conclusione della procedura¹⁹.

La P.A. procederà però a convocare le parti soltanto dopo la chiusura dei termini per il deposito delle domande di emersione, man mano che saranno esperiti gli accertamenti preliminari necessari. È perciò

¹⁶ Dai primi dati raccolti a metà del periodo concesso per fare domanda (dal 15 settembre al 15 ottobre 2012, ma si profila l'ipotesi di una proroga) risulterebbero depositate solo 40 mila domande, un numero molto al di sotto delle attese (e della consistenza del fenomeno); cfr. P. LAMBRUSCHI, *Sanatoria a rilento: solo 40mila domande*, in *Avvenire* del 30/09/2012, p. 13.

¹⁷ La casualità che caratterizza, in larga parte, la gestione del sistema dei permessi è messa bene in luce dalle considerazioni di M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e politiche di contrasto...* cit., p. 184: «Presto o tardi, con fatica e travaglio, tra discorsi criminalizzanti e pratiche discriminatorie, tra sfruttamento diffuso e appoggio da parte di organizzazioni e attori solidaristici, chi non pesca il biglietto sbagliato nella lotteria dei controlli e delle asprezze di facciata, ha buone possibilità di conquistare alla fine un posto al precario sole dell'economia italiana».

¹⁸ È previsto il pagamento di un contributo forfetario di 1000 euro e delle somme dovute a titolo retributivo, contributivo e fiscale calcolate su un periodo di almeno sei mesi. Tali esborsi sono da considerarsi irripetibili a prescindere dall'esito della procedura (F. DEPONTI – V. MELIS, *Stranieri, si paga tutto e subito*, in *il Sole 24 ore* del 13/09/2012, p. 20). Sebbene si tratti di somme formalmente dovute dai datori di lavoro, di fatto in molti casi sono gli stessi lavoratori a provvedere ai pagamenti. Ciò spiega in parte perché, pur trattandosi di una sanatoria generalizzata e di poco successiva alla "sanatoria colf e badanti", risultano ad oggi nettamente prevalenti le domande di emersione di lavoratori domestici. Per questo tipo di impieghi, infatti, i costi della regolarizzazione sono più contenuti (anche perché si tratta dell'unico tipo di attività per la quale il dc. lgs. 109 del 2012 consente l'emersione di un rapporto di lavoro a tempo parziale) facendo "risparmiare" gli immigrati che, come si è detto, se ne devono il più delle volte far carico (R. CADEO, *Immigrati, emersione a caro prezzo*, in *il Sole 24 ore* del 06/08/2012, p. 12).

¹⁹ Art. 5, comma 9.

probabile che la fase finale del procedimento potrà svolgersi in molti casi solo a distanza di parecchi mesi²⁰. Cosa succederà, dunque, se nelle more della procedura il rapporto si dovesse interrompere?

Il comma 9 dell'art. 5 stabilisce che «la mancata presentazione delle parti senza giustificato motivo comporta l'archiviazione del procedimento», e sembra fare riferimento all'ipotesi che entrambi i soggetti scelgano consapevolmente di rinunciare alla richiesta. Al contempo, il comma 10 regola invece la posizione individuale del datore di lavoro disponendo che «si procede comunque all'archiviazione dei procedimenti penali e amministrativi a carico del datore di lavoro nel caso in cui l'esito negativo del procedimento derivi da motivo indipendente dalla volontà o dal comportamento del datore di lavoro». Il decreto infine tace a proposito della speculare posizione del lavoratore qualora il mancato completamento della procedura non sia a lui addebitabile ma dipenda, invece, proprio dal comportamento o dalla volontà del datore di lavoro.

Il problema era già sorto nella fase attuativa delle precedenti sanatorie ed aveva ricevuto soluzioni parziali e frammentarie, in via amministrativa, attraverso una serie di circolari²¹. Questa volta il legislatore mostra evidentemente di non ignorarlo, ma fornisce un risposta insufficiente e palesemente selettiva, confidando nella giurisprudenza amministrativa che purtroppo, con rare eccezioni, già in passato ha acriticamente assecondato l'indirizzo legislativo sviluppando una linea interpretativa sfavorevole agli immigrati²².

Solo alcuni giudici amministrativi²³, una volta accertata l'esistenza del pregresso rapporto lavorativo, si sono invece spinti a stabilire che il sopravvenuto disinteresse del datore di lavoro alla regolarizzazione non

²⁰ Condannano il silenzio-inadempimento dell'amministrazione che non si era determinata sulla domanda di emersione ad oltre un anno dalla sua presentazione e prescrivono giudizialmente l'obbligo di provvedere entro 30 giorni dalla decisione il T.A.R. Lombardia, sentt. n. 875 del 28 marzo 2011 e n. 874 del 1 aprile 2011 e il T.A.R. Puglia, sez. II, sentt. n. 757 del 23 maggio 2011.

²¹ Alla lacuna normativa si era posto rimedio, nel 2002, dapprima con una nota del Ministero dell'interno (n. 48145/30.1.A del 4 dicembre 2002) che regolava il caso di mancato perfezionamento della procedura per motivi dipendenti dal datore di lavoro prevedendo la possibilità di rilasciare al lavoratore un permesso per attesa occupazione. Successivamente, con una circolare dello stesso Ministero (n. 2 del 3 aprile 2003) si regolava la situazione di quegli immigrati rimasti senza lavoro nelle more della procedura che avessero «l'opportunità di instaurare nuovi rapporti lavorativi con un diverso datore di lavoro, disponibile ad assumere i suddetti stranieri, sopperendo in tal modo allo stato di disoccupazione creatosi», e prevedeva procedure accelerate per risolvere al più presto tali situazioni, preoccupandosi di «venire incontro alle obiettive esigenze dei lavoratori stranieri licenziati o comunque rimasti senza lavoro, spesso facili preda della criminalità». Un'ulteriore circolare precisava però che il rapporto col nuovo datore di lavoro non avrebbe potuto aver corso nelle more della procedura, «potendosi instaurare soltanto all'atto della stipula del contratto di soggiorno per lavoro» (Ministero del lavoro, circolare n. 3 del 8 aprile 2003). Le indicazioni ministeriali emanate in occasione della «sanatoria colf e badanti» del 2009 sono state ancor più ambigue e parziali: con una prima circolare (n. 6466 del 29 ottobre 2009) si regolava la posizione del datore di lavoro che, volendo rinunciare all'istanza, aveva comunque l'onere di completare la procedura, salvo licenziare il lavoratore contestualmente alla formalizzazione del rapporto. In tali ipotesi la circolare sembrava limitare il rilascio del permesso per attesa occupazione in favore del lavoratore alla circostanza che la rinuncia del datore fosse dipesa da causa di forza maggiore sopravvenuta (ad es. il decesso della persona da assistere). Con una seconda circolare (n. 7950 del 12 dicembre 2009) si chiariva invece che, una volta formalizzato davanti allo S.U.I. la cessazione del rapporto lavorativo, «ai lavoratori interessati sarà consentito, quindi, richiedere il rilascio di un permesso per attesa occupazione». La suddetta circolare però escludeva che nelle more della definizione della procedura di emersione i lavoratori extracomunitari potessero essere assunti da un lavoratore diverso da quello originario. Occorre infine stigmatizzare l'uso improprio delle circolari amministrative per regolare aspetti essenziali della misura, che peraltro risulta assai diffuso in materia di immigrazione (sul punto cfr. G. BUCCI, *Una circolare per circolare*, in *Costituzionalismo.it* n.1 del 2004, che richiama «i rischi che possono derivare, alla democrazia ed alle sue forme, dal processo di amministrativizzazione dei diritti»).

²² Cfr. Cons. St., sez. III, sentt. n. 3266 del 31 maggio 2011: «il perfezionamento dell'istanza di emersione richiede la permanenza del rapporto di lavoro almeno fino all'espletamento degli adempimenti di cui al primo periodo del comma 7 del citato art. 1-ter del d.l. 78/2009 come convertito in legge n. 102/2009, per cui l'intervenuta cessazione del rapporto stesso prima della stipulazione del contratto di soggiorno e della presentazione della richiesta del permesso di soggiorno non può che comportare, per precisa volontà del legislatore, l'archiviazione del procedimento o comunque il rigetto dell'istanza». In senso conforme T.A.R. Lombardia, sez. IV, sentt. n. 7364 del 25 novembre 2010; n. 165 del 24 gennaio 2011; sez. II, sentt. n. 817 del 28 marzo 2012; T.A.R. Toscana, sez. II, sentt. 1335 del 29 agosto 2011.

²³ Cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, sentt. n. 384 del 22 febbraio 2012; T.A.R. Piemonte, sentt. n. 1315 del 17 dicembre 2011; T.A.R. Liguria, sentt. n. 284 del 15 febbraio 2012; T.A.R. Lombardia, IV sez., sentt. n. 7528 del 13 dicembre 2010 secondo cui la sanatoria «non può essere lasciata alla discrezione del datore di lavoro poiché tra la data di presentazione della domanda e quella di convocazione in Prefettura potrebbe essere successo qualcosa che rende inutile o comunque non più proficuo il rapporto di lavoro. In un caso del

può ritorcersi a danno del lavoratore. A loro giudizio in tali casi l'immigrato deve comunque poter ottenere un permesso di soggiorno per attesa occupazione²⁴ oppure, qualora abbia già trovato un altro impiego, si ammette che il nuovo datore di lavoro possa subentrare al precedente per stipulare il contratto di soggiorno e concludere positivamente la pratica²⁵.

Sciogliendo l'intreccio «perverso»²⁶ tra momento privatistico-lavoristico e momento pubblicistico della procedura, questo orientamento giurisprudenziale minoritario ha provato meritoriamente a superare l'insostenibile «pretesa di tenere insieme il lavoro pregresso e quello futuro»²⁷ che le forze politiche impongono esclusivamente a questo tipo di rapporti. Esse fingono di ignorare come, in un contesto generale di sempre maggiore flessibilità del mercato del lavoro (peraltro voluta o comunque assecondata dagli stessi programmi governativi) e nel quale la manodopera straniera, per di più irregolare, sopporta normalmente il precariato più gravoso, la pretesa di riservare la sanatoria solo a chi abbia conservato «il posto fisso» per l'intera fase di emersione sia del tutto incoerente e difficilmente realizzabile.

Va altresì stigmatizzata la deliberata scelta legislativa di rinviare alla P.A., in prima battuta, o ai giudici amministrativi, in sede di ricorso, la decisione se sanare o meno, in queste circostanze, la posizione dell'immigrato. La lacuna normativa che sostanzialmente permane sul punto²⁸ non può più essere considerata, infatti, il frutto di una svista. Ed allora, al contrario, essa dimostra come il legislatore non voglia spingersi fino ad assumere una esplicita posizione di chiusura da far valere in tutti i casi, conscio del problema che, per farlo, occorrerebbe innanzi tutto organizzare gli uffici amministrativi in modo da provvedere poi celermente al disbrigo delle pratiche.

Soprattutto, messa «nero su bianco», tale soluzione si esporrebbe a più di un dubbio di legittimità per l'evidente disparità di trattamento che produce tra le due parti del rapporto lavorativo, tra i rapporti sanati per primi e quelli in attesa di essere verificati, tra gli immigrati regolari che, avendo perso il lavoro, possono temporaneamente restare sul territorio per cercarne un altro e quelli clandestini, il cui diritto a restare sarebbe invece irragionevolmente condizionato alla conservazione di un unico, insostituibile, impiego.

genere la procedura di regolarizzazione deve andare in porto dovendosi intendere l'archiviazione come un provvedimento che attesta il difetto di interesse di entrambe le parti». Si segnalano inoltre i pronunciamenti di alcuni giudici del lavoro chiamati ad occuparsi della questione sul fronte privatistico, ed in particolare a stabilire se il lavoratore vanti un diritto nei confronti del rispettivo datore di lavoro alla stipulazione del contratto di soggiorno. Affermano tale diritto, in particolare, il Tribunale di Bari, sez. lav., ord. del 15 novembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, con nota di L. BONZANO, *Ancora sulla procedura di emersione ex art. 1-ter del dc. lg. 78/2009*, p. 1061 (e, con motivazione identica, Tribunale di Parma, sez. lav., ord. del 30 novembre 2011), nonché il Tribunale di Ferrara, sez. lav., ord. del 3 maggio 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, con nota di A. GUARISO, «*Sanatoria*» ex L. 102/09 e diritto alla costituzione del rapporto, p. 760. Non potendosi spingere, in sede cautelare, fino alla pronuncia di una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., il giudice emiliano conclude affermando il diritto del lavoratore ad esercitare «nei confronti della datrice di lavoro, ogni prerogativa per la realizzazione degli interessi connessi alla relazione lavorativa ed al suo sviluppo» ed «ordinando» all'amministrazione di non archiviare la pratica fino alla completa regolarizzazione amministrativa. Come osserva GUARISO, in proposito, «la difficoltà di individuare un provvedimento davvero utile sta appunto nell'impossibilità di impartire un ordine a sua volta condizionato dalla regolarità di un procedimento amministrativo che esula dal controllo del giudice del lavoro».

²⁴ T.A.R. Veneto, sez. III, sent. n. 1528 del 10 ottobre 2011 e T.A.R. Liguria, sez. II, sent. n. 569 del 26 aprile 2012.

²⁵ Si tratta di una possibilità «non espressamente esclusa dalla norma di legge» secondo il T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, sent. n. 4168 del 25 ottobre 2010.

²⁶ Così A. GUARISO, *Piccoli rimedi giurisprudenziali alla pessima «sanatoria» ex L. 102 del 2009*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 687. L'A. constata che l'impostazione impressa alle leggi di sanatoria più recenti poggia sui medesimi presupposti sui quali si regge l'intera politica dei permessi e conferma che «l'intreccio perverso tra contratto di lavoro e autorizzazione al soggiorno resta il buco nero del nostro diritto del lavoro».

²⁷ A. GUARISO – L. NERI, *Sul gran groviglio giuridico della «sanatoria» per i lavoratori comunitari*, in *Dir. immig. cittad.*, 2002, p. 73.

²⁸ Evidenzia l'esistenza di una lacuna normativa il Tribunale di Bari, sez. lav., ord. del 15 novembre 2010 cit. che interpretando l'identica disposizione contenuta nel testo della sanatoria del 2009 osserva: «In definitiva, la legge - in particolare la norma di cui all'art. 1 ter L. 102/09 - si è occupata espressamente del solo caso in cui, convocate le parti, manchi «la presentazione di entrambe le parti senza giustificato motivo». Nulla invece ha detto circa la situazione in cui sia solo una delle parti a non presentarsi o quella in cui una delle parti non sappia della convocazione».

Perciò il testo legislativo si limita a riprendere esattamente quello della sanatoria del 2009 stabilendo che «la mancata presentazione *delle parti* senza giustificato motivo comporta l'archiviazione del procedimento» e lascia all'interprete di decidere come leggere l'ambigua disposizione²⁹. La pluralità di versioni che anche in passato si sono registrate a seconda dei diversi uffici territoriali, dei T.A.R. competenti, e persino a seconda degli indirizzi accolti in una stessa sede giudiziaria³⁰, fa però temere che, nuovamente, i diritti degli immigrati che si trovino nel "limbo giuridico" dell'attesa di regolarizzazione e che abbiano nel frattempo perso il lavoro, finiranno con l'essere decisi in modo sostanzialmente casuale, più che non caso per caso.

3. I vizi procedimentali: a) la presentazione della domanda di emersione

Nel definire le modalità di presentazione della domanda di emersione, il primo comma dell'art. 5 del dc. lgs. 109 del 2012 stabilisce che i datori di lavoro «possono dichiarare» di aver occupato irregolarmente lavoratori stranieri allo S.U.I. entro il 15 ottobre 2012³¹. Stando alla lettera della norma l'avvio della procedura di emersione appare rimesso alla decisione discrezionale del datore di lavoro: il legislatore mira così a far svolgere alla parte forte e, di regola, italiana del rapporto lavorativo il ruolo di filtro delle domande con l'obiettivo politico-organizzativo di semplificare l'attività della P.A.³² anche a costo di veder ripetere gli arbitri e gli abusi che già in passato questa impostazione ha causato.

Quanto alle legittime aspirazioni dei lavoratori ad ottenere i benefici di carattere pubblicistico previsti dalla legge, esse restano totalmente relegate entro la sfera privatistica. Per farle valere gli immigrati non possono attivarsi autonomamente, in via amministrativa; possono soltanto auspicare nella collaborazione della controparte privata oppure decidere di agire giudizialmente nei confronti di quest'ultima quando si rifiuti, adducendo il carattere facoltativo della misura, di presentare la domanda di regolarizzazione. Sulla base della giurisprudenza del lavoro già maturata con le ultime due sanatorie ci si può attendere che l'autorità giudiziaria fornisca in tali casi una lettura costituzionalmente orientata della disposizione legislativa convertendo, di volta in volta, la facoltà di avvio della procedura in un vero e proprio obbligo di fare a carico del datore di lavoro, giuridicamente azionabile³³.

²⁹ Il riferimento della norma all'assenza «delle parti» senza giustificato motivo potrebbe essere inteso nel senso che, mancando all'appuntamento una delle due parti (ed in particolare, il datore di lavoro), la pratica va archiviata poiché non potrà stipularsi il contratto di soggiorno. Oppure, viceversa, dal tenore letterale della norma si può evincere che debbano essere ingiustificatamente assenti *entrambe* le parti perché la procedura non vada a buon fine. In quest'ottica, basta che uno solo dei soggetti del rapporto insista nella richiesta di regolarizzazione per aver «diritto al completamento della fattispecie amministrativa», ed il procedimento non potrà essere archiviato «se non altro per la conclamata presenza di interessi di parte parimenti aventi il rango di diritti soggettivi» (Tribunale di Ferrara, sez. lav., ord. del 3 maggio 2010 cit.).

³⁰ Dà conto dei differenti orientamenti sviluppati dalle sue diverse sezioni il T.A.R. Lombardia, sez. II, sent. n. 817 del 28 marzo 2011, che, mentre abbraccia la tesi secondo la quale il permesso di soggiorno può derivare soltanto dal compimento di tutte le fasi procedimentali, respinge «il diverso precedente giurisprudenziale sulla questione, adottato dalla Sezione IV di questo TAR (sentenza n. 7528/2010) (...) visto che lo stesso finisce per imporre all'Amministrazione il rilascio di un permesso di soggiorno per attesa occupazione (di cui all'art. 22 del DPR 286/1998), al di fuori dei casi previsti dalla legge, senza contare che tale soluzione finirebbe per consentire evidenti abusi della procedura eccezionale di emersione, al fine di ottenere in maniera irrituale un titolo di permanenza in Italia». La IV sezione dello stesso T.A.R., però, ancora di recente, è tornata a sostenere l'indirizzo giurisprudenziale favorevole al lavoratore immigrato (T.A.R. Lombardia, sez. IV, sent. n. 522 del 13 febbraio 2012).

³¹ La procedura si è aperta il 15 settembre e scadrà il 15 ottobre 2012.

³² Per questo aspetto la sanatoria del 2012 ricalca quelle del 2009 e del 2002, mentre si discosta dalle misure di regolarizzazione adottate in precedenza (v. retro p.3, nt. 13). A proposito della scelta procedurale inaugurata nel 2002, veniva già osservato che «l'impossibilità di controlli ex post sullo svolgimento del rapporto» nei pochi mesi lavorati presi a riferimento dalla legge, aveva indotto il legislatore «a porre integralmente nelle mani del datore di lavoro il potere relativo alla pratica di regolarizzazione» (A. GUARISO – L. NERI, *Sul gran groviglio giuridico...* cit., p. 73).

³³ Cfr. Trib. di Milano, sez. lav., ord. del 14 novembre 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 879 secondo cui il lavoratore extracomunitario che abbia lavorato nel periodo preso in considerazione dal legislatore vanta un diritto soggettivo perfetto a permanere sul territorio

Occorre però constatare che tale rimedio sarà concretamente praticabile soltanto da quei pochi lavoratori³⁴ che saranno in grado di dimostrare, in contraddittorio con i rispettivi datori di lavoro³⁵, l'effettiva esistenza dei rapporti denunciati (dimostrazione non facile, trattandosi di "lavoro nero") e che avranno inoltre la prontezza di agire nel breve lasso di tempo previsto per accedere alla sanatoria³⁶.

Per di più l'impostazione prescelta non scongiura affatto l'eventualità che siano commessi dei falsi, mentre al contempo induce una sorta di "mercato" delle domande di emersione: pur di avere l'agognato

nazionale, onde il datore di lavoro presso il quale egli sia stato occupato ha l'obbligo di porre in essere tutte le condizioni che rendano possibile l'esercizio di tale diritto, adoperandosi perché sia concesso al dipendente il permesso di soggiorno; inoltre, «Se il datore di lavoro non compie le operazioni necessarie, può essere obbligato a farlo per via giudiziaria, non essendo concepibile che l'ordinamento garantisca ad un soggetto giuridico un diritto soggettivo perfetto e nel contempo gli neghi le condizioni per far valere in concreto tale diritto» (in senso conforme Trib. di Milano, sez. lav., ord. del 23 ottobre 2002; Trib. di Bologna, sez. lav., ord. del 8 novembre 2002). V. inoltre Trib. di Milano, sez. lav., ord. del 6 novembre 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 880 ove viene precisato che, qualora il datore di lavoro non adempia all'ordine stabilito in via cautelare di presentare domanda di regolarizzazione, il giudice può disporre – ai sensi dell'art. 669 duodecies c.p.c. – che detta domanda sia presentata dall'ufficio giudiziario stesso. In alcuni casi i giudici del lavoro hanno riletto la disposizione facoltizzante alla luce delle norme costituzionali in materia di lavoro e del principio di uguaglianza, osservando che «solo con l'affermazione della sussistenza del diritto del lavoratore alla regolarizzazione si raggiunge un'interpretazione conforme alla Costituzione, non potendosi ritenere legata al mero arbitrio del datore di lavoro la presentazione della dichiarazione di emersione» (Tribunale di Brescia, sez. lav., ord. del 25 settembre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, con nota di A. GUARISO, *Piccoli rimedi giurisprudenziali alla pessima «sanatoria» ex L. 102 del 2009*, p. 681 s). La medesima lettura costituzionalmente orientata è accolta dal Tribunale di Pisa (sez. lav., ord. n. 6062 del 10 dicembre 2002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, con nota di A. GIUFFRÈ, *L'emersione degli extracomunitari tra principi fondamentali e interessi economico-politici*, p. 286 s.) partendo dal presupposto che «a differenza di altre tutele dispiegate nella Costituzione a favore dei cittadini, quelle attinenti il mondo del lavoro, sono previste a favore del lavoratore, senza alcuna distinzione fra cittadini e stranieri». Sull'interpretazione da dare al testo legislativo il giudice toscano, in particolare, osserva: «se lo scopo perseguito dal legislatore è quello di legalizzare il lavoro sommerso, prestato nel nostro Paese dagli extracomunitari la sorte di questi lavoratori non potrà certo essere affidata al solo gradimento datoriale [...] la legge non consente che tutto sia affidato al solo buon cuore del datore di lavoro, in quanto se il requisito del rapporto di lavoro trimestrale viene verificato come realmente realizzatosi, il datore di lavoro è sicuramente obbligato alla denuncia ed il "può denunciare" contenuto nella norma sta sicuramente a significare: "sussistono le condizioni perché denunci"».

³⁴ Con riguardo alla sanatoria del 2009, ad esempio, si conosce un solo caso di giudizio cautelare avente ad oggetto l'avvio della procedura di emersione (cfr. Tribunale di Brescia, ord. del 25 settembre 2009 cit.).

³⁵ I quali peraltro, è assai probabile, decideranno nel frattempo di licenziare per ritorsione quei lavoratori che chiedano con troppa insistenza di poter essere regolarizzati. È ciò che è accaduto, per esempio, proprio nel caso cit. deciso dal Tribunale del lavoro di Brescia nel settembre 2009. Vero è che il giudice in quell'occasione ha ritenuto discriminatorio tale licenziamento e ha ordinato il reintegro della lavoratrice ricorrente. È tuttavia evidente che di fatto la decisione è servita esclusivamente a non perdere il diritto all'emersione, mentre si può facilmente ipotizzare che l'attività lavorativa non sia in concreto ripresa essendo divenuta impraticabile, specie nel contesto domestico dove si svolgeva il rapporto denunciato (per una ricostruzione giornalistica della vicenda v. B. RASPA, *L'anziana la caccia e il giudice ordina di assumerla*, in *La Stampa* del 30/09/2009, p. 7). È facile dunque comprendere come – al di là dei possibili rimedi giurisprudenziali – nella maggioranza dei casi l'eventualità di perdere l'impiego abbia indotto (ed indurrà anche stavolta) molti lavoratori a rinunciare ad ogni tentativo di incalzare i propri datori a compiere un atto che la legge, salvo riletture, descrive nei termini di mera facoltà.

³⁶ Una volta trascorso il breve periodo previsto per la presentazione della domanda di emersione vi sono poche probabilità che possano essere accolti i ricorsi diretti ad obbligare i datori di lavoro a fare istanza. Preliminarmente il giudice del lavoro dovrebbe infatti stabilire che i ricorrenti siano rimessi in termini in quanto il ritardo non è ad essi imputabile. Va in questa direzione la cit. ord. n. 6060 del 10 dicembre 2002 emessa dal Tribunale di Pisa. Ma in senso contrario cfr. Tribunale di Roma, sez. lavoro, ord. del 4 febbraio 2003, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2003, con nota di V. DE LUCA, *Regolarizzazione e termine per la presentazione della dichiarazione di emersione*, p. 666 s. In questa circostanza il giudice romano non si è espresso sul carattere obbligatorio o facoltativo della domanda avendo osservato che, in ogni caso, l'ordine di *facere* preteso dalla parte ricorrente sarebbe stato *inutiliter datum* a fronte dell'impossibilità per l'amministrazione di ricevere istanze tardive. La questione è stata affrontata anche da una circolare ministeriale emanata in occasione della "sanatoria 2002" (Ministero dell'interno, circolare n. 300 C/2002 del 31 ottobre 2002): «con disposizione sintetica e sibillina» (così A. GUARISO – L. NERI, *Sul gran groviglio giuridico della «sanatoria» per i lavoratori extracomunitari*, in *Dir. immig. cittad.*, 2002, p. 75) si stabilì che agli immigrati che avessero «adito formalmente le vie legali» potesse essere «temporaneamente» rilasciato un permesso per attesa occupazione a condizione che fossero presenti tutti gli altri requisiti previsti per la procedura di emersione, compreso «il rispetto dei termini previsti per la richiesta di permesso di soggiorno» da intendersi evidentemente quale momento entro il quale fare ricorso contro il datore di lavoro a pena di decadenza.

permesso gli immigrati che, per varie ragioni³⁷, non possano contare su “veri” datori di lavoro saranno comunque tentati di rivolgersi a “falsi” datori, finendo con l’affidare i propri risparmi e le proprie speranze nelle mani di terzi spesso totalmente sconosciuti, sulla base della semplice promessa, incoercibile e finanche incontrollabile³⁸, che presenteranno l’istanza in loro favore³⁹.

Ecco perché, al di là dei «piccoli rimedi giurisprudenziali»⁴⁰ che i giudici del lavoro potranno nuovamente apprestare contro l’irragionevole esclusione dei lavoratori immigrati dalla possibilità di accedere direttamente alla sanatoria, sarebbe stavolta auspicabile che, sul punto, fosse senz’altro attivata la Corte costituzionale così da ottenere finalmente, se possibile, un pronunciamento che ne sancisca erga omnes l’illegittimità. Vero è che l’accertamento in via cautelare di queste cause, sulle quali incombe il periculum in mora del breve termine concesso per fare domanda e del rischio di espulsione dell’immigrato irregolare, non facilita i giudici del lavoro nel compito di introduttori necessari del giudizio costituzionale⁴¹. Questa circostanza li ha finora indotti a preferire, anche a costo di qualche forzatura⁴², la soluzione dell’interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni sospettate d’illegittimità, così da rendere pronta giustizia nel singolo caso al loro esame.

Forse allora la via più immediata da percorrere, ancorché rischiosa, per provocare una pronuncia del giudice costituzionale – magari col sostegno delle associazioni che difendono i diritti degli immigrati – potrebbe passare per la “fabbricazione” di un apposito “caso di scuola”: la fattispecie dovrebbe far perno sulla diretta attivazione di un lavoratore immigrato che, trovandosi nelle condizioni descritte nella normativa, presenti una domanda di emersione in nome proprio anziché valersi dell’intermediazione del datore di lavoro. La questione di legittimità dovrebbe poi auspicabilmente essere sollevata dal giudice amministrativo chiamato a sindacare la probabile decisione della P.A. di considerare irricevibile la domanda di emersione così redatta⁴³.

³⁷ Non solo quando il rapporto di lavoro denunciato sia inesistente, ma anche quando il datore di lavoro non sia disponibile a presentare la domanda, ovvero quando il rapporto lavorativo non copra esattamente il periodo considerato dalla norma (perché magari dura da più tempo, ma in modo discontinuo e risultano scoperti proprio alcuni dei mesi presi a riferimento nella disciplina).

³⁸ V. oltre lett. b) del presente paragrafo.

³⁹ Descrive compiutamente questo fenomeno l’indagine *Truffasi. Quando la legge crea illegalità: osservatorio sulla “sanatoria colf e badanti” del 2009*, del NAGA – Associazione Volontaria di Assistenza socio-sanitaria e per i Diritti dei Cittadini Stranieri, Rom e Sinti, Milano, 2011, in www.naga.it. Per questi immigrati persino la decisione di denunciare i loro sfruttatori e sperare di ottenere un permesso per motivi di giustizia appare incerta e rischiosa poiché comporta, al contempo, l’autodenuncia sia della propria condizione di clandestinità sia dei falsi commessi o tentati per rientrare nelle maglie della sanatoria (v. ad esempio, il caso deciso dal Tribunale penale di Genova, Sez. I, sent. del 16 novembre 2011. Il dilemma nel quale si possono trovare gli immigrati “truffati” è riportato nell’indagine *Truffasi cit.*, p. 11).

⁴⁰ A. GUARISO, *Piccoli rimedi giurisprudenziali alla pessima «sanatoria» ex L. 102 del 2009 cit.*

⁴¹ Sulla rilevanza della questione di legittimità proposta dal giudice amministrativo che aveva nel frattempo disposto la tutela cautelare v. però Corte Cost., ord. n. 211 del 2011 e sent. n. 172 del 2012, secondo cui «il rimettente non ha esaurito la propria *potestas iudicandi*, in quanto ha concesso la misura cautelare sul presupposto della non manifesta infondatezza della questione sollevata, *ad tempus*, ossia sino all’esito della decisione della stessa da parte di questa Corte».

⁴² V. gli argomenti coi quali il Tribunale di Genova, sez. lav., ord. del 12 marzo 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 315 s., dopo aver valutato come «non manifestamente infondata, per contrasto con articoli 3 e 35 della Costituzione, la questione di illegittimità costituzionale dell’articolo 1 del d.l. 195/2002, convertito in legge 222/2002, come dell’articolo 33 della legge 189/2002, nella parte in cui non estendono la regolarizzazione del preesistente rapporto di lavoro, da essi previsto, all’accertamento giudiziale dello stesso su iniziativa del dipendente», ha però ritenuto incompatibile con l’urgenza che caratterizza la fase cautelare la rimessione della questione alla Corte costituzionale, ed ha conseguentemente deciso di disapplicare direttamente le disposizioni ritenute illegittime.

⁴³ Depongono a favore del riconoscimento del permesso di soggiorno all’immigrato irregolare che possa vantare un rapporto lavorativo conforme ai requisiti della sanatoria, anche quando la domanda non sia stata presentata, la decisione del T.A.R. Lazio, sez. II quater, n. 3387 del 13 aprile 2012 e, in via di deliberazione meramente cautelare, la sent. del Cons. St. (sez. III), n. 3628 del 30 agosto 2011. In entrambi i casi si è infatti stabilito che occorre tener conto del diritto “maturato” dall’immigrato alla luce della sanatoria del 2009 prima di valutare il rigetto della domanda di permesso avanzata, però, in occasione di un “decreto flussi”.

b) la partecipazione al procedimento amministrativo

Avendo impostato anche quest'ultima sanatoria, fin dal suo avvio, ad esclusivo vantaggio del datore di lavoro vi è il concreto rischio che le successive fasi vengano gestite in modo altrettanto squilibrato, e che si perpetui la prassi di negare ogni dignità giuridica agli immigrati irregolari fino a quando non venga loro rilasciato il permesso di soggiorno.

Una serie di vizi procedurali potrebbero derivare, in particolare, dal fatto che non sia previsto alcun canale informativo diretto tra i lavoratori immigrati e la pubblica amministrazione, circostanza che peraltro faciliterà l'occultamento di eventuali comportamenti truffaldini⁴⁴.

Già in passato è infatti accaduto che, per questa ragione, molti immigrati siano rimasti inconsapevolmente esclusi dalla sanatoria perché le loro istanze in realtà non erano mai state presentate dai datori di lavoro che si erano impegnati a farlo, magari dietro la corresponsione di rilevanti somme di denaro⁴⁵.

In secondo luogo, la convocazione presso i competenti S.U.I. al fine di sottoscrivere il contratto di soggiorno era formalmente indirizzata ai soli datori lavoro ai quali era rimesso il compito di informare i rispettivi lavoratori. Al datore di lavoro che si fosse presentato da solo all'appuntamento, era tuttavia garantito comunque il diritto al completamento della pratica, dovendo egli semplicemente confermare – veniva chiarito da una circolare ministeriale⁴⁶ – di «aver assolto all'obbligo di informare il lavoratore sulla necessità di presentarsi allo S.U.I. per completare la procedura di emersione, fornendo indicazioni sui motivi della mancata presentazione, qualora ne abbia notizia».

Nei fatti quest'ipotesi si verificava assai raramente, mentre accadeva di frequente che il datore di lavoro, non volendo rispondere alla convocazione, non si curasse nemmeno di darne notizia al dipendente il quale non si poteva perciò presentare, incolpevolmente, all'appuntamento. In questi casi la procedura si è chiusa con un provvedimento di archiviazione erroneamente motivato per l'assenza di entrambe le parti «senza giustificato motivo».

A sua volta, l'atto di archiviazione o di rigetto dell'istanza veniva notificato al solo datore di lavoro; conseguentemente, nella gran parte dei casi, i lavoratori – a meno di non essere stati avvisati dai rispettivi datori di lavoro – non erano nemmeno venuti a conoscenza dell'esito del procedimento (che in alcuni casi, come si è detto, non era neanche stato avviato). Spesso hanno ricevuto questa informazione in modo increscioso quando, essendo casualmente incappati nei controlli delle forze dell'ordine, hanno subito un arresto e un procedimento penale per violazione delle norme sull'immigrazione clandestina sebbene ignorassero di essere ritornati nella situazione di illegalità che la domanda di sanatoria aveva temporaneamente sospeso⁴⁷.

⁴⁴ La domanda va presentata necessariamente in via telematica. Il modulo informatizzato prevede l'indicazione dei recapiti del solo datore di lavoro, presupponendo evidentemente che le comunicazioni e le notifiche saranno indirizzate, come in passato, esclusivamente a quest'ultimo e non al lavoratore. È lo stesso datore di lavoro, inoltre, che deve provvedere a rilasciare al lavoratore una ricevuta che attesta l'effettuazione della richiesta di emersione a suo nome. Da notare che la circolare ministeriale 400/C del 12 settembre 2012 si preoccupa di contrastare il fenomeno della falsificazione/contraffazione delle ricevute solo nel senso di agevolare i controlli di polizia. Non si cura, invece, di mettere i lavoratori immigrati nelle condizioni di verificare l'autenticità della ricevuta loro rilasciata, dato che solo il datore di lavoro possiede la password di accesso al sistema informatizzato del Ministero dell'interno che consente di seguire l'andamento della pratica.

⁴⁵ Oltre alle "spese vive" richieste dalla procedura di regolarizzazione, spesso sono stati necessari ulteriori esborsi per pagare i "datori" prestanome e gli intermediari che avevano fatto da tramite tra la "domanda" e "l'offerta" di falsi impieghi. Cfr. l'indagine *Truffasi* cit., p. 9 e, per una stima del giro d'affari prodotto dalla "sanatoria colf e badanti", Id., p. 32.

⁴⁶ Circolare n. 7950 del 12/12/2009.

⁴⁷ Proprio constatando l'inevitabilità dell'errore riferito alla loro condizione di irregolari, alcuni giudici penali hanno perciò assolto gli imputati del fatto di essersi trattenuti illegalmente nel territorio dello Stato considerandolo scriminato dalla circostanza che gli immigrati avevano incolpevolmente confidato nella "protezione" della sanatoria, non avendo avuto la conoscenza né legale né reale del rigetto.

Anche su questo fronte la giustizia amministrativa ha sviluppato orientamenti divergenti: partendo dal presupposto che il lavoratore sia, con il datore di lavoro, diretto destinatario del provvedimento finale e che sia portatore di un proprio distinto interesse alla positiva conclusione della procedura, un primo filone interpretativo giunge ad annullare gli atti di rigetto che siano stati emessi senza aver prima sentito l'immigrato e senza avergli consentito di dimostrare la sussistenza dei requisiti necessari a regolarizzare la sua posizione⁴⁸.

Un secondo filone interpretativo ritiene, invece, che l'omessa comunicazione al lavoratore delle diverse fasi del procedimento, ed in particolare del preavviso di rigetto dell'istanza, non comporti vizio invalidante ai sensi dell'art. 10 bis della l. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo. Alcuni giudici pervengono a questa conclusione applicando l'art. 21 octies della l. 241 del 1990, cioè giustificando l'omessa comunicazione nei confronti del lavoratore la cui partecipazione al procedimento, a loro avviso, non avrebbe potuto comunque cambiare il contenuto finale del provvedimento⁴⁹. Altri, seguendo lo stesso filone, si sono spinti fino a disconoscere che il lavoratore immigrato sia persino portatore di un proprio interesse a prender parte alla procedura della quale sarebbe «mero destinatario», o che possa, per la stessa ragione, opporsi al silenzio-inadempimento serbato anche per lungo tempo dall'amministrazione⁵⁰; al contempo esaltano invece il ruolo del datore di lavoro che viene addirittura definito «unico dominus del procedimento»⁵¹.

Leggendo queste ultime motivazioni si ha davvero l'impressione che gli immigrati, specie se irregolari, siano talvolta considerati dalle istituzioni, persino da quelle di garanzia, come una massa indistinta e si trascuri il fatto che si tratta, invece, di decidere di aspetti essenziali della vita di tanti singoli individui⁵². Analogamente, l'aggravamento dei diritti di partecipazione del lavoratore immigrato mediante il «disinvolto»

⁴⁸ Cfr. T.A.R. Veneto, sez. III, sent. n. 923 del 3 luglio 2012 che annulla l'atto di rigetto con la seguente motivazione: «Considerato che l'Amministrazione ha chiamato a partecipare al procedimento di emersione solo il ricorrente datore di lavoro e non anche, come avrebbe dovuto, il lavoratore, nel cui interesse era anche chiesta la regolarizzazione, lavoratore che, in ipotesi, avrebbe potuto fornire utili elementi istruttori; ritenuto quindi che il ricorso, assorbita ogni altra questione, debba essere accolto, dovendo l'Amministrazione rideterminarsi dopo aver dato al lavoratore la possibilità di interloquire» (in senso conforme T.A.R. Toscana, sez. II, sent. n. 470 del 9 marzo 2012).

⁴⁹ Così, qualora l'autorità giudiziaria sposi la tesi secondo la quale, venuta meno la disponibilità del datore di lavoro a concludere il contratto di soggiorno la domanda dev'essere senz'altro respinta, si ritiene conseguentemente priva di utilità la comunicazione al lavoratore del preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10 bis della l. 241 del 1990. Ciò sebbene, a rigore, il rigetto si regga sul presupposto che le parti non abbiano risposto alla convocazione dello S.U.I. «senza giustificato motivo» mentre in verità il lavoratore non è stato messo nella condizione di poter comparire (cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, sent. n. 136 del 24 gennaio 2012 e n. 752 del 2 maggio 2011, che sul punto conclude osservando: «la doglianza di violazione dell'art. 10-bis cit. è strumentale ad un potere di surroga dello straniero rispetto al dichiarante nel procedimento de quo non è ammissibile, in ragione dell'inconfigurabilità di un obbligo del predetto dichiarante di stipulare il contratto di soggiorno»). Nel medesimo senso, ma con riferimento ad un provvedimento di rigetto motivato in base alla presenza di una condanna ostativa v. T.A.R. Umbria, sez. I, sent. n. 280 del 7 maggio 2010. È da notare che si trattava di condanna per il reato di cui all'art. 14 c.5 ter T.U.Imm. poi, come si è detto (p. 1, nt. 1), giudicato incompatibile con la normativa comunitaria. Lungi dall'essere vincolata, ai sensi dell'art. 21octies della legge sul procedimento amministrativo, la decisione di rigetto avrebbe ben potuto (e dovuto) quindi avere un esito diverso! Alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 172 del 2012 (v. oltre, par. 4), inoltre, l'amministrazione avrebbe dovuto senz'altro interloquire con l'immigrato anche in presenza di condanne per reati di cui all'art. 381 c.p.p.

⁵⁰ Osserva il T.A.R. Lazio, sez. II quater, sent. n. 2068 del 7 marzo 2011, che il lavoratore è un mero beneficiario del procedimento, così che non può subire pregiudizio dal ritardo nella definizione della pratica. La decisione sembra del resto alludere ad una «graziosa concessione» quando rileva che l'immigrato non deve dolersi dello stato di incertezza in cui versa, visto che nelle more della procedura può continuare a svolgere il proprio lavoro e non è nemmeno passibile di espulsione. Altri giudici amministrativi, come osservato (v. giurisprudenza cit. p. 5, nt. 20) ammettono, al contrario, il ricorso contro il silenzio-inadempimento presentato dal lavoratore e condannano l'inerzia protratta dall'amministrazione.

⁵¹ Utilizza queste espressioni il T.A.R. Lazio, sez. II, sent. n. 7519 del 22 settembre 2011. Secondo il T.A.R. Lombardia, sez. II, sent. n. 674 del 2 maggio 2011, il fatto stesso che l'avvio del procedimento di emersione sia rimesso all'impulso del solo datore di lavoro, con esclusione di ogni potere di iniziativa in capo allo straniero lavoratore irregolare, «si riflette sui poteri spettanti alle parti nel corso del procedimento, dovendosi respingere la pretesa del ricorrente di potersi sostituire al dichiarante inerte a fronte delle richieste di integrazione documentale avanzate dalla P.A.».

⁵² Un'efficace esemplificazione dei tanti casi di razzismo c.d. istituzionale che avvengono in Italia è contenuta nel libro di C. BARTOLI, *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Roma-Bari 2012.

utilizzo dell'art. 21 octies della l. 241 del 1990 sembra esprimere, in fondo, il pregiudizio che dallo straniero clandestino non ci si possa attendere alcun significativo contributo al corretto esercizio dell'attività amministrativa⁵³.

Appare dunque evidente come al fondo di questi inquadramenti giuridici – che sembrano formalmente dipendere da mere tecnicità interpretative e che riguardano aspetti procedurali alla prova dei fatti spesso effettivamente non decisivi rispetto al risultato finale – si cela una questione profondamente di sostanza che attiene alla stessa concezione degli immigrati come persone, prima ancora che come soggetti di diritto.

4. La previsione di cause ostative all'emersione di immigrati pericolosi “per legge”

Uno degli elementi più controversi delle ultime sanatorie è consistito nella previsione di un elenco di cause ostative all'emersione, inserite con lo scopo di evitare che fossero regolarizzate e acquisissero il diritto di restare e lavorare nel nostro Paese persone immigrate considerate pericolose per la collettività.

Su queste cause di esclusione e sulla loro eventuale applicazione in via automatica da parte delle competenti amministrazioni si è però proprio di recente espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 172 del 2012.

La Corte costituzionale, in particolare, ha esaminato il comma 13 lett. c) dell'art. 1-ter della legge 102 del 2009: si tratta della norma che precludeva la sanatoria “colf e badanti” agli immigrati «che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dagli articoli 380 e 381 del medesimo codice» ossia fattispecie criminose che consentono di procedere all'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza.

Circoscrivendo il *petitum*⁵⁴, la sentenza si pronuncia sul carattere ostativo delle sole condanne riconducibili all'art. 381 c.p.p. dichiarando illegittima la norma che prevede l'automatico rigetto dell'istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario pregiudicato e non consente di accertare se egli rappresenti una minaccia reale ed attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

La decisione, giunta negli stessi giorni nei quali venivano definiti i dettagli del dc. lgs. n. 109 del 2012, è stata presa in considerazione dal Governo, ma solo per lo “stretto necessario”. Il comma 13 dell'art. 5 del decreto continua comunque ad escludere automaticamente dal beneficio dell'emersione gli immigrati colpiti da un provvedimento di espulsione quale misura preventiva adottata per motivi di pericolosità sociale⁵⁵; ovvero destinatari di una segnalazione Schengen; ovvero condannati, anche con sentenza non definitiva, per uno dei reati previsti dall'art. 380 c.p.p. Soltanto le condanne per reati che rientrino nell'art. 381 c.p.p.

⁵³ Paradossalmente, è stato invece consentito all'immigrato di difendere i diritti di partecipazione procedimentale del proprio datore di lavoro al quale non fosse stato notificato (ai sensi dell'art. 10 bis) il preavviso di rigetto dell'istanza di emersione. Il ricorso del lavoratore in tali casi è stato giudicato ammissibile e, nel merito, accolto in base al presupposto, pacifico quando si tratti del datore di lavoro, che la parte possa mettere in luce elementi del rapporto lavorativo che la P.A. non abbia considerato o abbia erroneamente valutato. Conseguentemente, rispondendo al ricorso del lavoratore, è stato ordinato all'amministrazione di assegnare un nuovo termine al datore di lavoro (!) per consentirgli di presentare le proprie osservazioni (cfr. T.A.R. Sardegna, ord. n. 85 del 17 febbraio 2011 e n. 39 del 19 gennaio 2011). In generale, sul trattamento riservato ai diritti di partecipazione degli immigrati nei procedimenti amministrativi di ingresso, soggiorno ed espulsione cfr. A. CANEPA, *Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione*, in *amministrazioneincammino.it*, 2011.

⁵⁴ Il T.A.R. Marche e il T.A.R. Calabria avevano contestato il riferimento contenuto nella legge ad entrambe le fattispecie di reati di cui agli artt. 380 e 381 del c.p.p. Tuttavia la Corte ha considerato rilevanti le questioni di legittimità solo nella parte in cui contestavano l'ostatività delle condanne per reati passibili di arresto in flagranza (art. 381 c.p.p.), in quanto nei casi sottoposti all'esame dei due giudici amministrativi il diniego del permesso era concretamente dipeso da questa tipologia di condanne.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2, lettera c) del T.U. imm. e dell'art. 3 del dc.lg. n. 155 del 2005

non sono indicate come necessariamente preclusive, ma il legislatore prescrive all'amministrazione di tenerne conto quali indizi di pericolosità dell'immigrato.

In effetti, come evidenziato, la sentenza n. 172 del 2012 è circoscritta soltanto a quest'ultima ipotesi, che si riferisce a comportamenti in astratto meno gravi rispetto alle altre fattispecie⁵⁶. Tuttavia, le motivazioni con le quali è stata accolta la questione di legittimità potrebbero essere estese fino ad esprimere un principio più generale che investa la previsione stessa di automatismi ostativi.

Va anzitutto osservato che, nonostante il tentativo del giudice costituzionale di ricondurre la pronuncia nel solco dei propri precedenti, essa sembrerebbe piuttosto segnare un momento di discontinuità nella giurisprudenza costituzionale che si è occupata del regime dei permessi per motivi di lavoro e di quello, ad esso correlato, delle espulsioni amministrative. Fino ad oggi, infatti, la Corte costituzionale si è sostanzialmente astenuta dal sindacare le scelte fatte su questo terreno dal legislatore in base al presupposto, enunciato in un precedente risalente e poi costantemente ripreso, secondo il 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 materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli»⁵⁷.

Diverse pronunce hanno riguardato proprio la previsione di automatismi all'interno della disciplina sulle espulsioni amministrative o sul rilascio e il rinnovo dei permessi di soggiorno⁵⁸. Con argomenti criticabili⁵⁹, la Corte costituzionale li ha giudicati legittimi, in linea di principio, salvo verificarne la rispondenza a criteri di ragionevolezza intrinseca; trattandosi di meccanismi posti a difesa dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato, la Corte si è accontentata di riscontrare che la legge facesse riferimento a situazioni plausibilmente sintomatiche della pericolosità sociale dell'immigrato. Vanno chiaramente in questa direzione le decisioni n. 148 del 2008, che riguardava il rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno in presenza di

⁵⁶ Sulla diversa gravità delle ipotesi alla base delle segnalazioni Schengen che la disposizione considera, in modo indistinto, automaticamente ostative v. però le considerazioni contenute nel documento del Consiglio direttivo dell'A.s.g.i. del 1 agosto 2012, in www.asgi.it/public/parser_download/save/1_asgi_regolarizzazione_2012.pdf. Tale automatismo, già previsto nelle precedenti "sanatorie", è stato considerato non irragionevole dal Consiglio di Stato (sez. VI, sent. n. 3559 del 6 giugno 2009). In senso contrario, cfr. l'ampia motivazione del T.A.R. Campania (sez. Salerno), sent. n. 305 del 22 febbraio 2011, secondo la quale «non sembra possa sfuggire ad un giudizio di manifesta incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, in presenza di un'evidente disparità di trattamento tra situazioni simili, una norma (...) che, da un lato, riguardo ai provvedimenti di autorità amministrative e giurisdizionali interne, circoscrive esattamente i casi che impediscono la regolarizzazione, e, dall'altro, di fronte a segnalazioni del sistema informativo Schengen, provenienti da autorità amministrative e giurisdizionali straniere, prescinde da una qualsiasi verifica circa l'origine, il contenuto e la natura dell'informazione, acquisendole "a scatola chiusa"». Conseguentemente, il giudice campano adotta un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione stabilendo che «L'autorità competente ha quindi l'obbligo di verificare, in presenza di una segnalazione, l'origine e la natura dell'evento che ne costituisce il presupposto di fatto».

⁵⁷ La Corte lo affermò a partire dalla sentenza n. 62 del 1994. Va notato che il giudice costituzionale in quell'occasione usò questi argomenti per *giustificare* la possibilità offerta al *cittadino straniero* e non a quello italiano, di optare per l'espulsione dal territorio dello Stato anziché subire l'esecuzione di una condanna penale. La sospetta *discriminazione ai danni del cittadino italiano* venne spiegata in ragione della necessità di ponderare, in sede di esecuzione della pena nei confronti degli stranieri, interessi diversi da quelli che vengono in rilievo per i cittadini. Solo nelle pronunce successive l'ampio riconoscimento fatto in questa prima occasione alla discrezionalità del legislatore in materia di immigrazione venne posto alla base del sindacato di legittimità di norme, invece, *sfavorevoli* per gli stranieri.

⁵⁸ Cfr. le decisioni n. 353 del 1997; n. 146 del 2002; n. 9 del 2005; n. 463 del 2005; n. 206 del 2006; n. 44 del 2007; n. 218 del 2007; n. 414 del 2006; n. 158 del 2006; n. 148 del 2008. In alcune occasioni il giudice costituzionale ha ritenuto irrilevanti le questioni prospettate giudicando non sufficientemente descritta la fattispecie del giudizio a quo. L'ordinanza non precisava, in un caso, l'illecito commesso e la condanna concretamente subita dall'immigrato e considerata ostativa dall'amministrazione (ord. n. 307 del 2011) o, in un altro, il tipo di espulsione con accompagnamento alla frontiera impartita all'immigrato che aveva impedito l'accoglimento della domanda di emersione (ord. n. 126 del 2005).

⁵⁹ V. oltre in questo paragrafo.

condanne per reati inerenti agli stupefacenti⁶⁰, e la n. 206 del 2006, sollevata con riferimento all'ipotesi di esclusione automatica dalla "sanatoria 2002" degli immigrati colpiti da provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera⁶¹.

Prima della sentenza in esame si annovera invece un solo precedente nel quale una causa ostativa contemplata nella "sanatoria 2002" – si trattava dell'eventuale presenza di *denunce* per reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. – è stata ritenuta inidonea a dimostrare, anche solo in astratto, la propensione a delinquere degli immigrati i quali, trovandosi nella condizione contemplata dalla legge, finivano dunque col subire un irragionevole pregiudizio⁶². Anche nella sentenza n. 172 del 2012 il giudice costituzionale compie una valutazione analoga ma con riguardo, questa volta, alle *condanne* per reati riconducibili all'art. 381 c.p.p. Tali reati, osserva la Corte, non sono «necessariamente sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi», tant'è vero che la stessa misura dell'arresto è prevista come facoltativa ed è «subordinata ad una specifica valutazione di elementi ulteriori rispetto a quelli consistenti nella mera prova della commissione del fatto»⁶³.

La decisione si presta ad un primo positivo rilievo con riguardo all'insolita severità con la quale la Corte abbatte uno dei criteri prescelti dal legislatore per selezionare chi meriti di essere regolarizzato e circoscrive il potere delle forze politiche di regolare discrezionalmente la presenza di stranieri nel nostro Paese, fino a consentire l'eventuale permanenza di extracomunitari pregiudicati che la norma avrebbe, invece, senz'altro escluso.

Proprio con lo scopo di suffragare questo rilevante intervento ablativo che spinge il giudice costituzionale fin sul confine dell'area delle scelte propriamente politiche, la motivazione viene arricchita di ulteriori considerazioni⁶⁴. Sono questi ulteriori passaggi che, a mio avviso, potrebbero proiettare la decisione oltre la specifica fattispecie considerata.

La Corte sottolinea, in primo luogo, che la sanatoria al suo esame (la "colf e badanti" del 2009) si riferisce ad attività di lavoro domestico che «per il loro contenuto e per la circostanza di essere svolte all'interno di

⁶⁰ Per la Corte «l'inclusione di condanne per qualsiasi reato inerente agli stupefacenti non appare manifestamente irragionevole qualora si consideri che si tratta di ipotesi delittuose spesso implicanti contatti, a diversi livelli, con appartenenti ad organizzazioni criminali o che, comunque, sono dirette ad alimentare il cosiddetto mercato della droga, il quale rappresenta una delle maggiori fonti di reddito della criminalità organizzata» (sent. n. 148 del 2008, n. 4 Cons. dir.).

⁶¹ Prima della legge 189 del 2002 l'espulsione con accompagnamento alla frontiera era riservata solo ai casi considerati più gravi dal legislatore (espulsione ordinata dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato o per gli appartenenti a categorie soggette a misure di prevenzione). In essi era ricompresa la situazione, nella quale si trovava l'immigrato del giudizio a quo, assai meno grave, di chi non avesse ottemperato all'ordine di lasciare il territorio italiano nel termine stabilito, o vi fosse entrato sottraendosi ai controlli di frontiera, qualora fosse privo di documento d'identità e il prefetto ravvisasse il pericolo di sottrazione alla misura. Per la Corte «Anche limitato alle ultime ipotesi ricordate – che sono poi quelle su cui i remittenti sono chiamati a pronunciarsi – l'accompagnamento alla frontiera non era correlato a lievi irregolarità amministrative ma alla situazione di coloro che avessero già dimostrato la pervicace volontà di rimanere in Italia in una posizione di irregolarità tale da sottrarli ad ogni normale controllo o di coloro che tale volontà lasciassero presumere all'esito di una valutazione dei singoli casi condotta sulla base di specifici elementi (sottrazione ai controlli di frontiera e mancanza di un documento d'identità)». Pertanto, giudicava non manifestamente irragionevole «la scelta del legislatore di escludere la legalizzazione dei rapporti di lavoro dei cittadini extracomunitari colpiti da provvedimenti di espulsione con accompagnamento alla frontiera». In senso conforme v. Corte cost., ord. n. 44 del 2007.

⁶² Sent. n. 78 del 2005. La decisione si riferisce alla causa ostativa inserita nella "sanatoria 2002" che escludeva dal beneficio dell'emersione gli immigrati anche solo denunciati per uno dei reati contemplati agli artt. 380 e 381 c.p.p. La Corte la giudica irragionevole posto che «nel nostro ordinamento la denuncia, comunque formulata e ancorché contenga l'espresso riferimento a una o a più fattispecie criminose, è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce» (n. 3 Cons. dir.). La decisione è commentata da M. MALENA, *Il diritto degli stranieri tra criterio di ragionevolezza e principio di uguaglianza*, in *forumcostituzionale.it*, 23 giugno 2005 e da D. PICCIONE, *L'irragionevolezza del divieto di regolarizzazione dello straniero colpito da denuncia di reato: un'ulteriore sentenza di illegittimità costituzionale sui provvedimenti automatici di espulsione*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1411 s.

⁶³ Sent. n. 172 del 2012, n. 7.2 Cons. dir.

⁶⁴ La Corte premette espressamente che sono considerazioni a conferma della manifesta irragionevolezza della disciplina censurata (cfr. 7.2 Cons. dir.)

una famiglia (...) agevolano l'accertamento dell'effettiva pericolosità dello straniero» e consentono facilmente di «ipotizzare, ed accertare, l'esistenza di situazioni contrarie alla generalizzazione posta a base della presunzione assoluta che fonda l'automatismo» (7.2 Cons. dir.). Sebbene sia inserita come argomento ad adiuvandum, l'osservazione viene poi ripresa nel dispositivo della decisione: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della legge perché fa derivare l'automatico rigetto dell'istanza di regolarizzazione dell'extracomunitario da una circostanza non necessariamente sintomatica di pericolosità, «senza prevedere» – conclude – «che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato».

A quanto risulta, si tratta di una novità assoluta nella giurisprudenza costituzionale.

Finora il giudice costituzionale aveva imposto una specifica valutazione della pericolosità sociale dell'immigrato nel solo caso in cui l'autorità giudiziaria volesse disporre la sua espulsione dal territorio nazionale come misura di sicurezza (art. 15 T.u.Imm)⁶⁵. Non l'aveva invece ritenuta necessaria nell'ambito dei procedimenti amministrativi di rilascio dei permessi e delle conseguenti espulsioni prefettizie, legittimando, come si è detto, l'operare delle cause tassativamente ostative. In tali casi, anzi, aveva considerato addirittura appropriata la previsione di automatismi quale «riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa»⁶⁶.

Va detto che il richiamo al principio di stretta legalità a sostegno di questi meccanismi di esclusione rigidi non appare persuasivo: nell'accezione accolta negli ordinamenti liberal-democratici esso opera sempre in funzione di tutela del singolo, proteggendo il suo spazio di libertà da indebite ingerenze dell'autorità pubblica, ovvero delimitando la discrezionalità delle istituzioni quando il godimento di diritti o la realizzazione di interessi dipenda da un comportamento attivo dei pubblici poteri⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. sent. n. 58 del 1995. In materia di misure di sicurezza personali, osservava la Corte costituzionale, vale il principio che tali misure «sono ordinate, previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto, è persona socialmente pericolosa» e concludeva che «l'applicazione della misura di sicurezza della espulsione senza la valutazione del giudice alla stregua degli indici menzionati dall'art. 133 c.p. (cui fa rinvio l'art. 203, cpv., c.p.) e la conseguente preclusione della concessione della sospensione condizionale della pena frappongono ingiustificati ostacoli, non soltanto alla libertà personale, ma anche alle possibilità di sviluppo della personalità del condannato in vista dell'eventuale superamento della sua condizione come soggetto socialmente pericoloso». La presunzione di pericolosità, secondo la Corte, non poteva farsi discendere soltanto dalla circostanza che il soggetto fosse cittadino straniero e non italiano.

⁶⁶ Cfr. ord. n. 146 del 2002 (il passaggio, come un *refrain*, è ripreso anche nelle decisioni successive, compresa la pronuncia in esame). La Corte si pronunciava, in quell'occasione, sulla legittimità dell'art. 13 T.U.imm. nella parte in cui impone al prefetto di espellere automaticamente l'immigrato che si trovi nelle condizioni elencate dalla norma, senza poter tener conto nel caso concreto di eventuali ragioni umanitarie o solidaristiche. Il rigetto della Corte era fondato, oltre che sui supposti benefici per gli immigrati derivanti dalla tassatività dei presupposti dell'espulsione, anche sulla considerazione che la rigidità normativa era in questo caso mitigata dalla previsione all'art. 19 T.U.imm. di ipotesi di divieto di espulsione fondate sulla considerazione di eventuali situazioni particolari. Va detto che, in effetti, il Testo unico contiene diverse clausole dirette a stemperare l'applicazione dei requisiti per il rilascio, il rinnovo o la revoca dei permessi: «inflexibile» per quanto riguarda gli ingressi (art. 4), la disciplina legislativa si ammorbidisce con riguardo ai criteri di valutazione degli aspiranti al permesso di soggiorno per motivi di lavoro (che impone di tener in considerazione il sopraggiungere di nuovi elementi che ne consentano il rilascio nonché l'esistenza di legami familiari), e al permesso per soggiornanti di lungo periodo (dove le condanne ex artt. 380 e 381 c.p.p. non sono automaticamente ostative, ma vengono considerate con altri elementi – la durata del soggiorno, l'inserimento sociale, il lavoro svolto etc. – per valutare la pericolosità sociale del richiedente).

⁶⁷ Storicamente «La primissima teorizzazione del principio di legalità amministrativa in funzione di garanzia dei diritti individuali si deve all'interpretazione liberale del fenomeno rivoluzionario. È il pensiero liberale, all'inizio dell'Ottocento, a spingere per una ridefinizione degli strumenti di difesa dei soggetti nei confronti del potere». E se il principio di legalità è stato in origine funzionale anche alla statalizzazione delle fonti normative, una volta che il diritto si è identificato nella legge, quest'ultima è diventata «la principale garanzia dei diritti. Un valore nuovo, formale, di conformità alla legge - la legalità, appunto - inizia a predicarsi dei poteri pubblici. Da questo momento, è una fonte legale il presupposto necessario di ogni manifestazione dell'autorità. Il nuovo tempio dello Stato di diritto poggia sull'architrave della legalità» (B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 1 s.). A sua volta, «Per Stato di diritto in senso stretto (distinto dal mero Stato legale o di legge o di ragione) si deve intendere uno Stato in cui il potere non solo si riveste della forma del diritto razionalizzando le sue procedure, ma si autolimita in senso contenutistico affermando la connessione tra diritto e giustizia: uno Stato, cioè, in cui i poteri pubblici non solo vengono predeterminati

Impropriamente, invece, la Corte se ne è servita in questi casi per giustificare la legittimità di norme che vincolano l'amministrazione non a beneficio ma a discapito dell'individuo, nella misura in cui precludono indiscriminatamente l'accesso ad un diritto in virtù di un giudizio presuntivo del legislatore che potrebbe anche non corrispondere alla realtà⁶⁸. In tali ipotesi gli automatismi conducono ad un provvedimento ingiusto ma incontestabile da parte dei suoi destinatari, proprio perché il suo contenuto non è determinato da una decisione dell'amministrazione ma direttamente dalla legge.

Di fatto, evocando il principio di legalità a sostegno di queste presunzioni assolute, la Corte ha confuso l'esigenza di certezza del diritto, che serve ad assicurare le legittime aspettative dei destinatari delle norme, con la rigidità normativa, che viceversa può precludere irragionevolmente la realizzazione di quelle aspettative.

Anche la sentenza n. 172 del 2012 cade, in premessa, nella medesima contraddizione, ma infine la supera, fino addirittura a fissare nel dispositivo della sentenza il principio esattamente opposto. La Corte probabilmente lo fa, come osservato, per contenere la portata della propria pronuncia preoccupandosi di porre comunque un filtro alle domande di soggetti già condannati⁶⁹, ed insieme "rassicurando" le forze politiche sul fatto che l'accertamento giudizialmente imposto alla P.A., essendo rivolto a lavoratori domestici, sarà del tutto «agevole».

Ciò basta, tuttavia, a "smascherare la finzione": non c'è in realtà alcuna ragione giuridica, specie di principio, che giustifichi la scelta di considerare pericolose "per legge" intere categorie di immigrati, tanto più che si tratta di individuare una caratteristica indeterminata come la pericolosità sociale, la cui valutazione mediante parametri astratti, per quanto non irragionevoli, può spesso rivelarsi fuorviante⁷⁰. La ragione è semmai essenzialmente pratica e sta tutta nel non voler impegnare la P.A. ad effettuare accertamenti caso per caso, in particolare quando questi si prospettino poco «agevoli»⁷¹. Ed, allora, è evidente che questo

nella titolarità e nell'esercizio da norme generali, ma anche limitati dal riconoscimento positivo di una sfera di valori codificata dalle dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino» (P.P. PORTINARO, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Sc. Soc.*, Roma 1996).

⁶⁸ Tant'è vero che in materia penale, dove il principio di stretta legalità è addirittura costituzionalizzato (art. 25 Cost.), esso richiede che siano tassativamente previste per legge le fattispecie criminali e le sanzioni (così da circoscrivere rigorosamente il potere punitivo dello Stato), ma allo stesso tempo concede spazio al giudice per poter mitigare la sanzione, adeguando la pena al fatto. Come osserva P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano 1982, «l'esigenza dell'individualizzazione della sanzione penale (...) fa sì che un ampio spazio venga dato alla discrezionalità giurisdizionale». Per la medesima ragione si dubita della legittimità costituzionale delle circostanze aggravanti indefinite, mentre «è opinione ormai consolidata che le circostanze attenuanti indefinite, proprio perché favorevoli al reo, sono sottratte dal campo di operatività dei principi sanciti dall'art. 25 Cost.» (R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale*, Milano 2008, p. 26).

⁶⁹ La rimozione dell'automatismo ostativo riferito alle condanne ex art. 381 c.p.p. non priva infatti la P.A. della facoltà di rigettare le domande qualora riscontri che l'immigrato è effettivamente un soggetto pericoloso.

⁷⁰ Va detto che il dc. lgs. n. 109 del 2012 contiene ipotesi di esclusione automatica anche sul versante dei datori di lavoro. In particolare, il comma 3 dell'art. 5 non consente di sanare rapporti lavorativi intrattenuti da datori di lavoro che siano stati condannati, anche in via non definitiva, per reati concernenti il favoreggiamento e lo sfruttamento dell'immigrazione clandestina ovvero che, attivandosi in occasione di precedenti sanatorie o decreti flussi, senza una valida ragione non abbiano portato a compimento la procedura. Il legislatore vorrebbe in questo modo evitare che individui già noti per aver alimentato il fenomeno della clandestinità e per averne illecitamente approfittato, possano "fare affari" anche con questa sanatoria. Le cause ostative prescelte dimostrerebbero tale specifica "indole" criminale. A differenza della pericolosità sociale dell'immigrato, nei confronti dei datori si tratta di valutare una propensione all'illegalità ben delimitata e che perciò, più che presunta, è effettivamente dimostrata dal fatto che abbiano tenuto i comportamenti illegittimi indicati dalla legge. Per questo aspetto, il decreto legislativo pone dunque meno problemi di compatibilità costituzionale. Tuttavia se l'intento del legislatore è quello di evitare i falsi e le "truffe" ai danni degli immigrati, le cause di esclusione dei datori di lavoro non serviranno, da sole, allo scopo, a meno di non aver programmato il sistema informatico che raccoglie le domande in modo da impedire finanche l'accesso a quei datori di lavoro che la legge esclude. Occorre peraltro sottolineare che, mentre la presenza di cause ostative in capo ai lavoratori non preclude l'accesso ai benefici previsti per i datori di lavoro, grazie alla citata clausola di salvezza di cui al comma 10 dell'art. 5 del decreto (v. retro par. 2, p. 5), il legislatore ancora una volta non si preoccupa di quel che accade nell'ipotesi contraria. Si profila perciò il risultato paradossale di far pesare sulle spalle degli immigrati una misura pensata in teoria per tutelarli da ingiusti sfruttamenti.

⁷¹ Lo ammette esplicitamente il Consiglio di Stato, osservando che gli automatismi rispondono al «preminente interesse alla speditezza nella evasione delle tante pratiche di regolarizzazione» (Cons. St., VI sez., sent. 3559 del 2009).

mero interesse organizzativo non può validamente controbilanciare il sacrificio delle legittime aspettative che ogni sanatoria ingenera, specie quando assumano, a giudizio della stessa Corte, la consistenza di diritti soggettivi, aventi persino carattere fondamentale.

Proprio la sentenza n. 172 del 2012 contiene infatti importanti riferimenti alla situazione giuridica e alle aspirazioni dei soggetti coinvolti nella sanatoria “colf e badanti”, sebbene esse emergano in modo frammentario e siano diversamente valorizzati dal giudice costituzionale.

La Corte enfatizza soprattutto il pregiudizio eventualmente patito da chi si avvale del lavoro degli immigrati. Trattandosi, in quel caso, dell’attività di “colf e badanti”, essa osserva che «l’automatismo, nel caso di assistenza in favore di quanti sono affetti da patologie o disabilità che ne limitano l’autosufficienza, rischia di pregiudicare irragionevolmente gli interessi di questi ultimi. È, invero, notorio che, soprattutto quando tale attività sia stata svolta per un tempo apprezzabile, può instaurarsi un legame peculiare e forte con chi ha bisogno di assistenza costante e che, quindi può essere leso da un diniego disposto in difetto di ogni valutazione in ordine alla effettiva imprescindibilità e proporzionalità dello stesso rispetto all’esigenza di garantire l’ordine pubblico e la sicurezza dello Stato» (7.2 Cons. dir.).

Questa visione per certi versi “utilitaristica” del lavoro immigrato è affiancata, però, da alcune considerazioni con le quali la sentenza accenna, in diversi punti, a valutare gli effetti che si producono nella sfera giuridica del cittadino straniero al quale sia negato il permesso di soggiorno.

La disciplina impugnata – osserva in proposito la Corte – è «suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario (sentenze n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010) perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi» (7.1 Cons. dir.).

La Corte sembrerebbe voler affermare che le norme che limitano l’accesso alla sanatoria vanno attentamente considerate perché la mancata regolarizzazione porta con sé il sacrificio di alcuni diritti fondamentali. Occorre però porre attenzione ai precedenti testualmente richiamati in questo passaggio della motivazione: le sentenze citate si riferiscono, significativamente, a precedenti nei quali il giudice costituzionale aveva *riconosciuto* anche allo straniero *privo di permesso* il godimento di diritti fondamentali quali la libertà di contrarre matrimonio (nella sent. n. 245 del 2011), il diritto alla salute (nella sent. n. 299 del 2010) e la libertà personale (nella sent. n. 249 del 2010). Infatti è ormai pacifico che nello statuto costituzionale dell’immigrato irregolare siano *comunque* compresi, quanto meno nel loro nucleo essenziale, i diritti fondamentali, lo confermano proprio le decisioni richiamate e lo stabilisce lo stesso T.U.imm.⁷² Tali diritti saranno garantiti, dunque, sia che il permesso di soggiorno venga concesso, sia che venga negato.

Ne consegue che non sono questi i diritti fondamentali messi a rischio dalla mancata regolarizzazione ai quali accenna la sentenza e che l’avvertenza della Corte, nel passaggio citato, deve necessariamente riferirsi ad un altro bene essenziale. Quasi si trattasse di un *lapsus*, il giudice costituzionale col suo ragionamento suggerisce che proprio l’aspirazione al permesso di soggiorno dell’immigrato che abbia già vissuto e lavorato per qualche tempo nel nostro Paese potrebbe vantare la consistenza di diritto fondamentale equiparabile ad altri diritti imprescindibili – come appunto la libertà di contrarre matrimonio, il diritto alla salute e la libertà personale – senz’altro riconosciuti a chi si trovi, in qualunque condizione, sul nostro territorio.

⁷² Sul punto cfr. A. APOSTOLI, *Diritti senza scuse* cit., p. 21 s. che osserva come gli interventi legislativi degli anni ‘2000 che hanno modificato il T.U.imm. (l. n. 189 del 2002 e soprattutto la l. n. 94 del 2009) abbiano inciso specialmente sulla condizione giuridica dello straniero irregolare nel senso di rendere più difficile l’effettivo godimento dei diritti fondamentali, sebbene rimanga invariata la disposizione dell’art. 2 dello stesso T.U.imm. a norma del quale «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

Questa lettura trova sostegno nel fatto che, in un altro punto, la sentenza richiede che le cause ostative all'emersione siano esaminate con lo stesso scrupolo riservato alle presunzioni assolute in materia penale che limitando «un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali» (7.1 Cons. dir.).

Ed ancora, in conclusione di questa decisione, la Corte osserva che dal rifiuto del permesso derivano «conseguenze molto gravi, spesso irreversibili, per il lavoratore extracomunitario» (7.2 Cons. dir.). Ancor più nettamente, nel citato precedente della sent. n. 78 del 2005, il giudice costituzionale aveva precisato che tali gravi conseguenze consistono, oltre che nel rigetto dell'istanza di regolarizzazione dell'immigrato, anche nella «emissione nei suoi confronti dell'ordinanza di espulsione» (3 Cons. dir.).

La Corte si riferisce al fatto che il diniego del permesso emesso dallo S.U.I. implica l'obbligo dell'immigrato di lasciare il nostro Paese; l'ordinanza prefettizia di espulsione si limita infatti a sancire tale obbligo stabilendo soltanto le modalità per la sua esecuzione. A differenza di quanto avvenuto in altri precedenti⁷³, opportunamente il giudice costituzionale in quest'occasione guarda alla sequenza automatismo ostativo-rigetto dell'istanza di regolarizzazione-espulsione dell'immigrato senza titolo di soggiorno in modo unitario e finisce con l'attribuire consistenza di diritto addirittura fondamentale ad un'aspirazione che, isolando la sola richiesta di permesso di soggiorno, viene troppo facilmente inquadrata nella categoria giuridica dell'interesse legittimo.

Questa prospettiva è in grado di restituire il giusto peso ai valori in gioco ed in quest'ottica diventa difficile sostenere la legittimità anche degli altri automatismi previsti dalla disciplina sull'immigrazione, al di là della loro intrinseca ragionevolezza⁷⁴.

5. Spunti conclusivi: dal permesso di soggiorno al diritto di soggiornare dello straniero irregolare che vive in Italia?

Il nuovo intervento di “sanatoria” dell'immigrazione irregolare contenuto nel dc. lgs. n. 109 del 2012 reca altri elementi fortemente criticabili e di dubbia legittimità – oltre a quelli qui analizzati – che sono stati segnalati al Governo dalle associazioni che tutelano i diritti degli immigrati e da alcune sigle sindacali, con la richiesta di provvedere ad integrare e correggere la disposizione normativa⁷⁵. Finora le forze di governo non hanno risposto alle sollecitazioni né in via legislativa, come auspicabile, né in occasione dell'emanazione del regolamento interministeriale attuativo previsto dal decreto⁷⁶, mentre hanno provveduto a fornire solo

⁷³ Cfr. sent. n. 129 del 1995; ord. n. 9 del 2005; sent. n. 414 del 2006. Mentre i giudici rimettenti, in nome dell'art. 3 Cost., prospettavano una questione di legittimità tra la disciplina sui permessi, che assume come ostative alcune condanne, e la disciplina sulle espulsioni a titolo di misure di sicurezza, per le quali, come si è detto (p. 14, nt. 65) è richiesto uno specifico giudizio di pericolosità sociale, la Corte ha ritenuto inammissibile tale comparazione, in base alla circostanza che il giudice amministrativo esercita il suo controllo solo sugli atti concernenti i permessi, mentre il provvedimento espulsivo interviene in un secondo momento ed è rimesso al sindacato dell'autorità giudiziaria ordinaria. Ignorando la catena di automatismi che, dalla condanna ostativa, conducono inesorabilmente all'espulsione amministrativa, il giudice costituzionale concludeva nel senso della manifesta inammissibilità «per difetto di rilevanza nei giudizi a *quibus*, nei quali non si controverte in ordine a provvedimenti di espulsione».

⁷⁴ Anche D. PICCIONE, *L'irragionevolezza del divieto di regolarizzazione dello straniero...* cit., p. 1415 s., commentando il cit. passaggio contenuto nella sent. n. 78 del 2005, osserva che «il criterio di giudizio sulla ragionevolezza implicita si distingue, nel caso di specie, per la sua efficace propensione a valutare gli effetti concreti della norma oggetto del sindacato delle costituzionalità». Anziché ricorrere a logiche decisorie impostate sul bilanciamento tra valori, «il giudice costituzionale affronta pragmaticamente le conseguenze che la norma determina nel sistema, così da fare emergere l'illegittimità di una disposizione che contribuisce alla prassi delle espulsioni inesorabili». Conclude perciò sottolineando che, nella sentenza, vi sono alcuni sintomi che sembrano ascriverla «al novero delle declaratorie di illegittimità costituzionale degli automatismi come autonomi vizi di legittimità».

⁷⁵ Cfr. il documento dell'A.s.g.i. cit. (p. 12, nt. 56) e la nota della C.g.i.l. di Milano in www.servizi.cgil.milano.it/ARCHIVIO/2012/8/Nota%20CGIL.pdf.

⁷⁶ Dc. dei Ministeri del Lavoro, della Cooperazione e dell'Economia del 29 agosto 2012.

qualche indispensabile precisazione affidata, peraltro, alle circolari interpretative che l'hanno accompagnato⁷⁷.

La prospettiva delle forze politiche oggi in Parlamento – in calo di consensi presso i cittadini/elettori – di non dover invece rispondere delle proprie scelte nei confronti degli immigrati, rende peraltro poco probabile un cambio di indirizzo, specie nel breve periodo. Perciò, anche alla luce della scarsa capacità di influenza esercitabile da una parte della popolazione che vive nel nostro Paese ma non gode dei diritti politici, diventa a mio avviso quanto mai indispensabile aggiornare la riflessione giuridica, specie costituzionalistica, per provare a fissare limiti più stringenti al legislatore rispetto alle politiche di rilascio dei permessi di soggiorno, del resto strettamente connesse alla maturazione dello stesso diritto alla cittadinanza per residenza⁷⁸.

In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale da ultimo maturata proprio con riferimento alle misure di "sanatoria" sembra offrire, come si è osservato, importanti spunti incamminandosi verso il riconoscimento di un rilievo persino costituzionale al legame che il cittadino extracomunitario instaura con il territorio nazionale per il fatto di aver intrattenuto un rapporto lavorativo per un tempo giudicato apprezzabile dal legislatore.

Una volta fatta questa valutazione, il legislatore non dovrebbe poter incidere liberamente sul diritto di soggiornare dell'immigrato e non può bastare, a contenerlo, il solo sindacato di ragionevolezza intrinseca⁷⁹. Tale diritto dovrebbe, inoltre, essere tutelabile in sé, e non soltanto in quanto connesso alla salvaguardia di altri diritti fondamentali⁸⁰.

Questa riflessione reca con sé, inevitabilmente, anche una riconsiderazione della giurisdizione competente ad occuparsi dei provvedimenti riguardanti le richieste di permesso⁸¹ che dovrebbe più

⁷⁷ V. specialmente la circolare del Ministero dell'interno che, a sanatoria in corso, ha fornito un'interpretazione ampia della nozione di «documentazione proveniente da organismi pubblici» attestante la presenza dell'immigrato sul territorio nazionale almeno dal 31 dicembre 2011 (circ. del 4 ottobre 2012 che recepisce un parere fornito dall'Avvocatura dello Stato).

⁷⁸ Si interroga, con rinnovata sensibilità, sull'esistenza di una copertura costituzionale al rapporto fra straniero e territorio V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Relazione generale al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, in *AIC – Annuario 2009*, Napoli 2010, p. 15 s., domandandosi se il legislatore sia libero di «stabilire quanti e quali esseri umani, e provenienti da dove, e per fare che cosa, sono ammessi ad entrare nel territorio di propria pertinenza?». Soprattutto, a conforto delle considerazioni del presente scritto, l'A. si chiede se le autorità pubbliche siano davvero libere «di stabilire fino a quando questi esseri umani possono restare in quel territorio, senza prima accertare e considerare le concrete situazioni personali, la durata del soggiorno pregresso, l'esistenza e il rilievo di legami familiari o sociali stabiliti nel territorio o invece perduranti con la terra di origine?» ed osserva che il T.U. imm «introduce tale tipo di valutazioni solo in ipotesi particolari, relative a coloro che si sono avvalsi delle norme sul ricongiungimenti familiare e ai titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo». Uno sforzo analogo si rinviene chiaramente in A. D'ANDREA, *Il lavoro resta sempre un diritto fondamentale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2011, che se da un lato guarda unitariamente al diritto degli stranieri extracomunitari di entrare e di continuare a restare nello Stato italiano per trovare occupazione, constatando che esso «non trova puntuale copertura costituzionale ed è dunque subordinato alle valutazioni contingenti di politica economica, sociale, internazionale rimesse agli organi di indirizzo politico», dall'altro lato fa leva sul diritto fondamentale al lavoro (in combinato con gli artt. 3 e 35 Cost.) per affermare il diritto dell'immigrato «a continuare a svolgere, previa emersione, un'attività dalla quale trae un reddito indispensabile al proprio sostentamento e a quella della sua famiglia ovunque residente. Un diritto dunque a non essere espulso e ad essere "individualmente" regolarizzato».

⁷⁹ Distingue diversi momenti nella giurisprudenza costituzionale che si è occupata di diritti degli immigrati A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista A.I.C.*, n. 00/10, ravvisando nell'entrata in vigore del T.U. imm. del 1998 lo spartiacque tra un primo indirizzo fondato sul principio di razionalità/ragionevolezza ed un secondo indirizzo nel quale «la Corte costituzionale non ha più avuto remore ad applicare agli stranieri extracomunitari le norme costituzionali della Parte prima della Costituzione, e lo ha fatto non di rado invocando esplicitamente, a supporto della decisione, proprio il t.u. n. 286 del 1998»

⁸⁰ Quelli considerati dalle norme del testo unico (in primo luogo l'unità familiare) o nella giurisprudenza della Corte (ad esempio il diritto alla salute o la situazione di estrema indigenza come fattori che impediscono l'espulsione dell'immigrato o la repressione penale della condizione di clandestino, cfr. sent. n. 252 del 2001 e sent. n. 359 del 2010). Si badi che la stessa libertà personale dell'immigrato senza permesso, e dunque espulso, può non venire affatto compromessa qualora non se ne disponga l'esecuzione coatta e l'ordine di allontanamento dal territorio nazionale sia spontaneamente adempiuto o l'immigrato non lo rispetti ma non sia mai controllato dalle forze dell'ordine (tant'è vero che la Corte costituzionale con la sent. n. 222 del 2004 richiede il rispetto delle garanzie di cui all'art. 13 Cost. solo per l'espulsione mediante accompagnamento forzato alla frontiera).

⁸¹ La competenza del giudice amministrativo in materia di permessi è esplicitamente fissata dall'art. 6, comma 10, del T.U. imm.

correttamente spettare al giudice ordinario. Lo schema impugnatorio che ancora caratterizza il giudizio amministrativo, concentrandosi sui vizi dell'atto, si rivela in effetti poco adatto ad offrire una tutela adeguata a chi invoca il diritto di restare nel nostro Paese avendo stretto relazioni, intessuto legami ed essendo, in definitiva, entrato a far parte di una società nella quale la sua personalità, ai sensi dell'art. 2 Cost., ha trovato svolgimento.

Non a caso, la competenza a decidere sul rilascio dei permessi si incardina senz'altro di fronte al giudice ordinario quando la permanenza dello straniero in Italia è condizione per il godimento di diritti fondamentali sicuramente riconosciuti agli immigrati⁸². Com'è del resto attribuito al giudice ordinario (ancorché criticabilmente⁸³ assegnato alla cognizione del giudice di pace) il controllo giurisdizionale sull'espulsione amministrativa⁸⁴. Sulla tutela giurisdizionale si riflette infatti la distinzione dei procedimenti amministrativi e delle autorità che si pronunciano sul rifiuto, la revoca o il mancato rinnovo del permesso, da un lato, e sull'espulsione amministrativa, dall'altro lato, risultando conseguentemente separati anche i giudici e i processi ai quali è demandata la fase dei rispettivi controlli.

Tale separazione rischia però di far perdere di vista la dimensione in realtà unitaria di questo iter amministrativo distorcendo, a mio avviso, la stima delle gravi conseguenze che ne discendono. Esse risultano infatti come sterilizzate al momento della decisione amministrativa sui permessi, mentre riemergono chiaramente solo all'atto dell'espulsione, quando però la responsabilità della decisione di estromettere l'immigrato dal nostro Paese (o più che altro, di fatto, di privarlo della possibilità di risiedere in Italia legalmente) vien fatta facilmente ricadere sugli uffici amministrativi che hanno a monte negato il titolo di soggiorno.

Questo gioco di "rimpalli" fra le amministrazioni, e lo "spezzettamento" dei successivi controlli giurisdizionali, finiscono per privare il cittadino extracomunitario della sede, dell'interlocutore e persino del momento adatti per poter provare il proprio diritto di continuare a vivere stabilmente nel nostro Paese e fanno sì che su tale fondamentale aspirazione le istituzioni si arroghino discutibilmente lo stesso spazio di discrezionalità che esercitano su chi ambisce ad immigrare per la prima volta in Italia.

⁸² Sulle richieste di permesso per ragioni umanitarie di cui all'art. 5 comma 6 T.U.imm. la Corte di cassazione ha sancito la giurisdizione del giudice ordinario (Cass. civ., sez. un., ord. n. 19393 del 9 settembre 2009 commentata da A. PAGANO, *La Corte di cassazione ed il riparto di giurisdizione sui diritti fondamentali*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 1450 s.). Le controversie riguardanti il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari sono specificamente assegnate alla giurisdizione ordinaria dall'art. 30, comma 6, T.U.imm. (cfr. T.A.R. Lazio, sent. n. 1414 del 2 febbraio 2010). Per una riflessione sul riparto di giurisdizione fra autorità ordinaria e amministrativa cfr. M. ROMANO, *Condizione giuridica dell'immigrato clandestino, diniego del permesso di soggiorno, tutela della salute e riparto di giurisdizione*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1965 s.

⁸³ Cfr. i rilievi di A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Convegno AIC 2009, Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, p. 333 s.

⁸⁴ Art. 13, comma 8, T.U.imm.