

La tutela del lavoratore in caso di mancata o interrotta regolarizzazione

di Paolo Morozzo della Rocca

professore ordinario di diritto privato nell'Università di Urbino

Le scelte del legislatore in occasione dell'ultimo provvedimento per la regolarizzazione dei lavoratori stranieri irregolari hanno per un verso facilitato gli illeciti comportamenti di alcuni datori di lavoro e nel contempo reso inutilmente difficoltoso alla maggior parte dei datori di lavoro onesti l'esito positivo delle procedure intraprese

Sommario: 1. La prospettiva di indagine - 2. Non è solo colpa della pandemia se questa regolarizzazione è peggiore delle precedenti - 3. Sulla regolarizzazione mediante dichiarazione non vincolante di disponibilità ad assumere in futuro il lavoratore straniero - 4. L'onere di esibizione del certificato di idoneità alloggiativa incentiva le rinunce e avvantaggia i simulatori - 5. La responsabilità civile del datore di lavoro per la mancata regolarizzazione del lavoratore in caso di inerzia o negligenza nello svolgimento delle procedure - 6. Altre possibili conseguenze della mancata regolarizzazione per il datore di lavoro - 7. Sul timore dello straniero irregolarmente soggiornante di agire in giudizio: un rischio conveniente?

1. La prospettiva di indagine

Chiusa la finestra temporale (dal 1 giugno al 15 agosto 2020) data ai datori di lavoro (o aspiranti tali) per potere presentare l'istanza di regolarizzazione di uno straniero irregolarmente soggiornante, le relative procedure amministrative sono partite con difficoltà tutt'ora non superate, le quali a mio avviso possono essere ricondotte principalmente a quattro fattori: 1) le incoerenze e il distacco dalla realtà che caratterizza la disciplina posta dal legislatore con l'art.103, D.L. n.34/2020; 2) le incoerenze e i ritardi da parte dei ministeri e degli altri enti coinvolti (in particolare l'Inps) nel predisporre e comunicare agli interessati le norme di attuazione e le correlative prassi; 3) la tendenza, purtroppo molto diffusa presso il funzionariato delle amministrazioni coinvolte, ad un approccio non di rado respingente; 4) l'approccio spesso poco rigoroso, non di rado causa di disinformazione, da parte degli intermediari professionali privati (in specie i piccoli c.a.f., alcuni patronati minori, consulenti del lavoro, ecc.) i quali peraltro hanno in larga maggioranza sconsigliato ai datori di lavoro l'immediata assunzione dei lavoratori in corso di regolarizzazione, prolungando così l'illegalità dei rapporti in emersione, favorendo lo sfruttamento dei lavoratori e soprattutto rendendo più probabile, nonché più facile, l'abbandono delle procedure da parte dei datori di lavoro successivamente pentitisi di avere proposto l'istanza di regolarizzazione (e talvolta sin dall'inizio mai davvero convinti di volerla portare a buon fine).

L'economia di questo scritto non consente di affrontare tutti i profili di opportunità delle scelte del legislatore (come, ad esempio, la scellerata decisione di limitare l'ambito della regolarizzazione ai tre settori del lavoro agricolo, della collaborazione domestica e del care-giving, escludendo tutti gli altri¹). Sembra in effetti che di questa regolarizzazione possa essere apprezzata solo l'idea - non certo

¹Decisione oggetto di diffusa critica, ma purtroppo imposta dagli equilibri politici all'interno del Parlamento. Al riguardo cfr., tra gli altri, W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, 3, p.1 ss.; M. PAGGI, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, in *Questione Giustizia Online*, postato il 28 maggio 2020; P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, paper postato il 20 maggio 2020; nonché P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La regolarizzazione dei lavoratori stranieri tra molte incertezze e possibili contenziosi*, in *Corriere Giuridico*, 2020, 8, p.1017 ss.

la sua esecuzione - in un tempo di pandemia e in realtà proprio a causa della pandemia stessa, nonostante una congiuntura politica molto delicata.

Peraltro di una regolarizzazione (e con ben altro respiro di questa) v'era senz'altro necessità anche a prescindere dal motivo dell'emergenza sanitaria, data la grande sacca di irregolarità cumulatesi in Italia negli ultimi due lustri.

Nelle pagine che seguono le scelte del legislatore della regolarizzazione (su cui molto vi sarebbe da dire) verranno esaminate limitatamente al loro connettersi all'oggetto principale di questa breve indagine, per avere tali scelte facilitato gli illeciti comportamenti di alcuni datori di lavoro e nel contempo avere reso inutilmente difficoltoso alla maggior parte dei datori di lavoro onesti l'esito positivo delle procedure intraprese.

Volgendo poi l'attenzione soprattutto alla minoranza dei datori di lavoro disonesti, spesso semplicemente indifferenti alle legittime aspettative dei loro collaboratori familiari, cercheremo di individuarne le possibili responsabilità derivanti dalla violazione con colpa, dolo, o almeno mala fede in senso oggettivo, dei diritti dei loro dipendenti domestici.

2. Non è solo colpa della pandemia se questa regolarizzazione è peggiore delle precedenti

Come sempre, all'origine del fallimento generalizzato di un provvedimento di regolarizzazione v'è l'inettitudine e forse la responsabilità dello Stato-regolarizzatore.

Vero è, a questo riguardo, che una prima risposta ai critici di quest'ultima caotica regolarizzazione potrebbe sorgere spontanea e giustificatoria: la pandemia da Covid-19 ha infatti determinato notevoli e forse inevitabili disservizi presso tutti gli uffici delle pubbliche amministrazioni, anche se non di rado aggravati dall'assenza di spirito di servizio di una parte dei dipendenti.

È però una gravissima responsabilità del legislatore il non avere tenuto conto delle evidenze e delle più facili previsioni; e tra queste, non da ultime, le difficoltà in cui già versavano e certamente avrebbero continuato a versare le amministrazioni durante la pandemia.

È così accaduto che nel predisporre la disciplina della regolarizzazione, non solo sono state riproposte alcune regole di per sé stesse problematiche anche in tempi ordinari (che dunque l'eccezionalità della situazione avrebbe invece imposto di rivedere o modificare) ma addirittura sono state coniate nuove disposizioni palesemente contraddittorie con lo stato di emergenza causato dalla pandemia.

Va dunque constatato un paradosso: quello per cui l'eccezionalità del momento, pur essendo stata la giustificazione politica principale e comunque ufficiale della regolarizzazione, è tuttavia rimasta un dato di realtà completamente ignorato nella regolamentazione del provvedimento, le cui rigidità procedurali hanno superato quelle delle precedenti regolarizzazioni preannunciandone il fallimento².

Una contraddizione, questa, davvero plateale, specie per un Paese che di regolarizzazione dovrebbe intendersene, avendone realizzate otto, inclusa la presente, dal 1987 a oggi³.

² L'attuale regolarizzazione potrebbe essere l'ultima, tragica conferma di quanto già osservato da M. COLUCCI, *Lo sviluppo dell'immigrazione straniera in Italia in una prospettiva storica*, in M. GIOVANNETTI e N. ZORZELLA, *Ius Migrandi, Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli (open access), Milano, 2020, p.51, circa la tendenza progressiva alla sistematica riduzione di "tutte quelle finestre e quelle opportunità di regolarizzazione garantite da provvedimenti quali le sanatorie o tutti i tentativi di programmazione dei flussi quali i decreti annuali".

³Le sette pregresse regolarizzazioni di fonte legislativa sono intervenute nel 1987, nel 1990, nel 1995, nel 1998/99, nel 2002, nel 2009 e nel 2012/13 e avrebbero legalizzato 1.801.758 immigrati, secondo i dati riportati da M. PASTORE e N. ZORZELLA, *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, in *Ius Migrandi*, cit., p.122. Per una ricognizione critica sulle politiche di regolarizzazione in Italia cfr. S. BRIGUGLIO, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: la lezione del passato*, in *Questione Giustizia Online*, postato il 28 maggio 2020

3. Sulla regolarizzazione mediante dichiarazione non vincolante di disponibilità ad assumere in futuro il lavoratore straniero.

Ai sensi dell'art.103, c.1, d.l. n.38/2020, a proporre istanza di regolarizzazione può essere sia un datore di lavoro attuale (che in tal modo fa emergere, sanandolo, un rapporto di lavoro illegale) che un datore di lavoro futuro. Vero è che al comma 4 la norma chiede di indicare nell'istanza di regolarizzazione la prevista durata del contratto di lavoro (se a tempo determinato) e la retribuzione convenuta, ma non invece la data del suo futuro inizio, che di conseguenza non compare nemmeno nell'applicativo del Ministero dell'Interno.

È questa la prima volta che ciò accade. Nelle passate regolarizzazioni riservate ai lavoratori stranieri, infatti, di solito lo straniero veniva regolarizzato mediante l'emersione di un rapporto di lavoro già in essere almeno da alcuni mesi⁴.

Solo nel lontano 1995 fu prevista la possibilità di regolarizzare un futuro dipendente mediante l'offerta di immediato impiego, ma proprio tale immediatezza evitava gli inconvenienti che vedremo connessi alla diversa scelta dell'attuale legislatore; ed inoltre, a scoraggiare gli abusi e le dissimulazioni, fu anche consentito al lavoratore già assunto in nero di sanare la propria posizione di soggiorno provando il pregresso rapporto di lavoro. Nel 1998/99, invece, la regolarizzazione si rivolse ai molti stranieri già presenti in Italia per i quali era già stata formulata una richiesta di nulla osta al lavoro nell'ambito del cosiddetto decreto-flussi del 1998 la quale non era stata accolta perché in sovrannumero.

È pur vero che l'art.103, c.6, D.L. n.34 del 2020 “consente” in qualsiasi momento ai promittenti datori di lavoro di assumere il lavoratore di cui hanno chiesto la regolarizzazione, senza dovere attendere la convocazione presso lo Sportello Unico per l'Immigrazione. Ma consentire non significa obbligare, specie a fronte del deciso incedere del successivo comma 15, a termini del quale solo al momento della convocazione presso lo sportello unico per l'immigrazione – conclusione fisiologica del procedimento prefettizio - il promittente datore di lavoro firmerà il contratto di soggiorno e formulerà la comunicazione obbligatoria di assunzione (che, come è noto, deve precedere di almeno 24 ore l'instaurarsi effettivo del rapporto di lavoro).

Alcune delle circolari e altre direttive intervenute nei dodici mesi successivi all'avvio delle procedure hanno via via ribadito il doppio binario (emersione oppure futura assunzione) introdotto dall'art.103: pertanto chi voleva, o ancora vuole, poteva e può stipulare il contratto di lavoro senza attendere la convocazione presso lo Sportello Unico dell'Immigrazione, inviando almeno 24 ore prima dell'assunzione la comunicazione obbligatoria di assunzione, ma chi invece preferisce può attendere detta convocazione, che potrebbe intervenire anche a distanza di due o più anni dall'istanza di regolarizzazione, necessariamente presentata entro il 15 agosto 2020.

Benché suoni ovviamente molto strano che un datore di lavoro domestico, o bisognoso di assistenza alla propria persona, avvii il rapporto di lavoro volto a rispondere a queste sue necessità dopo più di uno o due anni dalla promessa di assunzione, moltissimi datori di lavoro, pur usufruendo già da tempo del lavoratore in via di regolarizzazione, hanno tuttavia deciso di attendere la convocazione in Prefettura, in tal senso convinti da gran parte dei c.a.f. e dei patronati (per lo più estranei, occorre dirlo, alla cerchia ristretta delle storiche associazioni di tutela dei lavoratori).

Questi datori di lavoro attendisti potrebbero essere in buona fede, perché malconsigliati, oppure potrebbero avere deciso in mala fede di attendere, al fine di posticipare di molti mesi il pagamento dei contributi per il lavoratore nel frattempo mantenuto in nero. Ma in entrambi i casi essi potrebbero trovarsi in difficoltà davanti al funzionario dello Sportello Unico e, se in buona fede, dispiacersi nel dovere falsamente dichiarare come data di inizio del rapporto di lavoro quella del giorno successivo alla convocazione in Prefettura, rischiando poi di essere smentiti dal lavoratore assunto di fatto molto prima.

⁴ Nel 2012, configurata la regolarizzazione nei termini di una emersione dal sommerso, il periodo pregresso di lavoro da regolarizzare fu presunto, salva diversa dichiarazione, nei precedenti tre mesi

Le anomalie sin qui segnalate costituiscono però il minor pericolo tra quelli indotti dall'ambivalenza legislativa, la quale indubbiamente ha consentito ai datori di lavoro meno onesti di presentare un'istanza di regolarizzazione evitando poi di portarla a termine senza rischiare, almeno apparentemente, alcuna sanzione amministrativa o penale, dato che la loro dichiarazione ha avuto ad oggetto una promessa di assunzione di per sé non vincolante né verso l'aspirante lavoratore (se davvero è tale!) né tanto meno verso l'Amministrazione.

Può anche darsi il caso del datore di lavoro che, pur non interessato alle sorti del lavoratore, abbia acconsentito alle insistenze di quest'ultimo, già impiegato in nero, a inviare la domanda di regolarizzazione (il cui contributo di 500 euro non di rado è stato pagato dal lavoratore stesso) senza però predisporre, sin dall'inizio, a concludere la procedura.

In altri casi la volontà di concludere il procedimento è invece venuta meno nei non pochi mesi successivi alla domanda, magari dopo che il lavoratore ha dimenticato una pentola sul fornello o macchiato un abito stirando.

In ogni caso la possibilità di abbandonare la procedura rimane in capo al datore di lavoro sino all'ultimo momento di un lunghissimo periodo, già oggi giunto al suo sedicesimo mese (ma ne passeranno ancora molti prima che le prefetture completino le convocazioni previste).

Lo si evince, in particolare, dall'art.103, c.15, ove è affermato che "la mancata presentazione delle parti senza giustificato motivo comporta l'archiviazione del procedimento", senza molte possibilità, almeno di primo acchito, per l'aspirante lavoratore non ancora assunto di far valere le proprie aspettative al riguardo, se non agendo contestualmente per l'accertamento del rapporto di lavoro niente affatto solo promesso ma già in essere.

Come gli sportelli dei centri di ascolto hanno già potuto rilevare, malgrado il prevalere a larga maggioranza dei datori di lavoro onesti, o almeno ben intenzionati verso i loro lavoratori, non sono tuttavia rari i casi di datori di lavoro che hanno utilizzato l'istanza di regolarizzazione, rimasta appesa al nulla in attesa di una convocazione di là da venire, per esigere dal lavoratore (non importa se premeditadamente oppure no) prestazioni altrimenti inesigibili, o comunque sproporzionate rispetto al rapporto in essere.

Un tipo di abuso, questo, possibile anche dopo l'invio della comunicazione obbligatoria all'Inps, ma certamente più facile ad aversi nei riguardi di lavoratori in via di regolarizzazione ma ancora impiegati in nero; ed ancor più facile, infine, nei casi in cui il datore di lavoro figurante nella domanda di regolarizzazione sia una persona anziana mentre a dettare le regole del rapporto siano invece i suoi più giovani familiari, formalmente estranei al rapporto di lavoro e per nulla interessati alla regolarizzazione effettiva del lavoratore (talvolta poco interessati anche al loro stesso familiare, totalmente affidato al servitore assunto in nero).

La gravità di tali situazioni va evidentemente misurata in base alla loro durata; o meglio in base alla durata delle procedure di regolarizzazione, le quali secondo ipotesi non tra le più pessimiste potrebbero concludersi solo alla fine del 2022. Uno scenario temporale ben diverso da quello presupposto (non si capisce però in base a quali misteriosi criteri di previsione) dal legislatore, confidando forse sull'utilizzo di alcune centinaia di lavoratori interinali, divenuti operativi una decina di mesi dopo, il cui supporto è senz'altro utile ma forse non sufficiente a colmare il molto ritardo ormai accumulato e gestire procedure rese contorte da un deficit di chiarezza disciplinare.

Di certo la dichiarazione di disponibilità all'assunzione in un futuro incerto – con la data di inizio del rapporto lasciata alla determinazione potestativa del promesso datore di lavoro - non avrebbe suscitato problemi della stessa tragica misura se la convocazione presso la Prefettura fosse avvenuta, come era negli imprudenti auspici, dopo due o al massimo tre mesi dalla presentazione dell'istanza.

Ben diverso (ma anche estremamente scontato) è stato purtroppo il dato di realtà sui tempi procedurali. Ma ad evitare una parte almeno dei tragici esiti poi prodottisi, sarebbe bastato rendere obbligatoria al momento della presentazione dell'istanza l'indicazione della futura data di avvio del rapporto di lavoro, eventualmente predeterminando una soglia temporale massima entro la quale il rapporto avrebbe dovuto essere avviato.

Si sarebbe così data una possibilità di regolarizzazione un lavoratore straniero anche in quei casi, sicuramente meno frequenti ma non del tutto rari, nei quali il futuro datore di lavoro avesse avuto la

necessità di programmare un'assunzione non sincronica all'istanza ma di poco successiva, ad esempio per il mese di settembre 2020, in previsione della sostituzione della badante dimissionaria oppure in vista del proprio rientro dalle ferie estive.

È certo, tuttavia, che la maggior parte dei lavoratori stranieri per i quali è stata formulata un'istanza di regolarizzazione sulla base della dichiarazione di disponibilità all'assunzione in realtà già erano impiegati presso il datore di lavoro regolarizzante alla data del 1 giugno 2020.

4. L'onere di esibizione del certificato di idoneità alloggiativa incentiva le rinunce e avvantaggia i simulatori

Alcuni datori di lavoro (speriamo una esigua minoranza) hanno dunque profittato dell'ebbra disciplina della regolarizzazione per utilizzare in modo più vantaggioso di quanto i contratti collettivi avrebbero loro consentito domestici o badanti resi più remissivi dal bisogno di regolarizzarsi; e questo nella esagerata lunghezza del tempo già trascorso e di quello che ancora per molti trascorrerà, sino all'esaurirsi dell'interesse datoriale alla prosecuzione del rapporto, determinando a danno di molti la rinuncia, espressa o tacita, alla procedura di regolarizzazione (magari per sopravvenuta morte dell'anziano genitore venti mesi dopo la presentazione dell'istanza). Un comportamento, questo, agevolmente praticabile sia nel caso in cui il rapporto di lavoro sia stato nel frattempo formalmente avviato mediante l'invio della prescritta dichiarazione all'INPS, sia nel caso in cui sia rimasto in nero.

Vero è che, a termini dell'art.103, D.L. n.34 del 2020, la regolarizzazione potrà concludersi positivamente anche nel caso di perdita del rapporto di impiego presso il datore di lavoro regolarizzante, come confermato, del resto, dalle diverse circolari e direttive che sono state successivamente adottate⁵.

Pure è vero, tuttavia, che l'ex datore di lavoro – o in sua vece i familiari del datore di lavoro nel frattempo deceduto - una volta perduto il proprio interesse pratico alla regolarizzazione del lavoratore straniero, potrebbe essere disincentivato a perfezionare ugualmente la procedura (ormai a esclusivo beneficio del suo ex dipendente) non avendo invece il legislatore previsto alcun incentivo né alcuna forma di coazione indiretta per detto perfezionamento.

La mancata collaborazione dell'ex datore di lavoro, in spregio, se non altro, delle clausole generali di correttezza e buona fede (la cui violazione potrà forse essere lamentata dall'ex lavoratore presso il giudice del lavoro) potrebbe certo trovare motivo, ma non certo giustificazione, nelle ragioni del licenziamento, se questo ad esempio è seguito a una lite o ad una mancanza di diligenza, vera o presunta, del lavoratore.

Ma in non pochi casi a motivare l'abbandono delle procedure da parte dell'ex datore di lavoro sembra purtroppo più che sufficiente l'onerosità della procedura ancora da svolgere. Ed in particolare l'irragionevole aggravamento procedimentale costituito dalla richiesta, ai fini della stipula del contratto di soggiorno in Prefettura, del certificato di idoneità alloggiativa dell'abitazione utilizzata dal lavoratore durante lo svolgimento del rapporto di lavoro nel frattempo esauritosi.

Le ragioni per le quali questo requisito è stato inserito tra quelli richiesti per l'accoglimento delle domande di regolarizzazione sfuggono ai più e probabilmente anche allo stesso legislatore, il quale forse a suo tempo non si è nemmeno accorto di averlo previsto. Successivamente, mantenerlo è stato purtroppo un atto di cauto istinto conservativo degli uffici legislativi ministeriali di fronte al pericolo di cambiare l'esistente: è questo il triste fenomeno pandemico noto come "terrore da disallineamento" che colpisce soprattutto i vertici amministrativi del Paese.

L'introduzione del requisito dell'idoneità alloggiativa nelle procedure di regolarizzazione risale in effetti alla cosiddetta sanatoria del 2002. In precedenza assai più sobriamente la sanatoria del 1998 aveva già richiesto che il lavoratore disponesse di una sistemazione alloggiativa, inclusa anche una semplice ospitalità formalmente dichiarata, ma quella del 1998 fu la prima e ultima volta che in un

⁵ Da ultima cfr. la Circolare del Dipartimento libertà civili e immigrazione dell'11 maggio 2021, a firma Di Lullo

provvedimento legislativo di regolarizzazione comparve, in termini espliciti e meditati, il requisito dell'alloggio.

Infatti nel 2002 la sfortuna volle che la successiva regolarizzazione si abbinasse alla riforma del testo unico sull'immigrazione (legge n.189/2002) tra le cui novità v'era l'istituzione del contratto di soggiorno, che obbligava tra l'altro il datore di lavoro a garantire che il lavoratore straniero da lui assunto avesse la disponibilità di un alloggio certificato come idoneo sia in senso strutturale che in relazione al rapporto superficie/residenti.

In realtà solo ai suoi inizi il contratto di soggiorno venne applicato ad ogni rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, in quanto dopo alcuni anni di malfunzionamento ne fu più saggiamente limitata l'applicazione al solo rilascio del primo permesso di soggiorno per lavoro allo straniero entrato in Italia con nulla osta al lavoro.

Ma ormai l'inserimento della firma del contratto di soggiorno nelle procedure di regolarizzazione era avvenuta e venne quindi mantenuta per forza di inerzia, risultando peraltro esteticamente conveniente mostrare un pur simulato rigore nell'assicurare ai lavoratori domestici una sistemazione alloggiativa qualitativamente adeguata.

A spiegarne il mantenimento giova altresì osservare come ai decisori politici e istituzionali l'emergere di difficoltà burocratiche nello svolgimento delle pratiche di regolarizzazione e dunque il prodursi di un maggior numero di dinieghi consente di vestire a modico prezzo (per loro) l'abito del rigore con cui presentarsi alla politica e all'opinione pubblica, benché a un più meditato pensare non dovrebbe sfuggire l'ossimoro costituito dal binomio "sanatoria" e "rigore" e benché sia pure evidente che se una regolarizzazione fallisce nei suoi esiti la colpa normalmente è del regolarizzatore e non dei regolarizzandi.

Venendo alla disciplina di dettaglio, nei riguardi del lavoratore convivente con il datore di lavoro a richiedere il certificato di idoneità alloggiativa è il datore di lavoro stesso, ma non è detto che quest'ultimo abbia titolo ad ottenerlo, nonostante non vi sia dubbio che abbia bisogno di essere assistito, se anziano o invalido.

Può darsi ad esempio il caso che l'alloggio nel quale l'anziano vive sia troppo piccolo o privo degli altri standard richiesti (tra l'altro in Italia le costruzioni precedenti al 1970 sono ancora più numerose di quelle costruite in base ai nuovi standard di legge).

In questi casi, a fronte di un sostegno effettivo e necessario volto al mantenimento della persona assistita nella propria abitazione (anziché provvedere contro la sua volontà alla istituzionalizzazione) sembra ingiustificata e forse anche discriminatoria l'impossibilità di regolarizzare il rapporto di lavoro sulla base delle caratteristiche dell'alloggio.

Vero è che – come talvolta osservato dagli interpreti – l'idoneità dell'alloggio costituisce più in generale un diritto del lavoratore a protezione del suo benessere, ma l'affermazione va bilanciata in relazione a situazioni tra loro molto diversificate⁶.

Si può infatti convenire sul fatto che quando un datore di lavoro richiede l'ingresso in Italia di un lavoratore residente all'estero per impiegarlo nella propria azienda o anche nella propria dimora debba garantirgli un alloggio perfettamente idoneo.

Pare invece irragionevole rifiutare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al domicilio dell'assistito convivente da parte dello straniero già presente in Italia, se non altro per l'enormità dei due principali effetti negativi che ne scaturiscono: a) l'impossibilità per la persona bisognosa di assistenza di continuare a vivere a casa propria; b) il mantenimento del lavoratore nella sua condizione di irregolarità, implicante la perdita, assieme al lavoro, anche della possibilità di procurarsi un alloggio

⁶ Sembra a mio parere violata la clausola di proporzionalità nel bilanciamento tra valori costituzionali. Bilanciamento che in astratto parrebbe riguardare l'autonomia privata volta alla tutela della libertà di residenza e del diritto alle cure domiciliari contro il diritto del lavoratore al rispetto di standard abitativi. In concreto tuttavia pare davvero che l'interesse comune del datore di lavoro e del lavoratore alla regolarizzazione qui soccomba a fronte del nulla. Al riguardo utili spunti in G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, p.185 ss.

non di fortuna; oppure, più banalmente, il proseguimento del rapporto di lavoro con l'assistito in condizione di totale illegalità.

Va però considerato che una percentuale significativa delle domande di regolarizzazione non riguarda lavoratori conviventi con i loro assistiti bensì collaboratori domestici senza né vitto né alloggio presso il datore di lavoro (con contratti da 20/25 ore a settimana in su). Ed invero, volendo rappresentare la realtà delle cose per intero, anche molti lavoratori a tempo pieno conviventi con il datore di lavoro sono stati formalmente assunti, o promessi di un'assunzione, a tempo parziale e senza alloggio.

In tali casi è irragionevole pensare che il datore di lavoro possa o voglia intervenire attivamente per assicurarsi che il lavoratore disponga giuridicamente di un alloggio certificato come idoneo.

Infatti nella maggior parte dei rapporti di lavoro stipulati senza convivenza con il datore di lavoro, la legittimazione a richiedere l'idoneità alloggiativa sull'immobile abitato dal lavoratore non appartiene né al datore di lavoro né al lavoratore stesso.

Il primo non può richiederla perché l'abitazione del lavoratore è collocata in un immobile del tutto estraneo alla sua sfera di disponibilità giuridica; mentre il lavoratore non può chiederla perché, essendo ancora privo del permesso di soggiorno, non può essere titolare di un rapporto di locazione che lo legittimi a tale richiesta (a meno di non figurare come ospite di un locatore-filantropo – o ben remunerato - che si faccia promotore, in proprio ma nel suo interesse, della richiesta di idoneità alloggiativa).

Date tali premesse, in molti non riusciranno a riempire tale requisito, della cui legittimità v'è peraltro, come già accennato, da dubitare⁷.

Non può infine essere sottovalutato (ad esempio nel caso dei lavoratori a suo tempo accolti nell'abitazione dei loro ex datori di lavoro) l'effetto di inesigibilità del certificato di idoneità alloggiativa in concreto derivante dal dilatarsi oltre ogni pur fosca aspettativa dei tempi del procedimento.

L'onere di certificazione dell'idoneità alloggiativa è infatti posto dalla disciplina del contratto di soggiorno a carico del datore di lavoro che ha proposto la regolarizzazione, il quale però, ormai a sedici mesi dall'inizio delle procedure (quando queste righe stanno per essere proposte al loro editore) sarà spesso divenuto un ex datore di lavoro non più in grado o più probabilmente non più interessato a certificare, ora per allora, l'idoneità alloggiativa dell'abitazione a suo tempo utilizzata dal proprio ex lavoratore.

In conclusione, il requisito dell'idoneità alloggiativa per un verso ostacolerà il buon esito della procedura malgrado l'autenticità del rapporto di lavoro, per via dell'impossibilità di adempiervi, per altro verso indurrà alcuni datori di lavoro e la maggior parte degli ex datori di lavoro (o dei loro familiari, nei non pochi casi nei quali nel frattempo l'anziano assistito sia deceduto) a non preoccuparsi più, per il troppo penare che ciò comporta, delle sorti della regolarizzazione del loro ex lavoratore.

Resta tuttavia da valutare se tra gli impegni contrattualmente assunti dal datore di lavoro regolarizzante nei riguardi del lavoratore (specie nel caso di lavoratore convivente) non vi sia, oltre

⁷ Vero è, infatti, che il requisito dell'idoneità dell'alloggio è richiesto dall'attuale normativa sul contratto di soggiorno, la cui stipula è espressamente prevista dall'art.103, comma 15, ma è pure opportuno sottolineare come il legislatore del testo unico sull'immigrazione nel prevedere la verifica dell'idoneità alloggiativa non avesse affatto in mente le procedure di regolarizzazione, essendo l'ambito ordinario di applicazione della figura del contratto di soggiorno quello della richiesta del primo permesso di soggiorno da parte dello straniero legalmente giunto dall'estero (per ricongiungimento familiare oppure per chiamata del datore di lavoro suo sponsor) il cui nulla osta all'ingresso già presuppone l'aver esibito all'Amministrazione la documentazione sull'idoneità del futuro alloggio in Italia.

Sarebbe dunque ragionevole considerare esentati dalla richiesta e ottenimento di tale certificazione i datori di lavoro che assumono un lavoratore straniero già presente sul territorio nazionale, la cui condizione è piuttosto simile a quella degli altri lavoratori stranieri già soggiornanti e per questa ragione esentati dalla stipula del contratto di soggiorno

all'idoneità effettiva dell'alloggio fornito, anche l'onere di richiedere il relativo certificato proprio al fine di concludere positivamente il procedimento di regolarizzazione. Una conclusione questa cui l'interprete potrebbe giungere in base all'art.1374 c.c., a termini del quale il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, nonché facendo applicazione del principio di correttezza e buona fede sia come fonte di integrazione sia come modalità necessaria dell'esecuzione dell'obbligazione, dentro o fuori il contratto, di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c.⁸

Anche un'altra ricostruzione è tuttavia possibile partendo dall'osservazione secondo cui l'oggetto della regolarizzazione non è sin questo caso un'attività o un manufatto, ma una persona della cui concorde volontà il datore di lavoro non può certo avere fatto a meno quando ha inviato l'istanza di regolarizzazione.

L'incontro delle due volontà del datore di lavoro regolarizzante e del lavoratore non può quindi che porsi come antecedente negoziale necessario dell'avvio del procedimento amministrativo di regolarizzazione su istanza di parte. Oggetto del negozio (che potremmo definire come il "patto sulla regolarizzazione" e per la cui rilevanza non è necessaria la forma scritta) è dunque l'impegno del datore di lavoro ad avviare detta procedura e proseguirla con l'ordinaria diligenza dovuta nell'esecuzione dell'accordo⁹, il quale è funzionalmente collegato al rapporto di lavoro che tra l'altro, proprio mediante l'avvio della procedura di regolarizzazione trova a sua volta titolo in un contratto non più nullo per contrarietà alla legge¹⁰.

5. La responsabilità civile del datore di lavoro per la mancata regolarizzazione del lavoratore in caso di inerzia o negligenza nello svolgimento delle procedure

Ivette (nome di fantasia) non ne poteva più di lavorare, senza giorni liberi durante la settimana, presso l'anziana signora confusa, sua datrice di lavoro (solo formalmente però, essendo ogni cosa gestita da uno dei suoi figli).

Da quasi due anni impiegata in nero a 400 euro al mese, forse Ivette se ne sarebbe finalmente andata via se non fosse giunta la notizia della regolarizzazione.

L'istanza viene in effetti presentata il 27 luglio. Il versamento del contributo richiesto mediante il modello F24 viene pagato da Ivette ("perché non è mica giusto che la tua regolarizzazione la paghiamo noi") la quale è però ben felice di ricevere in mano una copia dell'istanza di regolarizzazione che sembrerebbe annunciarle la fine imminente della sua condizione di persona irregolarmente soggiornante.

Nella domanda è scritto che il richiedente intende stipulare un contratto di lavoro di collaborazione domestica per 25 ore a settimana, anche se Ivette lavora in casa sette giorni su sette senza poterne uscire che per brevissime pause o commissioni, prestandosi anche alle necessità notturne dell'anziana signora.

Undici mesi dopo l'anziana viene d'urgenza ricoverata in ospedale da dove sarà poi dimessa per essere ricoverata in una r.s.a.

⁸ Su cui, pur tra molti, resta però fondamentale l'approfondita analisi di A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Zanichelli, Bologna, 1988, sub. Art.1175, p.275 ss.

⁹ Basato su un interesse giuridicamente rilevante e retto da una causa lecita e in astratto meritevole, detto accordo si configura come un contratto idoneo a ricevere protezione dall'ordinamento giuridico nel caso della sua violazione.

¹⁰ Benché non abbia ancora raggiunto lo status di soggiornante regolare lo straniero è tuttavia già legittimato a stipulare contratti di lavoro, come affermato dallo stesso art.103, d.l. n.34/2020. Come è noto il contratto di lavoro stipulato con il lavoratore irregolarmente soggiornante è qualificato come nullo escludendo però l'illiceità della causa e dell'oggetto, il che consente, ex art.2126 c.c., la tutela dei diritti del lavoratore occupato. Vi è inoltre unanimità nel riconoscere gli obblighi di contribuzione – specialmente per gli aspetti previdenziali – a carico del datore di lavoro di fatto. Ad essere dibattute non sono tali conclusioni bensì le diverse motivazioni e significati che la dottrina vi riferisce. Al riguardo cfr., M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari, 2017, p.175 ss.; L. NERI, *il lavoro*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA, *immigrazione*, cit., p.231 s.

A Ivette viene ovviamente dato il benservito dal figlio, che non ha più bisogno di lei e quindi non è più intenzionato a regolarizzarla. Ivette a quel punto si rivolge a un legale e scopre che non è stata mai fatta la comunicazione di avvio del rapporto di lavoro.

Lali (altro nome di fantasia) è una *care-giver* georgiana, anche lei convivente con i datori di lavoro, i quali non solo hanno inoltrato la domanda di regolarizzazione già a giugno 2020, ma in effetti le hanno anche stipulato il contratto di lavoro dichiarandola assunta a partire dal 15 settembre 2020 (anche se lei era con loro già dal marzo del 2019).

La domanda di regolarizzazione modifica significativamente le dinamiche del rapporto d'impiego (babysitteraggio e collaborazione domestica in una famiglia composta da due adulti e tre bambini). Lali si presta infatti, ben più che in passato, ad ogni richiesta fattale, incluso il servizio agli ospiti la sera, lavorando in quei casi anche fino a mezzanotte, benché la sua posizione INPS, che lei però non ha visto, indichi un orario di lavoro di 25 ore a settimana e da nessuna parte sia fatto cenno all'ospitalità in casa.

All'inizio di luglio 2021 i datori di lavoro le annunciano che devono trasferirsi in un'altra città e le propongono di spostarsi a casa di alcuni loro amici che la prenderebbero volentieri a servizio come colf.

Lali a questo punto si preoccupa e chiede loro di avere copia della domanda di regolarizzazione (di cui possiede solo la ricevuta) e della dichiarazione di assunzione. Su suggerimento del centro di assistenza cui si è nel frattempo rivolta, chiede inoltre se i suoi datori di lavoro hanno provveduto a richiedere il certificato di idoneità alloggiativa.

Quest'ultima richiesta, in particolare, infastidisce non poco gli ormai ex datori di lavoro, secondo i quali quello dell'alloggio non è un problema loro ma, da che mondo è mondo, del lavoratore stesso.

Sia Ivette che Lali avviano una vertenza contro i loro ex datori di lavoro affrontando l'onere probatorio relativo alla durata del rapporto di lavoro (nel caso di Ivette anche riguardo alla sua stessa esistenza) e alle prestazioni effettivamente svolte nonostante la loro inesigibilità in base alla disciplina legale del rapporto.

Accertati tali elementi spetterà invece ai datori di lavoro provare l'effettuazione e l'adeguatezza dei pagamenti dovuti. Ma l'inserirsi di entrambe le esemplificate vertenze nell'ambito delle procedure di regolarizzazione amplia, a mio parere, il campo delle questioni da sottoporre allo scrutinio del giudice.

La prima questione che si aggiunge alle consuete problematiche lavoristiche è infatti quella della rilevanza, ai fini della determinazione del danno subito, da attribuire alla mancata regolarizzazione promessa dai datori di lavoro e da questi ultimi in effetti avviata (e non più proseguita) con l'inoltro della relativa domanda.

Non v'è dubbio a mio parere che sia sorto in capo ai datori di lavoro l'obbligo, nei confronti del lavoratore, di proseguire le procedure di regolarizzazione adempiendo agli oneri che la disciplina del procedimento poneva a loro carico.

Fonte dell'obbligo, secondo le ricostruzioni poc'anzi prospettate, sarebbe l'accordo (*rectius*: il contratto) di regolarizzazione tra loro intercorso oppure, in alternativa, il dovere di correttezza e di buona fede gravante sul datore di lavoro nell'esecuzione del contratto di lavoro. Obblighi peraltro compatibili con l'illimitata libertà di licenziare riconosciuta ai datori di lavoro domestico, dato che la procedura può ben essere portata a buon fine anche da un ex datore di lavoro quando il rapporto di lavoro si sia risolto successivamente alla domanda di regolarizzazione.

Secondo tali ipotesi ricostruttive, si configurerebbe dunque una responsabilità da inadempimento degli obblighi contrattuali assunti dall'ex datore di lavoro nel momento in cui aveva promesso/concordato con il lavoratore le modalità dell'emersione del rapporto di lavoro e della connessa regolarizzazione.

Seguendo però un'ulteriore ipotesi ricostruttiva, l'interprete potrebbe anche scorgere nella promessa di regolarizzazione – poi non mantenuta, abbandonata dopo il suo avvio, o simulata - un diverso profilo di responsabilità da contatto sociale, la quale si affiancherebbe quindi ad altre possibili responsabilità di tipo contrattuale: illuso dalla promessa non mantenuta, il dipendente di fatto (o

anche di diritto, se provvisoriamente regolarizzato presso l'INPS ma non sanato ai fini dell'autorizzazione al soggiorno a causa della negligenza del regolarizzante) può infatti avere perduto altre occasioni di impiego e di regolarizzazione presso altri.

Ove poi la promessa non mantenuta di regolarizzazione abbia consentito, sia pure con l'assenso del lavoratore, una situazione di grave sfruttamento del collaboratore domestico o del *care-giver*, costituendone lo strumento di captazione, questo dovrebbe giocare un ruolo nel rendere più problematica la posizione del datore di lavoro davanti al giudice.

D'altra parte anche il "non avere promesso" può talvolta essere fonte di responsabilità per il datore di lavoro. Non si vede infatti alcuna ragione per escludere dall'alveo della responsabilità da mancata regolarizzazione quei datori di lavoro che, dopo avere occupato in nero uno o più lavoratori irregolarmente soggiornanti, abbiano poi rifiutato la loro richiesta di essere regolarizzati, licenziandoli proprio in reazione a questa loro richiesta.

Detti datori di lavoro, oltre ad essere per ciò solo imputabili del reato di cui all'art.22, c.12, d.lgs. n.286/1998, sono infatti autori di un danno ingiusto causato al lavoratore per effetto del recesso ritorsivo strumentale alla definitiva dissimulazione del rapporto di lavoro ormai cessato¹¹. La particolarità di tali fattispecie, lette alla luce dell'art.41 Cost., è che in esse sia il rapporto di lavoro in precedenza instaurato che il successivo licenziamento configurano due distinte violazioni del divieto di arrecare danno alla dignità umana del lavoratore.

Una diversa questione è costituita poi, più in particolare, dall'effettività giuridica da riconoscere alla dichiarazione fatta dal datore di lavoro (o aspirante tale) alla prima pagina del modulo ministeriale di richiesta della regolarizzazione, ove è scritto: "Il sottoscritto ... si impegna ... a fornire al lavoratore straniero un alloggio che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica".

Il primo dato da rilevare è che tale impegno è stato necessariamente sottoscritto sia dai datori di lavoro ospitanti, sia da quelli presso i quali il lavoratore regolarizzando non conviveva (tra questi la grande maggioranza dei lavoratori assunti a tempo parziale).

La domanda da porsi però è se tale dichiarazione abbia impegnato il datore di lavoro esclusivamente nei confronti dell'Amministrazione, ricevendo eventuale sanzione solo sul piano amministrativo (in primis con il rigetto della domanda¹²) oppure se lo abbia impegnato anche nei riguardi del lavoratore.

L'interrogativo riveste una sua indubbia importanza perché nel caso in cui l'impegno riguardante l'alloggio non valesse anche nei riguardi del lavoratore sarebbe abbastanza facile per i datori di lavoro non conviventi sostenere che la mancata regolarizzazione è dovuta al difetto di un requisito soggettivo del lavoratore stesso di cui loro non sono responsabili (lo sarebbero senz'altro, invece, nei riguardi del lavoratore ospitato).

A mio parere però, a fronte di un requisito che la legge (l'art.5-bis, c.1, lett.a, d.lgs. n.286/1998¹³) pone a esclusivo carico del datore di lavoro e che l'applicativo della procedura di regolarizzazione ha espressamente ribadito essere tale, il soggetto onerato non poteva certo limitarsi a ipotizzare che il proprio lavoratore (peraltro di solito inconsapevole del problema) disponesse di un alloggio idoneo

¹¹ Si è evitato nel testo di parlare di licenziamento ritorsivo, benché nella sostanza questa sia la fattispecie, riferita però a un contratto di lavoro considerato generalmente nullo e con effetti limitati al riconoscimento del rapporto di fatto ormai svoltosi. Nota tuttavia giustamente L. CALAFÀ, *Lavoro subordinato*, in C. PANZERA e A. RAUTI, *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Ed. Scientifica, Napoli, 2020, p.395, che comunque un accordo (e dunque un contratto), sia pure di difficile qualificazione, tra le parti vi è stato. E tanto potrebbe consentire forse di invocare per *analogia legis* l'art.1338 c.c. (oppure, in *analogia iuris*, il principio di buona fede di cui la norma, in coppia con l'art.1337 c.c., è espressione) a fronte della volontà anti-giuridica attuata omissivamente dal datore di lavoro che avrebbe dovuto regolarizzare il rapporto sanandone, appunto, la nullità e invece non l'ha fatto.

¹² Un profilo penale potrebbe però darsi là dove sia stato dichiarato che il lavoro sussisteva precedentemente alla istanza di regolarizzazione; e ciò nel caso in cui la mancata regolarizzazione sia da imputare al datore di lavoro autore del reato di occupazione di uno straniero irregolarmente soggiornante.

¹³ Ove è chiesta al riguardo "la garanzia da parte del datore di lavoro"

ma avrebbe dovuto accertarsene; e in caso di esito negativo provvedere di conseguenza: o procurando l'alloggio idoneo, oppure preavvisando il lavoratore che l'istanza mancava di un requisito necessario.

Un'ulteriore questione riguarda l'individuazione del danno risarcibile derivante dalla mancata regolarizzazione all'esito del comportamento negligente o addirittura in mala fede del datore di lavoro; danno certamente diverso da quello dell'inadempimento della prestazione principale a carico del datore di lavoro, ma comunque dovuto perché la mancata acquisizione dell'autorizzazione al soggiorno è certamente una conseguenza immediata e diretta dell'illecito comportamento datoriale.

Sembra in effetti complicato quantificare il danno costituito da un pregiudizio in se stesso immateriale quale è la perdita (*rectius*: la mancata acquisizione) del diritto di soggiorno, ma i cui effetti anche materiali sono enormi soprattutto in termini di perdita di *chances* e di mancato guadagno nel futuro: dall'impossibilità di acquisire i diritti sociali connessi alla residenza legale, alla impossibilità di svolgere un lavoro regolare, di fare studiare i figli oltre la scuola dell'obbligo o di poter richiedere il ricongiungimento familiare, solo per citare alcune delle conseguenze di enorme impatto esistenziale e patrimoniale.

Il giudice però non sarà di fronte a un danno indimostrato, bensì a un danno certo nella sua esistenza ma la cui entità sarà da liquidare in via equitativa.

6. Altre possibili conseguenze della mancata regolarizzazione per il datore di lavoro

Benché sul punto l'attenzione delle autorità preposte sia stata in passato opportunamente distratta, la possibilità concessa dall'art.103 ai richiedenti di non risultare ancora quali datori di lavoro (in nero) dello straniero da regolarizzare attenua obiettivamente l'orizzonte del rischio penale altrimenti connesso alla domanda, dato il suo carattere di autodenuncia di una situazione oggettivamente caratterizzata da illiceità se riferita a rapporti di lavoro già in essere.

Costituisce infatti una clausola immancabile dei diversi provvedimenti di regolarizzazione quella ripetuta dall'art.103, c.13, D.L. n.34 del 2020, a termini del quale, se è vero che i procedimenti penali e amministrativi a carico del datore che ha assunto in nero uno o più stranieri irregolarmente soggiornanti sono sospesi durante le procedure di regolarizzazione, tuttavia tale sospensione cessa nel caso in cui si proceda al rigetto o all'archiviazione dell'istanza di regolarizzazione per mancata presentazione delle parti davanti allo sportello unico oppure se l'esito negativo del procedimento non derivi "da cause indipendenti dalla volontà o dal comportamento del datore medesimo".

Non v'è dubbio, inoltre, che oltre alla reviviscenza dei procedimenti già avviati antecedentemente possa anche darsi l'avvio di nuove azioni amministrative e penali sulla base dei fatti emersi e non più sanati¹⁴.

Sono anche queste le ragioni – oltre a quella dell'evidente risparmio sugli oneri contributivi – che hanno convinto la maggior parte dei richiedenti ad indicare la propria disponibilità ad una futura assunzione anziché sanare il rapporto di lavoro già in essere facendolo emergere.

In tal modo però, come già è stato osservato, è venuto a mancare il più formidabile strumento di coazione all'adempimento delle procedure amministrative previste per l'adozione del provvedimento finale e di cui nessuna sanatoria dovrebbe mai fare a meno: quello costituito dalla minaccia dell'azione penale e della sanzione amministrativa conseguenti all'ingiustificato abbandono della procedura di regolarizzazione del rapporto di lavoro abusivamente instaurato con un lavoratore irregolarmente presente.

Questa strategia di dissimulazione della realtà attenua in effetti il rischio giuridico connesso all'abbandono idiosincratico o al diniego imputabile della procedura di regolarizzazione, ma di certo non lo annulla, oltre a poter produrre essa stessa alcuni inconvenienti che si sarebbero invece evitati, sia pure con oneri contributivi a volte molto più elevati, dichiarando il vero.

¹⁴ Trib. La Spezia, 29/01/2014, n.71, in banca dati *DeJure* ha ritenuto punibile ai sensi dell'art.22, d.lgs. 286/1998 il datore di lavoro la cui istanza di regolarizzazione non aveva potuto trovare accoglimento per difetto del requisito reddituale

Al riguardo potrebbero infatti rivelarsi decisive le successive determinazioni del lavoratore che nel frattempo abbia visto venire meno le proprie speranze di essere regolarizzato, al quale a questo punto potrebbe convenire agire per l'accertamento del rapporto di lavoro rimasto sommerso (ma di cui l'avvio della regolarizzazione costituisce un primo significativo indizio di verosimiglianza) e per il riconoscimento dei conseguenti diritti.

All'accertamento davanti al giudice del lavoro del rapporto rimasto sommerso potrebbe (e in effetti dovrebbe) poi seguire l'avvio dei procedimenti amministrativi e delle azioni penali previsti dalla legge a carico del datore di lavoro.

Le fattispecie in esame potrebbero essere sussumibili in diverse norme incriminatrici, alcune delle quali previste dal diritto penale dell'immigrazione in ordine all'impiego di stranieri irregolarmente soggiornanti, specie nel caso di approfittamento di tale condizione da parte del datore di lavoro.

Va infatti in premessa osservato, benché talvolta si sostenga il contrario, che lo straniero per il quale sia stata presentata una domanda di regolarizzazione diviene temporaneamente inespellibile ma non per questo può dirsi regolarmente soggiornante sino a che la domanda presentata non abbia trovato accoglimento¹⁵.

Non v'è dunque ragione per escludere l'applicazione dell'art.22, c.12, d.lgs. n.286/1998, certamente riferibile anche al caso dell'assunzione di un singolo lavoratore domestico¹⁶, a termini del quale il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze "lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno che ne consenta il regolare impiego¹⁷ (...) è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato". Pene queste aumentate da un terzo alla metà nel caso in cui i lavoratori occupati siano stati vittime di particolare sfruttamento ai sensi dell'art.603-bis, c.p.

Ci si deve inoltre interrogare sull'applicabilità o meno anche dell'art.12, c.5, D.lgs. n.286 del 1998, a termini del quale, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero ne favorisce la permanenza nel territorio dello Stato in violazione delle norme del testo unico sull'immigrazione "è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a 15.000 euro".

Detta disposizione può certamente trovare applicazione ai casi nei quali alla domanda di regolarizzazione non corrisponda alcun vero rapporto di lavoro e sia invece motivata dalla corresponsione di una prestazione illecita (di solito in denaro) da parte dello straniero¹⁸.

È però pure da ritenersi che l'art.12, c.5 sia applicabile all'ipotesi dell'occupazione del lavoratore domestico irregolare in condizioni di sfruttamento sul lavoro.

Al riguardo va allora compreso – sia pure per inciso - il rapporto tra questa norma e quella introdotta nel 2012 con il comma 12-bis all'interno dell'art.22, D.lgs. n.286 del 1998, ove è disposto l'aumento da un terzo alla metà delle pene altrimenti previste per l'illecita assunzione dello straniero non autorizzato al lavoro se questi sia stato sottoposto alle condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma (oggi divenuto però quarto comma¹⁹) dell'art.603-bis c.p. (assunzione di più di tre lavoratori; assunzione di minore in età non lavorativa; esposizione del

¹⁵ Diversa l'opinione espressa sul punto da Trib. Firenze sez. I, 23/05/2014, che ha qualificato il richiedente come già regolare sin dalla domanda di regolarizzazione. In quel caso i la regolarizzazione era però stata nel frattempo riconosciuta con il rilascio del permesso di soggiorno a far data dalla domanda.

¹⁶ Come chiarito, in particolare da Cass. pen.04/04/2003, n. 25665, con riferimento al "semplice cittadino che assuma alle proprie dipendenze una singola persona per svolgere attività di collaborazione domestica o di "badante". Nel medesimo senso Cass. pen., 30/03/2005, n.18182; Cass. pen. 12/04/2005, n. 231576. In dottrina, fra molti, cfr. P. BARZELLONI, voce *Immigrazione (reati in materia di)*, in *Dig. pen., Agg. II*, Utet, p. 382; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Cedam, Padova, 2011, p.489 s.; ID, *Diritto penale dell'immigrazione* in P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Utet, Torino, 2021, 344

¹⁷ Non necessariamente, dunque, il permesso di soggiorno per lavoro, ma un permesso di soggiorno che, sebbene rilasciato ad altro titolo, comunque consenta al suo titolare di assumere quel determinato impiego.

¹⁸ Così Cass. pen. sez. I, 21/04/2010, n.20883

¹⁹ Con la novellazione prodotta dall'art.1 Legge del 29/10/2016 - N. 199

lavoratore sfruttato a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro).

Al ricorrere di queste specifiche aggravanti la residualità dell'art.12, c.5, lascerà infatti spazio alla più severa previsione dell'art.22, c.12-bis, mentre negli altri casi di sfruttamento del lavoratore domestico sarà invece l'art.12, c.5 a trovare applicazione in luogo dell'art.22, c.12²⁰.

La situazione di sfruttamento in cui eventualmente versi il lavoratore domestico – anche a causa della sua ricattabilità in ordine alla conclusione o meno del procedimento di regolarizzazione – potrebbe altresì dare luogo, al ricorrere delle previste circostanze, all'applicazione dell'art.603-bis, c.p., il quale comprende nella sua attuale formulazione l'ipotesi dell'impiego di manodopera con sottoposizione del lavoratore a condizioni di sfruttamento e di approfittamento del suo stato di bisogno.

A tali conclusioni sarà poi più agevole giungere se si conviene sull'identificazione tra “lo stato di bisogno” previsto dalla norma e il bisogno di regolarizzazione del lavoratore privo di reddito al quale tale obiettivo sia stato assicurato dal datore di lavoro quale corrispettivo illecito della disponibilità ad essere sfruttato.

La norma pone qui in via alternativa tra loro quali indici dell'avvenuto sfruttamento la sussistenza di una almeno delle condizioni elencate al comma 3: a) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; b) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; c) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; d) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Benché lo stilema del legislatore evochi piuttosto l'ambiente di lavoro manifatturiero (privilegiando l'uso del termine “manodopera”) non v'è motivo di escludere dall'ambito di applicazione dell'art.603-bis c.p. lo sfruttamento della “manodopera domestica”.

È stato però da più parti rilevata – di solito condividendola – la tendenza nel diritto vivente ad un'applicazione del tutto eccezionale, specie nell'ambito del lavoro domestico, dell'art.603-bis, c.p., benché la sua lettera consentirebbe invece itinerari interpretativi molto più severi.

Si coglie certamente nel segno rilevando che la privatizzazione e dunque la mercificazione dell'assistenza a domicilio ha lasciato sole e prive di risorse sufficienti molte famiglie che non possono permettersi con il loro reddito di rispettare le norme del rapporto di lavoro di assistenza familiare, specie in quelle situazioni nelle quali ciò implicherebbe assumere non uno ma tre assistenti domiciliari che si alternino nelle diverse ore del giorno e della notte, coprendo tutta la settimana anche nei giorni festivi²¹.

Peraltro il mancato rispetto delle regole – a detrimento della forza-lavoro occupata – è molto diffuso anche nel lavoro domestico e di babysitteraggio (specie se a lungo orario).

Si tratta in effetti di servizi la cui domanda è spesso subordinata alla necessità del doppio impiego all'interno della famiglia-datrice di lavoro e dunque alla conservazione di un'apprezzabile redditività del lavoro, soprattutto femminile, al di fuori delle mura domestiche.

La diffusione di una significativa forbice tra le discipline contrattuali e i regimi di fatto dei rapporti è del resto favorita anche dall'ampia condivisione culturale – che comprende utenti familiari di tutti i ceti, inclusi liberi professionisti e magistrati – di un'idea: che il lavoro domestico, non a caso ormai divenuto quasi sempre il lavoro delle donne immigrate, sia un lavoretto anche quando si prolunga oltre gli orari ufficiali e che dunque le infrazioni alla regola non siano affatto gravi, a fronte del

²⁰ Come osserva, tra gli altri, E. LANZA, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p.348, segnalando però la possibilità di una diversa interpretazione favorevole al cumulo tra le due disposizioni

²¹ Approfondisce l'analisi S. BORRELLI, *Who Cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Napoli, Jovene, 2020, spec. p.27 ss. e 37.

beneficio per il lavoratori coinvolti di mantenere l'impiego e spesso l'alloggio che vi si accompagna (oltre che la regolarità del soggiorno se titolari di un permesso di soggiorno non permanente)²².

Può tuttavia esservi un approccio interpretativo capace di farsi carico della più complessiva sofferenza del comparto dei servizi di assistenza o collaborazione familiare senza tuttavia obliterare i diritti fondamentali di dignità e di benessere dei lavoratori coinvolti.

Tale approccio consiste in primo luogo nel dare il giusto rilievo, in presenza di condizioni occupazionali particolarmente pesanti, alla maggiore o minore libertà di scelta dei datori di lavoro. Questi ultimi potrebbero infatti avere negoziato condizioni al ribasso con lavoratore perché privi di adeguata provvista ma nella necessità di fare fronte a esigenze di accudimento non altrimenti risolvibili. Ma potrebbe invece darsi che, esercitando un surplus in sé eccezionale di mala fede nell'esecuzione del contratto, un datore di lavoro benestante, senza il condizionamento di obiettivi sue necessità, si sia rifiutato di regolarizzare il lavoratore di fatto occupato, oppure abbia simulato di volerlo fare, per poi rinunciare unilateralmente alla procedura.

In entrambi i casi parrebbe ragionevole modulare la severità dello scrutinio giurisdizionale in base alle condizioni di reddito familiare del datore di lavoro (o dei parenti che di fatto abbiano gestito il rapporto con il lavoratore).

In questo modo, evitando di valutare l'illiceità penale del comportamento datoriale sulla base di una valutazione solo oggettiva ma astratta, si dovrebbe considerare grave lo sfruttamento, anche in assenza di episodi di maltrattamento eclatanti, quando la ripetuta imposizione di prestazioni non retribuite o non giustificate dalla disciplina legale del rapporto di lavoro (ma ciononostante subite dal lavoratore a causa della sua fragile condizione di persona priva dell'autorizzazione al soggiorno) sia stata operata da un datore di lavoro con capacità di spesa tale da essere perfettamente in grado di sopportare il maggiore onere economico derivante dal rispetto della disciplina del rapporto di lavoro²³

7. Sul timore dello straniero irregolarmente soggiornante di agire in giudizio: un rischio conveniente?

Come è noto, l'art.10-bis, d.lgs n.286/1998, nella rivisitazione imposta all'interprete dalla Corte di Giustizia²⁴, configura il reato di ingresso e soggiorno illegale sul territorio nazionale prevedendo come sanzione un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro e disponendo che l'espulsione dello straniero non sia impedita dalla pendenza del procedimento penale, potendo essere eseguita senza dovere richiedere il nulla osta dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato²⁵.

La norma si riferisce qui all'espulsione adottata dal Prefetto in via amministrativa a seguito della constatazione della mancanza di un valido titolo di soggiorno e non ad una espulsione giudiziaria, benché sia teoricamente possibile anche l'espulsione comminata dal giudice di pace quale pena sostitutiva dell'ammenda all'atto della condanna²⁶.

²² Uno sguardo sociologico equilibrato al tema è offerto da M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile: Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Il Mulino, Bologna, 2013, passim

²³ Cfr. ad esempio, Trib. Treviso-Conegliano, 19/05/2004, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2004, 3, p.172 s.

²⁴ C.G.U.E., 06/12/2012, C-430/11, ha infatti ritenuto che "la direttiva 2008/115/CE (...) deve essere interpretata nel senso che essa "osta alla normativa di uno Stato membro, come quella italiana, che consente di reprimere il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con un obbligo di permanenza domiciliare, senza garantire che l'esecuzione di tale pena debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile il trasferimento fisico dell'interessato fuori di tale Stato membro".

²⁵ Sull'art.10-bis cfr., tra gli altri, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Jovene, Napoli, 2011, p.79 ss.; F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, Giappichelli, Torino, 2020, p.99 ss.; nonché E. LANZA, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p.288 ss.

²⁶ Così il successivo art.16, c.1, d.lgs. n.286 del 1998

Detta espulsione non trova il suo presupposto nella notizia del reato ma consegue autonomamente all'accompagnamento in Questura dello straniero trovato sul territorio senza alcun titolo per rimanervi.

La notifica del provvedimento di espulsione (formalmente prefettizio ma in realtà questorile) pertanto precede o al limite si accompagna, nella realtà, alla segnalazione del reato di illegale presenza, dato che spetta proprio alla Questura, in prima istanza, stabilire se lo straniero sia davvero in una condizione di soggiorno illegale oppure se abbia titolo per esserne autorizzato. Costituisce dunque nulla più che un atto posticcio, inutile ma teoricamente dovuto (il cui non lieve costo grava sull'Amministrazione della Giustizia e dunque dei cittadini) l'avvio formale dell'azione penale nei riguardi dell'irregolare.

Da molti è stato comunque e giustamente sottolineato l'effetto inibente che tale fattispecie penale è in grado di esercitare nei confronti del lavoratore sfruttato, il quale ne viene indotto al silenzio e all'acquiescenza per il timore di esporsi a sicura espulsione²⁷.

Invero già precedentemente alla legge n.94 del 2009 (meritevole del consueto nome volgare di "pacchetto sicurezza"), alla quale si deve l'introduzione di questa demagogica e costosa fattispecie penale, lo straniero irregolarmente soggiornante sapeva che il datore di lavoro avrebbe potuto vendicarsi delle sue richieste segnalandolo alle autorità di pubblica sicurezza, con la probabile conseguenza di divenire destinatario di un provvedimento di espulsione.

Ma oggi è lo stesso ordinamento giuridico che impone al pubblico ufficiale e all'incaricato di un pubblico servizio di segnalare all'autorità di pubblica sicurezza la notizia del reato di irregolare presenza di cui essi siano venuti a conoscenza per motivi inerenti alle loro funzioni (articoli 361 e 362 c.p.). E poiché l'ispettore e il giudice del lavoro non sarebbero esenti da tale obbligo di segnalazione, l'apertura di qualsiasi vertenza in teoria porterebbe alla segnalazione alla polizia della presenza irregolare e quindi all'adozione di un provvedimento di espulsione.

Non intendo qui dubitare dell'effetto di nascondimento e dunque di rinuncia ai propri diritti che la fattispecie penale ha certamente prodotto. Ritengo tuttavia che la pervasività di tali effetti possa essere in parte contrastata sul piano dei rimedi giuridici e che essa rischi di venire ingigantita da una narrazione non resiliente che non si adoperi nell'elaborare il lutto per quell'evento funesto che fu il "pacchetto sicurezza" del 2009²⁸.

Diverse – e qui solo evocabili – sono le ragioni che potrebbero consigliare di superare il pur comprensibile timore ad agire davanti al Giudice del lavoro.

Va in primo luogo osservato che la constatazione della mancanza di un'autorizzazione amministrativa al soggiorno da parte del giudice del lavoro non costituisce ancora accertamento della commissione del reato di illegale presenza, potendo al riguardo influire la sussistenza di cause di giustificazione che non spetta al giudice del lavoro ma, di primo acchito, all'autorità amministrativa e poi al giudice di pace vagliare successivamente (ed eventualmente).

La segnalazione del reato di irregolare presenza verrà quindi eventualmente fatta dal giudice del lavoro alla questura (possibile, ma azzardata, sarebbe invece una segnalazione inoltrata direttamente alla procura penale competente per territorio).

Ma tale segnalazione dovrà essere accompagnata dalla segnalazione del reato specularmente commesso dal datore di lavoro. È infatti evidente che il reato di presenza irregolare e quello di occupazione di un lavoratore illegalmente soggiornante in questi casi stanno o cadono insieme, sicché la segnalazione dell'uno reato e non dell'altro si configurerebbe come un esercizio arbitrario delle funzioni svolte. Il che nella maggioranza dei casi (riguardanti datori di lavoro che vorrebbero regolarizzare il proprio lavoratore senza però poterlo fare e lavoratori che vorrebbero essere regolari

²⁷ Cfr., ad esempio, W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 2013, p.198

²⁸ È rimasta inattuata la delega data dal parlamento al Governo con la legge n.67 del 2014 per provvedere all'abolizione di questa figura di reato. Sul punto cfr. C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina: un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 2, p.135 ss.

ma non lo sono) induce il giudice, sulla base di un buon senso abbastanza diffuso, a non segnalare né l'uno né l'altro.

Peraltro dei due probabili autori di reato eventualmente segnalati, benché non sia lui quello da espellere, solo il datore di lavoro sarà agevolmente reperibile presso un'abitazione nota, mentre dell'ex lavoratore sarà conosciuta solo la domiciliazione presso il proprio difensore legale.

Va del resto osservato come l'obbligo di segnalazione del reato, teoricamente incombente sul giudice del lavoro, nella realtà non comporti nel caso di inottemperanza, una effettiva sanzione, in quanto la prevista multa (fissata nel minimo a 30 euro) non risulta essere mai stata comminata; e d'altra parte se ciò avvenisse potrebbe forse dare luogo ad una questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 2 e 24 Cost., certamente non affetta dal vizio di irrilevanza nel giudizio a quo come invece accaduto in precedenti tentativi di porre la medesima questione²⁹.

Va infine considerato che le possibilità per lo straniero irregolarmente soggiornante di essere destinatario di un provvedimento di espulsione sulla base di un casuale rintraccio di polizia, ad esempio all'uscita del supermercato o al binario di una stazione, sono notevoli anche a prescindere dalla segnalazione della notizia del reato di presenza irregolare da parte di terzi o del giudice del lavoro. Viceversa sono relativamente scarse le possibilità che l'espulsione, una volta notificata, venga poi eseguita coattivamente.

Di conseguenza di cosa dovrebbe davvero preoccuparsi il lavoratore?

A mio parere la sua principale preoccupazione dovrebbe essere quella di rendere conoscibili e dunque fruibili i presupposti giuridici per la futura regolarizzazione del proprio soggiorno in Italia senza dovere attendere un ulteriore provvedimento di sanatoria probabilmente molto lontano nel tempo.

Ebbene, proprio l'emersione di un rapporto di lavoro, sia pure irregolare e nel frattempo conclusosi, potrebbe costituire un utile spicchio di uno di questi presupposti, specie nella prospettiva dell'eventuale richiesta di un permesso di soggiorno per protezione speciale sulla base del radicamento di fatto in Italia, o per la sussistenza di legami familiari.

Tra l'altro molti dei lavoratori per i quali è stata proposta un'istanza di regolarizzazione destinata ad essere rifiutata sono stranieri presenti in Italia da svariati anni, talvolta assieme a uno o più figli.

Del resto anche chi fosse giunto nel nostro paese l'ultimo giorno utile per potere essere regolarizzato (8 marzo 2020) riceverà probabilmente il provvedimento di diniego della regolarizzazione non prima di due anni dopo. La sua posizione meriterà dunque di essere considerata – anche, ma forse non solo, in sede di ricorso contro il diniego della regolarizzazione - alla luce del tempo ormai trascorso e del lavoro comunque svolto, del quale è dunque opportuno l'accertamento anche solo in via giudiziaria.

L'effetto utile dell'accertamento in giudizio di un rapporto di lavoro non riguarda quindi solo quei casi più drammatici nei quali la gravità dello sfruttamento lavorativo subito o le esigenze di protezione dalle minacce o i pericoli rappresentati da un'associazione criminale dedita allo sfruttamento determinano la possibilità per lo straniero di ricevere un permesso di soggiorno ai sensi degli articoli 18 e 22, c.12-quater, d.lgs. n.286 del 1998.

Si pensi, ad esempio, al ruolo che l'aver svolto un lavoro può giocare ai fini della valutazione sull'inserimento sociale o sul diritto alla protezione della vita privata, ai sensi dell'art.19, c.1.1, d.lgs. n.286 del 1998³⁰.

²⁹ Come invece accaduto sino ad oggi. Cfr., in particolare, Corte Costituzionale, 06/05/2011, n.162

³⁰ Su cui cfr. M.FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2021, 2, p.78 ss.; N. ZORZELLA, *Le nuove ipotesi di protezione speciale al di fuori del sistema di protezione internazionale: gli artt. 5, co.6 e 19, commi 1.1. e 1.2. TU D.lgs. 286/98*, in M. GIOVANNETTI e N. ZORZELLA, *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p.47 ss.

