



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNO V ANNALI 2017 DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO

ANGELICA RICCARDI

La normativa comunitaria in tema di impiego
di immigrati irregolari



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

DIRETTORE DEGLI ANNALI

Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO

Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli, Danila Certosino, Laura Costantino,
Nicola Fortunato, Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Domenico Garofalo, Francesco Mastroberti,
Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio,
Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Daniela Caterino, Gabriele Dell'Atti, Michele Indellicato,
Ivan Ingravallo, Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino,
Francesco Moliterni, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi,
Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco

Contatti:

Prof. Nicola Triggiani
Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture
Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
E-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
Telefono: + 39 099 372382
Fax: + 39 099 7340595
<http://edizionidjsge.uniba.it/>

Angelica Riccardi

LA NORMATIVA COMUNITARIA
IN TEMA DI IMPIEGO DI IMMIGRATI IRREGOLARI* **

ABSTRACT	
Il saggio analizza la connessione tra lavoro sommerso e immigrazione irregolare posta a base della direttiva 2009/52/CE, evidenziandone l'infondatezza e la conseguente inadeguatezza dell'impianto regolativo sulla stessa costruito. Viene in particolare sottolineata la disfunzionalità del sistema predisposto, che coinvolge nell'azione di repressione del lavoro sommerso di extracomunitari in situazione di irregolarità gli stessi autori della violazione.	The paper analyses the connection between undeclared work and irregular immigration under Directive 2009/52/EC with the aim to point out the lack of basis on which it is constructed and, therefore, the inadequacy of its regulatory system. In particular, the Author underlines how the set up scheme can be dysfunctional, as it involves the same perpetrators of the violation in the action of repressing the undeclared work of non-EU citizens in situation of irregularity.
Lavoro sommerso – Lavoro di immigrati – Immigrazione	Undeclared work – Migrants' work – Immigration

Sommario: 1. La direttiva 2009/52/CE e la fallace equazione tra “lavoro sommerso” e “immigrazione irregolare”. – 2. L'inopinato “coinvolgimento” nell'azione di repressione degli stessi autori della violazione. – 3. L'apparato sanzionatorio. – 3.1. ... il sub-sistema per le persone giuridiche. – 3.2. ...e la sua probabile ineffettività. – 4. Il sistema di responsabilità in materia di appalto.

1. La direttiva 2009/52/CE, recante “*Norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*”, si pone sulla linea di congiunzione tra contrasto al lavoro sommerso e contrasto all'immigrazione illegale, con l'esito di sommare (se non amplificare) gli errori che da tempo marcano le politiche comunitarie in entrambe queste aree.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

** Il presente saggio costituisce parte di un più ampio studio intitolato “*Appalto e impiego di immigrati irregolari: la solidarietà retributiva nei subappalti (DIR. 2009/52/CE)*” pubblicato in Garofalo D. (a cura di) *Appalti e lavoro*, in Mazzotta O. (diretta da) *Biblioteca di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2017.

Rinviando agli studi in materia¹ per l'analisi dell'inadeguatezza degli interventi comunitari in tali ambiti², è tuttavia necessario svolgere qualche rilievo sulle criticità che emergono dalla loro commistione.

Con la considerazione del lavoro prestato da cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, l'intervento UE nell'ambito del contrasto al lavoro sommerso³ passa dalle tecniche regolative di *soft law* abituali nella disciplina della materia⁴ a strumenti di *hard law*, adottati nel caso di specie in base all'articolo 63, paragrafo 3, lettera b), TCE (attualmente art. 79, par. 2, lett. c), TFUE)⁵.

Il *self restraint* che in precedenza le istituzioni comunitarie avevano dimostrato in tema di lavoro sommerso⁶ viene così meno quando questo riguardi extracomunitari irregolari, con il ricorso non solo a una normazione diretta (sebbene di armonizzazione minima), ma anche a uno spiegamento di misure sanzionatorie di carattere anche penale (in linea con la tradizionale azione dell'Unione nel campo del contrasto all'immigrazione irregolare – si veda, per gli immediati precedenti, la direttiva 2008/115/CE)⁷ –.

¹ In tema di lavoro sommerso vedi Bellavista, 2000; Sala Chiri, 2014; Peruzzi, 2015.

Sulle politiche comunitarie in materia di immigrazione si rinvia, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a Brollo, 2008; Mc Britton, 2015.

² Inadeguatezza che, quanto alle politiche di contrasto all'immigrazione irregolare, ha carattere strutturale, poiché, sebbene l'art. 79, TFUE, preveda che «L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani» (par. 1) e che «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: [...] immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare» (par. 2, lett. c), al contempo stabilisce che «Il presente articolo non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo» (par. 5).

Ne deriva che «è il singolo stato membro che determina le condizioni di regolarità o meno dello straniero che intenda lavorare sul suo territorio. Dunque la competenza stabilita al p. 2, lett. c), dello stesso art. 79, in rapporto al contrasto alla clandestinità, risulta monca poiché l'Unione non può intervenire sulle conseguenze delle normative statuali» (così Mc Britton, 2015, 59; in tema anche Calafà, 2013, 58, che sottolinea come, per tale *deficit* di competenze, non sia nemmeno proponibile «un progetto di regolazione generale dell'accesso uniforme al lavoro dei cittadini extra UE»).

Per una più ampia disamina di questa tematica, si rinvia ai contributi raccolti in Tursi, 2005.

³ Vedi il Preambolo della direttiva 2009/52/CE, *sub* 33): «La presente direttiva dovrebbe essere considerata complementare alle misure volte a contrastare il lavoro non dichiarato e lo sfruttamento». In argomento cfr le diverse valutazioni di Zoppoli L., 2008; Cellamare, 2011; Barbieri, 2010.

⁴ Espressamente su questi profili, Giaconi, 2016.

⁵ Che prevede, nell'ambito della politica comune dell'Unione diretta ad assicurare la gestione efficace dei flussi migratori, l'adozione di misure nel settore dell'«immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare».

⁶ V. per tutti Sala Chiri, 2014.

⁷ Sull'impiego di questo tipo di tecniche di repressione vedi Morgante, 2012.

La “sostituzione della politica con il mercato” che, come è stato autorevolmente rilevato⁸, viene attuata a livello comunitario generalmente attraverso tecniche di *soft law*, viene qui realizzata con una regolazione in senso proprio, ritenendosi che, poiché «l’obiettivo della direttiva, vale a dire combattere l’immigrazione illegale agendo contro il fattore di richiamo rappresentato dal lavoro, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni e degli effetti della presente direttiva, essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall’articolo 5 del Trattato» (così il *Preambolo*, sub 36).

Il collegamento stabilito dalla direttiva 2009/52/CE tra lavoro sommerso e immigrazione irregolare è tanto netto quanto erroneo.

Il problema del contrasto a questo tipo di immigrazione è affrontato sul piano dei rapporti di lavoro in base al presupposto che – come si legge ancora nel *Preambolo*, sub 2 – «un fattore fondamentale di richiamo dell’immigrazione illegale nell’Unione europea è la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo *status* giuridico richiesto. È quindi opportuno che l’azione contro l’immigrazione e il soggiorno illegali comporti misure per contrastare tale fattore di richiamo».

Sin dalla norma di apertura della direttiva, rubricata “*Oggetto e ambito di applicazione*”, si “proclama” quindi: «La presente direttiva vieta l’impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare al fine di contrastare l’immigrazione illegale. A tal fine essa stabilisce norme minime comuni relative a sanzioni e provvedimenti applicabili negli Stati membri nei confronti dei datori di lavoro che violano tale divieto» (art. 1).

È evidente come nella connessione stabilita tra lavoro sommerso e immigrazione irregolare si abbia una vera e propria inversione logica, atteso che questo tipo di lavoro è considerato «non come conseguenza delle restrizioni dell’accesso al mercato del lavoro derivanti da una politica dell’immigrazione troppo restrittiva, ma come causa del dilagare dell’immigrazione clandestina di paesi terzi»⁹.

Su tali premesse errate viene costruito, ovviamente, un apparato regolativo altrettanto errato.

⁸ Bin, 2009, 31 ss.

⁹ Barbieri, 2010, 87 ss., che ribadisce: «non appare colto il legame tra necessità di un accesso legale al mercato del lavoro molto più largo da parte dei cittadini dei paesi terzi e repressione del lavoro nero [...] non si coglie che è la forzata clandestinità dell’ingresso nei paesi comunitari a determinare il lavoro nero, non il contrario».

Sull’equazione tra lavoro illegale ed immigrazione irregolare posta a base della direttiva vedi anche Carosielli, 2015, 119.

2. L'obbligo per gli Stati membri di vietare «l'assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare»¹⁰ è posto in termini molto larghi dal paragrafo 1 dell'art. 3 (rubricato “*Divieto di assunzione illegale*”)¹¹, e viene specificato attraverso una serie di prescrizioni e sanzioni stabilite nelle norme successive.

Funzionale a tale azione di contrasto è, in primo luogo, l'imposizione in capo ai datori di lavoro¹² – che vengono “coinvolti” nell'azione di repressione – di una pluralità di obblighi (art. 4, par. 1), che vanno dalla verifica della regolarità del soggiorno del lavoratore extracomunitario – «chiedere che un cittadino di un paese terzo, prima di assumere l'impiego, possieda e presenti al datore di lavoro un permesso di soggiorno valido, o un'altra autorizzazione di soggiorno», «tenere, almeno per la durata dell'impiego, una copia o registrazione del permesso di soggiorno o altra autorizzazione di soggiorno a disposizione delle autorità competenti degli Stati membri, a fini di un'eventuale ispezione» –; alla notifica alle autorità preposte – «informare, entro un termine fissato da ciascuno Stato membro, le autorità competenti designate dagli Stati membri dell'inizio dell'impiego di un cittadino di un paese terzo»¹³ –.

L'assolvimento di tali obblighi rappresenta la condizione per l'esenzione da responsabilità (art. 4, par. 3)¹⁴ e, conseguentemente, dalle misure punitive disposte (*infra* par. 3).

Oltre che i datori di lavoro, nel contrasto al lavoro irregolare vengono “coinvolti” gli stessi lavoratori irregolari.

L'articolato sistema sanzionatorio è infatti corredato nell'impianto della direttiva da una serie di disposizioni – che dovrebbero essere dirette ad assicurarne l'effettività – che riguardano questi soggetti, quali la previsione di meccanismi volti a garantire che

¹⁰ La definizione di “cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare” è posta dalla stessa direttiva *sub* art. 2, lett. b): «cittadino di un paese terzo presente nel territorio di uno Stato membro che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di soggiorno o di residenza in tale Stato membro».

È stato osservato (Cannella, Favilli, 2011, 38) come la direttiva non prenda in considerazione l'impiego degli extracomunitari che, pur regolarmente soggiornanti, non hanno diritto di lavorare o hanno un limitato diritto di lavorare, situazioni che hanno una base giuridica diversa nel Trattato e dunque non possono trovare regolazione nella direttiva in commento.

¹¹ Salvo quanto previsto al paragrafo 3: «Uno Stato membro può decidere di non applicare il divieto di cui al paragrafo 1 ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare e il cui allontanamento è stato differito e che sono autorizzati a lavorare conformemente alla legislazione nazionale».

¹² Parimenti lata è la definizione di “datore di lavoro” posta all'art. 2, lett. e): «qualsiasi persona fisica o soggetto giuridico, comprese le agenzie interinali, per il cui conto o sotto la cui direzione e/o supervisione è assunto l'impiego».

¹³ Il paragrafo 2 della norma prevede la possibilità degli Stati membri di stabilire una procedura semplificata di notifica alle autorità competenti laddove i datori di lavoro siano persone fisiche e l'impiego sia a fini privati; e di non richiedere tale notifica qualora al lavoratore sia stato accordato uno *status* di soggiornante di lungo periodo ai sensi della direttiva 2003/109/CE.

¹⁴ Che stabilisce: «Gli Stati membri assicurano che i datori di lavoro che hanno assolto gli obblighi di cui al paragrafo 1 non siano ritenuti responsabili di una violazione del divieto di cui all'articolo 3 tranne nel caso in cui i datori di lavoro fossero a conoscenza del fatto che il documento presentato come permesso di soggiorno valido o altra autorizzazione di soggiorno era falso».

possano presentare denuncia nei confronti dei loro datori di lavoro (art. 13)¹⁵ e possano ricevere il pagamento delle retribuzioni arretrate anche in caso di rimpatrio volontario o forzato (art. 6, parr. 2, 4, 5)¹⁶.

Il sistema è chiaramente disfunzionale.

Quanto ai datori di lavoro, il ricorso al lavoro di stranieri irregolari non rappresenta il risultato (non voluto) di una carenza di informazioni sulla situazione del lavoratore, ma è nella quasi totalità dei casi il risultato di una scelta consapevole, di un calcolo economico “razionale” basato proprio sull’estrema debolezza contrattuale di questi soggetti (che ne consente il massimo sfruttamento).

Prevedere un così dettagliato apparato di obblighi per la verifica della regolarità della situazione del lavoratore¹⁷ è pertanto del tutto inutile, poiché il datore di lavoro che impiega stranieri irregolari “vuole” impiegare stranieri irregolari.

Quanto ai lavoratori, le previsioni comunitarie sono, se possibile, ancora più “scollegate” dalla realtà.

La direttiva 2009/52/CE va letta, infatti, insieme alla direttiva 2008/115/CE recante “*Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*”, e come questa ha quale risultato l’espulsione del cittadino extracomunitario.

¹⁵ La norma, rubricata “*Agevolazione delle denunce*”, dispone: «1. Gli Stati membri provvedono affinché siano disponibili meccanismi efficaci per consentire ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente di presentare denuncia nei confronti dei loro datori di lavoro, sia direttamente sia attraverso terzi designati dagli Stati membri, quali sindacati o altre associazioni o un’authority competente dello Stato membro, qualora previsto dalla legislazione nazionale. 2. Gli Stati membri provvedono affinché i terzi aventi, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, un interesse legittimo a garantire che la presente direttiva sia rispettata possano, per conto o a sostegno di un cittadino di un paese terzo assunto illegalmente, e con il suo consenso, avviare tutte le procedure amministrative o civili previste ai fini dell’applicazione della presente direttiva [...]».

¹⁶ L’art. 6 stabilisce: «[...] 2. Per assicurare la disponibilità di procedure efficaci di applicazione del paragrafo 1, lettere a) e c), e tenuto debitamente conto dell’articolo 13, gli Stati membri mettono in atto meccanismi volti a garantire che i cittadini di paesi terzi assunti illegalmente: a) possano presentare domanda, soggetta ad un termine di prescrizione stabilito dalla legislazione nazionale, e ottenere l’esecuzione di una sentenza nei confronti del datore di lavoro per ogni retribuzione arretrata, anche nei casi di rimpatrio volontario o forzato; o b) ove previsto dalla legislazione nazionale, possano chiedere all’authority competente dello Stato membro di avviare le procedure di recupero delle retribuzioni arretrate, senza che il cittadino di un paese terzo debba presentare domanda. I cittadini di paesi terzi assunti illegalmente sono informati sistematicamente e oggettivamente circa i loro diritti ai sensi del presente paragrafo e dell’articolo 13 prima dell’esecuzione di qualsiasi decisione di rimpatrio.

[...] 4. Gli Stati membri assicurano che siano posti in essere i meccanismi necessari a garantire che i cittadini di paesi terzi assunti illegalmente possano ricevere il pagamento di tutte le retribuzioni arretrate di cui al paragrafo 1, lettera a), che sono dovute in virtù delle domande di cui al paragrafo 2, anche nei casi di rimpatrio volontario o forzato.

5. Per quanto riguarda i casi in cui sono stati accordati permessi di soggiorno di durata limitata a norma dell’articolo 13, paragrafo 4, gli Stati membri definiscono ai sensi del diritto nazionale le condizioni che consentono l’estensione della durata di tali permessi fino a quando l’interessato non abbia ricevuto il pagamento di tutte le retribuzioni arretrate dovute ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo».

¹⁷ Previsione funzionale – sul piano formale – alla tipicità della sanzione penale stabilita per la sua violazione.

I sofisticati meccanismi che la direttiva prevede per la denuncia dei datori di lavoro sono quindi destinati a rimanere inoperanti, dato che il prezzo che dovrebbe pagare il lavoratore per avvalersene è quello dell'allontanamento¹⁸.

Nell'impianto di questa disciplina, peraltro, è assente (*recte* preclusa) qualsiasi forma di regolarizzazione che consenta al lavoratore di acquisire i titoli per il soggiorno legale, regolarizzazione che «non è stata prospettata dalla direttiva neppure come mera eventualità»¹⁹.

Il “disgraziato patto” tra sfruttato e sfruttatore per cui «la denuncia dell'illecito del secondo è destinata a produrre effetti negativi anche per il primo, in ragione della sua condizione di clandestinità»²⁰, e che costituisce una delle peggiori “trappole” dello sfruttamento della manodopera immigrata clandestina, sembra bellamente ignorato dal legislatore comunitario.

Né maggiore significato pratico hanno le previsioni relative al pagamento delle retribuzioni in caso di rimpatrio, subordinate alla presentazione di un improbabile ricorso prima dell'allontanamento²¹.

Queste disposizioni peraltro, al di là delle apparenze, non sono finalizzate alla tutela del lavoratore²², ma sono dirette (con la scarsa effettività facilmente prevedibile) a far emergere la situazione di lavoro irregolare che si vuole contrastare²³.

3. Per la violazione del divieto di assunzione di lavoratori irregolari così mirabilmente congegnato, la direttiva prevede – anche qui con un dispiegamento di

¹⁸ Salvo alcune ipotesi eccezionali nelle quali la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento o riguarda l'assunzione illegale di un minore (art. 9, paragrafo 1, lettere c) o e), per le quali l'art. 13, par. 4, stabilisce che «gli Stati membri definiscono ai sensi della legislazione nazionale le condizioni alle quali possono essere concessi, caso per caso, permessi di soggiorno di durata limitata, commisurata a quella dei relativi procedimenti nazionali, ai cittadini di paesi terzi implicati». In tema Paggi, 2012.

¹⁹ Chiaromonte, 2013, 68 ss.; Altimari, 2009, 618.

Sull'“isolamento istituzionale” del lavoratore extracomunitario che ne consegue, e segnatamente sull'impossibilità di questo di accedere a meccanismi di tutela dei propri diritti a causa della sua situazione di irregolarità, si rinvia a Carrera, Galossi, 2014.

²⁰ Così Esposito, 2012, 2.

²¹ La norma è riportata alla nota 16.

Si è rilevato (Chiaromonte, 2013, 66) come questa tutela per il lavoratore sia più apparente che reale, atteso che «per il lavoratore sarà praticamente impossibile ricevere quanto spettante prima dell'allontanamento. Il lavoratore può, difatti, presentare domanda per ottenere quanto dovuto, dopo di che sarà tenuto a entrare nel percorso, volontario o coatto, di allontanamento, secondo quanto previsto dalla direttiva n. 2008/115/CE».

Per queste osservazioni anche Gottardi, 2009, 526.

²² Barbieri, 2010, 92 ss., che sottolinea come nell'orizzonte della direttiva 2009/52/UE sia del tutto assente una considerazione delle norme dei Trattati a tutela del lavoro.

Piuttosto opinabile risulta, tanto considerato, l'affermazione di Chiaromonte, 2013, 65, per cui «la repressione dell'immigrazione clandestina finisc[e] per tutelare anche i lavoratori clandestini».

²³ Di fatto, l'unica misura che può avere effettività in questa azione di contrasto è quella relativa all'effettuazione di ispezioni efficaci e adeguate, effettuate sulla base di una valutazione dei rischi (art. 14).

mezzi che sarebbe stato degno di miglior causa – un articolato e vario apparato sanzionatorio.

Prima categoria di misure stabilite per la violazione del divieto *de quo* è rappresentata da sanzioni finanziarie, che, secondo l'art. 5, par. 1, devono essere «efficaci, proporzionate e dissuasive».

Si prevedono in particolare: «a) sanzioni finanziarie che aumentano a seconda del numero di cittadini di paesi terzi assunti illegalmente; e b) pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi assunti illegalmente, nei casi in cui siano effettuate procedure di rimpatrio» (art. 5, par. 2)²⁴, sanzioni che possono essere ridotte dagli Stati membri «nei casi in cui il datore di lavoro sia una persona fisica che impiega a fini privati un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare e non sussistano condizioni lavorative di particolare sfruttamento» (art. 5, par. 3).

Nell'ambito di misure *lato sensu* sanzionatorie di tipo finanziario rientrano anche quelle stabilite all'art. 6, che prevede la responsabilità del datore di lavoro per il pagamento di: «a) ogni retribuzione arretrata ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente [...]»²⁵; b) un importo pari a tutte le imposte e i contributi previdenziali che il datore di lavoro avrebbe pagato in caso di assunzione legale del cittadino di un paese terzo, incluse le penalità di mora e le relative sanzioni amministrative; c) se del caso, tutti i costi derivanti dal trasferimento delle retribuzioni arretrate al paese in cui il cittadino di un paese terzo assunto illegalmente ha fatto ritorno o è stato rimpatriato»²⁶.

Il costo del lavoratore impiegato illegalmente risulta in tal modo superiore a quello dei lavoratori regolari, con conseguente riduzione della “convenienza economica” all'utilizzo di questo²⁷.

Il quadro sanzionatorio è poi completato da una serie di “*Altre misure*”, disposte dall'art. 7, che ricomprendono: «a) esclusione dal beneficio di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, compresi i fondi dell'Unione europea gestiti dagli Stati membri, per un periodo fino a cinque anni; b) esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici definiti nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, per un periodo fino a cinque anni; c) rimborso di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, inclusi fondi dell'Unione europea gestiti dagli Stati membri, concessi al

²⁴ Si stabilisce inoltre che «Gli Stati membri possono invece decidere che le sanzioni finanziarie di cui alla lettera a) riflettano almeno i costi medi di rimpatrio».

²⁵ La disposizione precisa che «Il livello di remunerazione concordato è considerato pari almeno alla retribuzione prevista dalle leggi applicabili sui salari minimi, dai contratti collettivi o conformemente a una prassi consolidata nei relativi settori occupazionali, salvo prova contraria fornita dal datore di lavoro o dal lavoratore, nel rispetto, ove opportuno, delle disposizioni nazionali vincolanti in materia salariale».

²⁶ Per la quantificazione di tali importi si stabilisce, in relazione alle misure di cui alle lettere a) e b), una presunzione di «esistenza di un rapporto di lavoro di almeno tre mesi salvo prova contraria fornita, tra l'altro, dal datore di lavoro o dal lavoratore» (paragrafo 3).

²⁷ Barbieri, 2010, 94.

datore di lavoro fino a dodici mesi prima della constatazione dell'assunzione illegale; d) chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti in cui ha avuto luogo la violazione, o ritiro temporaneo o permanente della licenza d'esercizio dell'attività economica in questione, se giustificata dalla gravità della violazione»²⁸.

Queste ultime sanzioni hanno carattere eventuale²⁹ e possono giocare, per la loro gravità, un fondamentale ruolo di deterrenza³⁰.

Alle misure di tipo economico contemplate nelle norme che precedono si accompagnano sanzioni di tipo penale quando la violazione del divieto di assunzione illegale, oltre ad essere intenzionale, presenti determinate caratteristiche: «a) la violazione prosegue oppure è reiterata in modo persistente; b) la violazione riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; c) la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che, pur non essendo accusato o condannato per un reato di cui alla decisione quadro 2002/629/GAI, ricorre al lavoro o ai servizi di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani; e) la violazione riguarda l'assunzione illegale di un minore» (art. 9, rubricato «*Fattispecie di reato*»)³¹.

In queste ipotesi l'art. 10 prevede che i datori di lavoro siano punibili con sanzioni penali che, al pari di quelle finanziarie, devono essere «efficaci, proporzionate e dissuasive»³².

3.1. La direttiva 2009/52/CE stabilisce inoltre un sub-sistema sanzionatorio *ad hoc* per le persone giuridiche.

L'art. 11, relativo alla responsabilità di questi soggetti, dispone che «Gli Stati membri provvedono affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili del reato di cui all'articolo 9, quando è stato commesso a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che, agendo a titolo individuale o in quanto parte di un organo della persona giuridica, detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica, in virtù: a) del potere di rappresentanza della persona giuridica, b)

²⁸ Si dispone al paragrafo 2 che gli Stati membri possono decidere di non applicare le misure in esame laddove i datori di lavoro siano persone fisiche e l'impiego sia a fini privati.

²⁹ In apertura la norma recita: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché un datore di lavoro sia anche soggetto, *se del caso* [corsivo nostro], ai seguenti provvedimenti [...]».

³⁰ Chiaromonte, 2013, 67. Stesse considerazioni in Altimari, 2009, 622.

³¹ Il paragrafo 2 estende la platea dei soggetti punibili, sancendo che «Gli Stati membri provvedono affinché siano perseguibili penalmente l'istigazione, il favoreggiamento e la complicità a commettere intenzionalmente gli atti di cui all'articolo 1».

³² Il paragrafo 2 dell'art. 10 precisa: «A meno che ciò non sia precluso dai principi generali del diritto, le sanzioni penali di cui al presente articolo possono essere applicate ai sensi della legislazione nazionale fatte salve altre sanzioni o misure di natura non penale, e possono essere accompagnate dalla pubblicazione della decisione giudiziaria pertinente al caso».

dell'autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica; oppure c) dell'autorità di esercitare un controllo in seno alla persona giuridica» (par. 1).

Il paragrafo successivo della norma estende l'area di responsabilità della persona giuridica all'ipotesi in cui «la carenza di sorveglianza o di controllo da parte di un soggetto di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la commissione di un reato di cui all'articolo 9 a vantaggio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità».

Ratio di tali previsioni è l'inclusione nell'area di punibilità dei vari soggetti attraverso i quali ha esplicazione l'attività dell'ente, soggetti che, per altro verso, hanno una responsabilità penale concorrente³³.

Anche con riguardo alle sanzioni applicabili alle persone giuridiche – che si prevede espressamente possano ricomprendere «misure quali quelle di cui all'articolo 7» – l'art. 12 sancisce il loro carattere di efficacia, proporzionalità e dissuasività³⁴.

3.2. Il legislatore comunitario ripercorre, con la direttiva in commento, sentieri già battuti di repressione e punizione che, come è sotto gli occhi di tutti, non hanno portato da nessuna parte.

È stato da tempo osservato come i fenomeni migratori abbiano alla base un “differenziale di sviluppo economico e demografico” tra paesi di emigrazione e paesi europei che non è controllabile attraverso questo tipo di meccanismi: «ogni restrizione del numero dei permessi di soggiorno concedibili che si voglia porre nel sistema legale è una misura o ingenua (perché si ignora la reale portata del fenomeno) o ipocrita. Infatti, con simili misure, siamo in grado di restringere gli ingressi *legali*, non gli ingressi *reali*: insomma, se la gente muore di fame nel suo paese di origine, tenterà sempre di venire da noi [...]. Mille saranno respinti alla frontiera, altri mille riusciranno a passare. La restrizione degli ingressi legali, dunque, significa solamente l'esistenza sul nostro territorio di un congruo numero di lavoratori clandestini»³⁵.

Quando poi un fenomeno di così ampia portata venga affrontato, come nella direttiva, attraverso «lo strumento giuridico più repressivo, quale è il diritto penale», l'esito negativo è scontato, atteso che «più si inasprisce la sanzione penale, minore è la *chance* che sia applicata»³⁶

³³ Il paragrafo 3 dell'art. 11 stabilisce espressamente: «La responsabilità della persona giuridica ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude azioni penali nei confronti delle persone fisiche che commettano uno dei reati di cui all'articolo 9, istighino qualcuno a commetterli o vi concorrano».

³⁴ L'art. 12, par. 2, prevede inoltre che «Gli Stati membri possono decidere di rendere pubblico un elenco di datori di lavoro aventi personalità giuridica e dichiarati responsabili del reato di cui all'articolo 9».

³⁵ Così Garofalo M.G., 1991, 128, in relazione alle politiche nazionali che costituiscono il più eclatante risultato della politica comunitaria di limitazione all'accesso nell'area dell'Unione.

³⁶ Mc Britton, 2015, 596, 597.

4. L'appalto viene attratto nel complesso sistema di responsabilità e sanzioni prefigurato da questa normativa, allo scopo di estenderne la portata ai processi di esternalizzazione che attraverso tale strumento trovano realizzazione.

La disciplina stabilita al riguardo costituisce l'unica parte "plausibile" di una normativa che, come abbiamo visto nelle pagine che precedono, è del tutto disfunzionale.

Il fallace sistema di responsabilità prefigurato dalla direttiva 2009/52/CE, che coinvolge inopinatamente gli stessi soggetti (datori di lavoro e lavoratori) del lavoro irregolare nella sua repressione, diventa infatti per ovvie ragioni più "sensato" nel momento in cui riguardi terzi in una filiera contrattuale.

L'art. 8 della direttiva è specificamente dedicato al subappalto, uno degli strumenti giuridici *par excellence* per la realizzazione di processi di esternalizzazione, che viene così ricompreso nel circuito di responsabilità/ misure sanzionatorie delineato nelle disposizioni precedenti.

La previsione non è di poco conto ove si consideri che, fino a tempi recenti, le previsioni delle legislazioni di alcuni Stati membri in tema di responsabilità solidale sono state sottoposte «allo scrutinio della Corte di giustizia per gli effetti retributivi spiegati sull'esercizio della libertà di prestazione di servizi ex art. 56 TFUE, prima di essere presentate quale legittimo strumento di protezione dei crediti da lavoro maturati nel contesto di attività esternalizzate»³⁷.

La particolare diffusione di questo tipo di pratiche in alcuni dei settori interessati dalla direttiva, espressamente rilevata nel *Preambolo*³⁸, rende la

³⁷ Izzi, 2016, 37, 38, che richiama le sentenze Corte giustizia UE, sez. II, 12 ottobre 2004, n. 60 («È compatibile con l'art. 5 della direttiva 96/71/CEE una normativa nazionale, secondo la quale un'impresa edile che affida ad un'altra impresa l'esecuzione di lavori di costruzione risponde, in qualità di garante che ha rinunciato al beneficio d'escussione, per gli obblighi di tale impresa o di un subappaltatore relativi al pagamento del salario minimo ad un lavoratore o al pagamento di contributi ad un ente comune alle parti di un contratto collettivo, quando il salario minimo consiste nell'importo che deve essere pagato al lavoratore previa deduzione delle imposte e dei contributi previdenziali e di sostegno del lavoro o dei corrispondenti oneri di sicurezza sociale (salario netto), qualora la suddetta normativa non abbia quale scopo primario la tutela del salario del lavoratore o tale tutela costituisca solo uno scopo secondario di quest'ultima»); e Corte giustizia UE, sez. I, 9 novembre 2006, n. 433 («Disattende gli obblighi espressi dagli artt. 49 Ce e 50 Ce lo Stato membro che prescriva ai committenti ed agli imprenditori che si avvalgono di controparti contrattuali straniere non registrate presso le autorità del detto Stato membro a trattenere la quota del 15% dell'importo dovuto per i lavori effettuati e che imponga agli stessi committenti e imprenditori una responsabilità solidale per i debiti tributari di tali controparti. Invero, l'obbligo di trattenuta e la responsabilità solidale, benché si applichino indistintamente in caso di scelta di un prestatore non registrato, indipendentemente dal fatto che sia stabilito nello Stato membro di cui trattasi o in un altro Stato membro, configurano una restrizione alla libera prestazione dei servizi, dal momento che sono idonei a dissuadere i prestatori non registrati e non stabiliti nel detto Stato membro dall'accedere al mercato di tale Stato membro al fine di fornirvi servizi o a dissuadere i committenti e gli imprenditori dal ricorrere ai servizi di detti prestatori»).

³⁸ *Sub* 20: «Dato l'alto numero di subappalti in certi settori interessati, è opportuno garantire che almeno l'appaltante di cui il datore di lavoro è un diretto subappaltatore possa essere considerato responsabile del pagamento di sanzioni finanziarie congiuntamente al datore di lavoro o in sua vece. In casi specifici, altri appaltanti possono essere ritenuti responsabili del pagamento di sanzioni finanziarie

corresponsabilizzazione dell'intera catena contrattuale una *conditio sine qua non* per l'effettività della disciplina statuita.

La direttiva, posta all'art. 2, lett. f), la definizione di subappaltatore come «qualsiasi persona fisica o soggetto giuridico cui è affidata l'esecuzione di una parte o dell'insieme degli obblighi di un contratto già stipulato», stabilisce all'art. 8 un duplice regime per i soggetti di questo tipo di operazioni³⁹.

Il paragrafo 1 dispone: «Se il datore di lavoro è un subappaltatore e ferme restando le disposizioni di diritto nazionale riguardanti i diritti di contributo o di regresso o le disposizioni di diritto nazionale in materia di previdenza sociale, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché l'appaltante di cui il datore di lavoro è un subappaltatore diretto possa essere ritenuto responsabile, congiuntamente al datore di lavoro o in sua vece, del pagamento: a) delle sanzioni finanziarie irrogate ai sensi dell'articolo 5; e b) degli arretrati dovuti ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere a) e c), paragrafo 2 e paragrafo 3».

Nel caso di appaltatore di cui il datore di lavoro sia subappaltatore diretto, la responsabilità solidale per le sanzioni finanziarie stabilite per la violazione del divieto di assunzione illegale e per le retribuzioni arretrate (e i costi per il loro trasferimento in caso di rimpatrio) è quindi prevista *tout court*.

Differente è invece il trattamento disposto per l'imputazione di responsabilità all'appaltante principale e ai subappaltatori intermedi. Il paragrafo successivo dell'art. 8 stabilisce infatti che «Se il datore di lavoro è un subappaltatore, gli Stati membri provvedono affinché l'appaltante principale e tutti i subappaltatori intermedi, qualora sapessero che il subappaltatore datore di lavoro impiegava cittadini di paesi terzi il cui soggiorno era irregolare, possano essere ritenuti responsabili dei pagamenti di cui al paragrafo 1 congiuntamente al o al posto del subappaltatore datore di lavoro o dell'appaltante di cui il datore di lavoro è un subappaltatore diretto».

La possibilità di estendere la responsabilità all'intera catena dei soggetti coinvolti è dunque subordinata alla loro conoscenza/ conoscibilità dell'irregolare soggiorno del lavoratore extracomunitario, condizione poco perspicua e di difficile prova⁴⁰.

La disciplina *in subiecta materia* è completata poi dalla previsione di esonero da responsabilità per l'appaltante «che ha adempiuto ai suoi obblighi con la debita diligenza come previsto dalla legislazione nazionale» (art. 8, par. 3) e dall'attribuzione

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

³⁹ L'attuale formulazione dell'art. 8 ha una portata molto inferiore a quella della proposta presentata dalla Commissione, che prevedeva un sistema unitario per tutti i soggetti coinvolti nell'operazione di appalto, indipendentemente dalla conoscenza dello stato di irregolarità, e includente anche il pagamento delle voci di cui all'art. 6, par. 1, lett. b) («importo pari a tutte le imposte e i contributi previdenziali che il datore di lavoro avrebbe pagato in caso di assunzione legale del cittadino di un paese terzo, incluse le penalità di mora e le relative sanzioni amministrative»).

⁴⁰ Carosielli, 2015, 1199.

agli Stati membri della possibilità di prevedere «norme più rigorose in materia di responsabilità ai sensi del diritto nazionale» (art. 8, par. 4).

Riferimenti bibliografici

Altimari M. (2009). Sanzioni ai datori che impiegano cittadini non comunitari irregolari: osservazioni sulla direttiva 2009/52/ce. *Riv. crit. dir. lav.*, p. 611 ss.

Barbieri M. (2010). L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero. *Riv. it. dir. lav.*, p. 610 ss.

Bellavista A., (2000). *Il lavoro sommerso*. Torino: Giappichelli.

Bin R. (2009). Soft law, no law, in Somma A., a cura di, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*. Torino: Giappichelli, p. 31 ss.

Brollo M. (2008). Immigrazione e libertà di circolazione, in *Diritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*. Torino: Giappichelli, p. 163 ss.

Calafà L. (2013). *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*. Bologna: il Mulino.

Cannella G., Favilli C. (2011). La direttiva sulle sanzioni per l'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: contenuto ed effetti nell'ordinamento italiano. *Dir. imm. citt.*, p. 37 ss.

Carosielli G. (2015). La solidarietà retributiva nei subappalti introdotta dalla direttiva 2009/52/Ce: un'altra ipotesi di responsabilità?. *Dir. rel. ind.*, p. 1197 ss.

Carrera F., Galossi E. (2014). *Immigrazione e sindacato. Lavoro, cittadinanza e rappresentanza*. Roma: Ediesse.

Cellamare G. (2011). Diritto dell'Unione europea e lavoro degli extracomunitari irregolari. *Riv. giur. lav.*, p. 873 ss.

Chiaromonte W. (2013). *Lavoro e diritti sociali degli stranieri: il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*. Torino: Giappichelli.

Esposito M. (2012). Il contrasto al lavoro nero: discontinuità dei percorsi legislativi e cultura dei valori giuridici. *CRISEI Discussion Paper, n. 2*.

Garofalo M.G. (1991). Solidarietà, differenze, riunificazione del mondo del lavoro, in *Un progetto per il diritto del lavoro*. Roma: Ediesse, p. 121 ss.

Giacconi M. (2016). Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law. *Lav. dir.*, p. 439 ss.

Gottardi D. (2009). La normativa e le politiche europee recenti sull'immigrazione. Due volti o solo uno?. *Lav. dir.*, p. 517 ss.

Izzi D. (2016). La responsabilità solidale a tutela del lavoratore esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione europea. *Lav. dir.*, p. 35 ss.

Mc Britton M. (2015). Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa. in *Studi in Memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari: Cacucci, p. 593 ss.

Morgante G. (2012). Le "relazioni pericolose" tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea. *Leg. pen.*, p. 85 ss.

Paggi M. (2012). La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009. *Dir. imm. citt.*, p. 87 ss.

Peruzzi M. (2015). Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna dell'Unione europea. *Dir. lav. merc.*, p. 115 ss.

Sala Chiri M. (2014). (a cura di). *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro: le politiche di contrasto e di emersione: dal contesto internazionale a quello locale*, Napoli: Jovene.

Tursi A. (2005). (a cura di). *Lavoro e immigrazione*, Torino: Giappichelli.

Zoppoli L. (2008). Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni. *Riv. giur. lav.*, p. 81 ss.