



Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione

ESPULSIONI E TRATTENIMENTI ILLEGITTIMI NELLA REGOLARIZZAZIONE 2012

Premessa.

Il **d.lgs. 109/2012** – entrato in vigore il 9 agosto 2012 - attua la Direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Il nuovo strumento legislativo ha modificato l'art. 22 del TU d.lgs. 286/98 sanzionando con pene significative i datori di lavoro che occupano irregolarmente lavoratori stranieri privi di titolo di soggiorno, o il cui permesso è scaduto e non rinnovato nei termini di legge, revocato o annullato.

Il novellato art. 22, al comma 12 stabilisce che *“Il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato”*.

I successivi commi prevedono delle aggravanti e il comma 14-*quater* (norma che si può definire di chiusura del nuovo sistema sanzionatorio) stabilisce che *“Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-bis, è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6”*, così consentendo al lavoratore in condizioni di “particolare sfruttamento” di denunciare il datore di lavoro ed ottenere un permesso di soggiorno umanitario.

Nel nuovo sistema che intende reprimere il lavoro nero con cittadini stranieri in condizione di irregolarità si è, dunque, introdotta anche un'ipotesi di maggiore tutela del soggetto debole del rapporto – il lavoratore – consentendogli di affrancarsi dalla condizione di particolare sfruttamento lavorativo, acquisendo anche la regolarità del soggiorno.

1. Le espulsioni ed i trattenimenti nei CIE, disposti precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. 109/2012, cioè prima del 9 agosto 2012.

La questione che si intende qui affrontare riguarda l'interpretazione della disposizione transitoria contenuta nel citato d.lgs. 109/2012, con cui il legislatore ha inteso consentire, entro un periodo predefinito, la regolarizzazione dei rapporti di lavoro assumibili nell'ambito di applicazione del citato art. 22 comma 12.

All'art. 5 del dlgs citato è stato, infatti, prevista la possibilità, **a far data dal 15 settembre e sino al 15 ottobre**, per il datore di lavoro - che abbia alla proprie dipendenze già **nei 3 mesi precedenti** l'entrata in vigore della norma (e quindi a far data "almeno" dal 9 maggio 2012), un cittadino straniero privo di titolo di soggiorno - di "sanare" la propria posizione.

Una delle condizioni soggettive previste per il lavoratore straniero è la presenza ininterrotta in Italia "almeno dalla data del 31 dicembre 2011" (co. 1, primo capoverso), oltre all'assenza di cause ostative indicate nel comma 13.¹

Il procedimento amministrativo di emersione, è disciplinato, in concreto, dal decreto interministeriale del 7.9.2012, indicando l'art. 5 d.lgs. 109/2012 citato i soli requisiti soggettivi e le cause ostative.

Trattandosi di norma transitoria, l'art. 5 regola la condizione del lavoratore straniero nel periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore del decreto legislativo e la conclusione del procedimento di emersione, cercando di coniugare i principi che regolano la successione della legge nel tempo e l'effettività dello strumento di emersione e regolarizzazione offerto.

L'art. 5, co. 6 del d.lgs. 109/2012 stabilisce che "Dalla data di entrata in vigore del presente decreto fino alla conclusione del procedimento di cui al comma 1 del presente articolo, sono sospesi i procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore per le violazioni delle norme relative:

a) all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale, con esclusione di quelle di cui all'articolo 12 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni ed integrazioni;

b) al presente provvedimento e comunque all'impiego di lavoratori anche se rivestano carattere finanziario, fiscale, previdenziale o assistenziale."

La sospensione opera, dunque, per i procedimenti conseguenti alle denunce penali ex art. 22, co. 12 TU immigrazione d.lgs. 286/98, o agli accertamenti relativi alla mancata corresponsione dei contributi previdenziali ed assicurativi, per i procedimenti connessi a violazioni tributarie, così è anche per i procedimenti espulsivi per violazione delle norme in materia di ingresso e soggiorno.

I procedimenti presi in considerazione dalla norma non possono che essere quelli **già pendenti alla data del 9 agosto 2012**, giacchè non avrebbe senso stabilire *ex lege* la sospensione di un procedimento ancora non avviato).

Conseguentemente sono sospese *ex lege* anche le espulsioni fino a tale data emesse (per violazione delle norme in materia di ingresso e soggiorno), le quali sono ordinariamente disposte con accompagnamento immediato alla frontiera.

Nella prassi, una delle forme di esecuzione è, come noto, il trattenimento nei CIE disposto dal Questore, ex art. 14 TU 286/98.²

Ma se sono *ex lege* sospesi i procedimenti (anche) espulsivi sorti precedentemente a quella data, significa che i relativi decreti di espulsione sono inefficaci, cioè non possono essere eseguiti, fino alla conclusione del procedimento di emersione.

¹ Comma, il 13, che indica le cause ostative alla regolarizzazione, per il lavoratore straniero (avere subito un'espulsione per pericolosità sociale (art. 13, co. 2 lett c) TU 286/98, o per sospetta appartenenza ad organizzazioni terroristiche (art. 3 DL 144/2005, o per essere stati segnalati come inammissibili da uno dei Paesi aderenti alla Convenzione Schengen, o in caso di condanna per reati ex art. 380 c.p.p. o, nel caso di condanne ex art. 381 c.p.p., nel caso sia accertata la pericolosità sociale).

² La forma ordinaria del trattenimento viola, peraltro, di per sé le disposizioni della Direttiva 2008/115/CE, che impone di effettuare una approfondita verifica sulla concreta situazione in cui si trova lo straniero, al fine di applicare le misure meno afflittive possibili.

Essendo sospesa l'espulsione viene meno la *ratio* del trattenimento nei CIE, cioè l'esecuzione dei provvedimenti di allontanamento, con la conseguenza che i trattenimenti oggi in corso sono illegittimi perché privi di titolo o meglio perché esecutivi di provvedimenti *ex lege* sospesi.

Si ricorda, in proposito, che la Corte costituzionale, fin dalla sentenza n. 105/2001, ha affermato che “*Il decreto di espulsione con accompagnamento [...] rappresenta quindi il presupposto indefettibile della misura restrittiva*” del trattenimento (assoggettato a controllo giurisdizionale) e pertanto non può dubitarsi che, se sospeso il provvedimento espulsivo, il trattenimento non possa proseguire.

Esso, del resto, è misura che incide sulla libertà personale dello straniero e pertanto non può essere disposto al di fuori delle ipotesi previste dalla legge (art. 13 Cost.).

Pertanto, **a partire dal 9 agosto 2012, è illegittimo ogni trattenimento nei CIE, conseguente ad espulsione disposta per violazione delle norme in materia di ingresso e soggiorno** e che riguardi cittadini stranieri la cui presenza in Italia sia anteriore al 31 dicembre 2011.

Trattandosi di sospensione *ex lege*, **non è necessaria la proposizione di una domanda individuale** di cessazione del trattenimento, essendo dovere di ogni pubblica autorità eseguire ed applicare immediatamente il disposto normativo.

E' utile evidenziare che l'illegittimo trattenimento è foriero di ingiusti danni per la persona illegittimamente trattenuta e pertanto lo Stato potrà essere chiamato a rispondere del **risarcimento dei danni** subiti dagli stranieri per i quali non sia disposta l'immediata liberazione dai CIE, come già stabilito dalla Corte europea dei diritti umani nella sentenza 8.2.2011 – ricorso n. 12921/04 caso Seferovic c. Italia.

2. Le espulsioni ed i trattenimenti nel periodo tra il 9 agosto e il 15 ottobre 2012.

Come già evidenziato, l'art. 5 del d.lgs. 109/2012 è norma transitoria, che regola anche la condizione del lavoratore straniero nel periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore del decreto legislativo (9 agosto 2012) e la conclusione del procedimento di emersione, al fine di rendere effettivo lo strumento di emersione e regolarizzazione offerto.

Il comma 6 dell'art. 5 in questione, infatti, stabilisce che “**Dalla data di entrata in vigore del presente decreto fino alla conclusione del procedimento** di cui al comma 1 del presente articolo, **sono sospesi i procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore** per le violazioni delle norme relative:

a) **all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale**, con esclusione di quelle di cui all'articolo 12 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni ed integrazioni;

b) **al presente provvedimento e comunque all'impiego di lavoratori anche se rivestano carattere finanziario, fiscale, previdenziale o assistenziale.**”

La disposizione, si è già detto, ha riguardo ai procedimenti penali ed amministrativi già in corso, e quindi pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. 109/2012 (9 agosto 2012), per i quali dispone la sospensione.

Al successivo comma 11 del medesimo art. 5 d.lgs. 109/12 si afferma che “**Nelle more della definizione del procedimento di cui al presente articolo, lo straniero non può essere espulso, tranne che nei casi previsti al successivo comma 13**” riguardando, l'ultimo inciso, alle cause ostative alla regolarizzazione per i lavoratori stranieri.

La norma, dunque, pare disporre il divieto di espulsione solo per gli stranieri a favore dei quali il datore di lavoro abbia già presentato denuncia di regolarizzazione (si ricorda: nel periodo compreso tra il 15 settembre ed il 15 ottobre 2012) sino alla definizione del relativo procedimento .

Le due previsioni – comma 6 e comma 11 – sembrano, a prima vista, non considerare il periodo compreso tra la data di entrata in vigore del d.lgs. 109/2012 (9 agosto, di cui tratta il comma 6) e la data di presentazione della domanda di regolarizzazione (entro il 15 ottobre, di cui tratta il comma 11), in quanto il comma 6 sospende i procedimenti già in corso al 9 agosto 2012 e il comma 11 vieta le “nuove” espulsioni ma a partire dalla denuncia di emersione/regolarizzazione (che può essere fino al 15 ottobre).

Limitandosi ad una interpretazione letterale vi sarebbe una carenza di disciplina intertemporale. Il che, anche per la stessa natura delle norme transitorie, non può essere.

Ed infatti il quadro normativo sopra delineato, interpretato secondo **criteri di razionalità e di coerenza con le finalità perseguite dal legislatore**, oltre che di **non discriminazione** (art. 3 Cost.), porta inevitabilmente a concludere che **dall'entrata in vigore dell'art. 5 del d.lgs. 109/2012** – che attribuisce al datore di lavoro, e quindi al lavoratore straniero, la possibilità di regolarizzarsi – **sino al termine ultimo della presentazione della domanda ovvero sino al 15 ottobre 2012 sia inibito all'Amministrazione il potere espulsivo.**

Diversamente ragionando – ovverosia se si ritenesse possibile l'espulsione dello straniero nel periodo compreso tra il 9 agosto 2012 e la data di effettiva presentazione della domanda di regolarizzazione (comunque entro il 15 ottobre) – si concretizzerebbe una **violazione del principio di certezza delle situazioni giuridiche**, oltre a rendere un pessimo servizio alle ragioni di economia amministrativa e processuale, essendo già sospesi i provvedimenti espulsivi emessi precedentemente al 9 agosto 2012 (pertanto *ex lege* inefficaci e conseguentemente ineseguibili) ed essendo (ulteriormente) vietati quelli nuovi per coloro che sono parte del procedimento a seguito della presentazione della domanda di emersione e fino alla conclusione del procedimento.

Va ribadito che fino al 15 settembre non era possibile la presentazione della domanda di regolarizzazione.

Ritenere sussistente il potere espulsivo nel solo periodo compreso tra il 9 agosto 2012 e la data di effettiva presentazione della domanda di emersione impedirebbe in maniera del tutto casuale le regolarizzazioni di rapporti di lavoro già esistenti almeno dal 9 maggio e che devono perdurare fino alla data di presentazione della domanda di emersione stessa, così penalizzando sia i datori di lavoro che i lavoratori stranieri, per effetto di una espulsione casualmente disposta a carico di questi ultimi in occasione di controlli di polizia, altrettanto casuali.

Tutto ciò, sia utile ribadire, **nonostante le violazioni siano state certamente già realizzate dal datore di lavoro ed (eventualmente) anche dal lavoratore** (se privo di permesso di soggiorno; l'irregolarità del soggiorno non è comunque un presupposto della norma in esame, come ricordato anche dal Ministero dell'interno nella circolare prot. 0007569 del 12.9.2012).

Evidenti l'illegittima discriminazione (art. 3 della Costituzione) che una siffatta tesi indurrebbe, e la violazione dei principi di legalità e di certezza della legge, che devono assistere tutti i provvedimenti, legislativi ed amministrativi.

Tesi che contrasterebbe palesemente con la finalità perseguita dal legislatore, nell'art. 5 (Disposizioni transitorie), di consentire al datore di lavoro ed al lavoratore straniero di sanare le proprie irregolarità e/o illegalità, evitando ai primi le odierne gravi sanzioni, nel contempo apportando un beneficio allo Stato con il pagamento dei contributi previdenziali pregressi. A vantaggio, pertanto, anche dell'interesse pubblico generale e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

Ecco, pertanto, che la lettura razionale dell'intero art. 5 d.lgs. 109/2012 non può che condurre a ritenere **insussistente il potere espulsivo dello straniero (per violazioni delle norme in materia di ingresso e soggiorno) dal 9 agosto 2012 e fino al 15 ottobre ed anche oltre, nel caso la domanda di emersione sia presentata.**

In ossequio al disposto dell'art. 5 d.lgs. 109/2012 la carenza di potere è riferita agli stranieri la cui presenza in Italia sia almeno dal 31 dicembre 2011.

In tutti quei casi, è evidente che i **trattenimenti** esecutivi di espulsioni eventualmente disposte dal 9 agosto **sono da ritenersi illegittimi** perché emessi in esecuzione di provvedimenti di allontanamento coattivo nulli e/o illegittimi perché assunti in carenza di potere.

*

Per queste ragioni l'ASGI

chiede

- a) **che vengano immediatamente annullati e/o revocati , in autotutela, i decreti di espulsione disposti nei confronti dei cittadini stranieri, per violazione delle norme in materia di ingresso e soggiorno, a far data dal 9 agosto 2012,**
- b) **che vengano immediatamente rilasciati gli stranieri trattenuti nei CIE in esecuzioni di provvedimenti espulsivi, per violazione delle norme in materia di ingresso e soggiorno, emessi prima o successivamente al 9 agosto 2012, per tutti coloro la cui presenza sia anteriore al 31 dicembre 2011.**

Torino, 28 settembre 2012