

**Appunti per la giornata di formazione
“A,B,C... D come diritti” di Avvocato di strada
Venerdì 21 Settembre 2012**

**Il diritto del lavoro e la normativa sull’immigrazione:
dal recupero crediti per gli immigrati irregolari
all’accertamento di lavoro subordinato con ricorso
ex art. 700 c.p.c. in caso di permesso di soggiorno in scadenza**

Come noto, la nostra Repubblica tutela il lavoro in sé (art. 35, com. 1 Cost.), come valore fondante (art. 1 Cost.) e nel nostro ordinamento non sono previste differenze di tutela tra lavoratori assunti regolarmente e lavoratori assunti irregolarmente.

Ma cosa accade quando a denunciare un rapporto di lavoro irregolare è un extracomunitario privo di permesso di soggiorno?

E’ bene innanzitutto ricordare che la denuncia di un rapporto di lavoro irregolare non comporta la concessione del permesso di soggiorno per il lavoratore che ne è privo, a meno che la denuncia non riguardi uno sfruttamento che rasenta la riduzione in schiavitù e che è posto in essere da una organizzazione criminale. Solo in questo caso, l’art. 18 della legge n. 286/98 consente la concessione di un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale con la possibilità di esercitare attività lavorativa.

Tornando agli aspetti che riguardano più direttamente il diritto del lavoro, è opportuno ribadire che, **come sottolineato anche dalla suprema Corte, la pendenza di un rapporto di lavoro risulta svincolata dalla sussistenza o meno di un permesso di soggiorno in capo al lavoratore:** “il permesso di lavoro è richiesto non ai fini della validità del contratto, ma solo ai fini della sua efficacia. Nell’ipotesi, poi, in cui il contratto riceva di fatto esecuzione anche durante un periodo di carenza del permesso, sembra ipotizzabile l’applicabilità in via estensiva dell’art. 2126 cc (Cass. civ, Sez. Lav., 11/07/01 n. 9407)”.

L’immigrato irregolare che svolge attività lavorativa e non è retribuito può dunque agire giudizialmente per richiedere l’accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ed il pagamento delle somme a lui dovute in relazione al lavoro svolto.

Poiché però egli non potrà comparire né davanti alla direzione provinciale del lavoro né davanti al giudice, **perché correrebbe il pericolo di essere fermato ed espulso, è necessario che nomini un suo rappresentante**, mediante procura notarile, che lo rappresenti nelle varie fasi stragiudiziali e giudiziali.

Il rappresentante può essere identificato nel sindacalista che ha seguito la vicenda ed il costo della procura può essere molto ridotto mediante la stipula di convenzioni con uno o più notai.

Superato questo scoglio, la causa prosegue regolarmente, con qualche altro piccolo accorgimento.

I conteggi, per esempio, dovranno essere effettuati sulla base dei minimi tabellari del CCNL applicabile, ma la richiesta economica dovrà essere formulata anche ai sensi dell'art. 36 Cost. e 2099 c.c. perché tra le parti sicuramente non è stato stipulato alcun contratto scritto e non è dato sapere se il datore di lavoro è firmatario di contratti nazionali o aziendali.

E' inoltre consigliabile non richiedere il pagamento delle ore di straordinario in caso di straordinario discontinuo, a causa delle difficoltà che si incontrerebbero dal punto di vista probatorio; in questi casi è opportuno limitarsi, nella ricostruzione delle buste paga, e nella quantificazione della richiesta, alla retribuzione calcolata in base al numero di ore mensili standard previste dal CCNL di riferimento per quel tipo di attività.

Il presupposto per ottenere il pagamento della retribuzione dovuta in base al lavoro svolto è ovviamente l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Non essendovi normalmente nulla di scritto, assume fondamentale importanza la fase istruttoria ed in particolare l'interrogatorio formale del legale rappresentante della controparte e la **prova per testi**.

I testimoni, se stranieri, dovranno essere muniti di permesso di soggiorno anche perché, diversamente, non si presenterebbero a rendere la testimonianza per ovvi motivi.

In un recente caso affrontato dallo scrivente, due lavoratori stranieri hanno chiesto tutela nei confronti di un datore di lavoro che non aveva versato loro la retribuzione per il lavoro svolto.

Gli stranieri avevano lavorato in un cantiere edile ed erano gli unici presenti in quel cantiere, erano stati assunti verbalmente ed irregolarmente e solo uno dei due era in possesso di permesso di soggiorno.

Sulla base di questi presupposti è stato possibile tutelare giudizialmente solo il lavoratore privo di permesso soggiorno. Infatti solo lui avrebbe potuto dimostrare la sussistenza del rapporto sulla base della testimonianza del collega, mentre non avrebbe a sua volta potuto rendere testimonianza in favore del collega perché avrebbe corso il serio rischio di essere espulso.

Nelle cause di accertamento di rapporto di lavoro subordinato il giudice, se richiesto, può condannare il datore di lavoro anche al versamento della contribuzione, nonostante il richiedente sia straniero e privo di permesso di soggiorno.

In questi casi l'INPS deve aprire una posizione previdenziale in favore del ricorrente il cui ricorso sia stato accolto.

* * * * *

In alcuni casi è necessario procedere con molta celerità all'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Ciò avviene in particolare per i lavoratori stranieri, che sono oggi soggetti ad una normativa estremamente severa.

L'attuale legge "Bossi-Fini" fa dipendere la concessione di un permesso di soggiorno dall'esistenza o meno di un rapporto di lavoro e/o dalla dimostrazione di aver percepito un reddito negli anni precedenti al rinnovo.

Avvicinandosi la scadenza del permesso di soggiorno e non potendo dimostrare il requisito del reddito per aver lavorato "in nero", è interesse del lavoratore extracomunitario richiedere con urgenza l'accertamento di un pregresso rapporto di lavoro non regolarizzato, anche al fine di poter dimostrare di aver percepito un reddito, pur in mancanza di una regolarizzazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro.

Per questi motivi si è cercato in più luoghi, in Italia, di ottenere un'**ordinanza ex art. 700 c.p.c. (procedimento d'urgenza) di accertamento della sussistenza di lavoro subordinato**.

Con tre distinte ordinanze, anche diversamente motivate, il tribunale di Pisa in data 10.12.2002, il tribunale di Udine in data 24.10.2003 ed il tribunale di Genova in data 12.03.2003 emettevano ordinanza ex art. 700 c.p.c. con la quale accertavano la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra i ricorrenti (tutti stranieri non in regola) ed i rispettivi datori di lavoro.

Su istanza dello scrivente, anche il tribunale di Bologna si è pronunciato in due casi simili.

In ambedue i casi il rapporto di lavoro non era regolarizzato, essendo il ricorrente lavoratore extracomunitario sfornito di regolare permesso di soggiorno; per il proprio lavoro, il lavoratore percepiva unicamente acconti sulla retribuzione inferiori al trattamento minimo sindacale; il lavoro si svolgeva sotto la direzione ed il controllo del datore di lavoro che, presente sul luogo di lavoro, stabiliva le modalità della prestazione, specificando di volta in volta le mansioni che il ricorrente doveva svolgere.

Nel primo caso, con ordinanza del 24.09.2004 (r.g.l. n.1856/04 del tribunale di Bologna, sezione lavoro, giudice dott. Dallacasa), è stato deciso che: ".....le pronunce di accertamento sono in linea generale estranee al contenuto tipico di un provvedimento adottato ai sensi dell'art. 700 c.p.c., perché in relazione alla certezza delle situazioni giuridiche non si dà il requisito dell'urgenza. Tuttavia il ricorrente è attualmente privo di permesso di soggiorno e soggetto al pericolo di espulsione dal territorio dello Stato. Egli chiede urgentemente l'accertamento dei fatti dedotti, per poter instare l'autorità amministrativa al fine di ottenere il permesso di soggiorno temporaneo previsto dall'art. 22, c°11 d.lgs 286/98, ed in tal senso l'accertamento richiesto assume il carattere di un presupposto di una domanda amministrativa, e deve realizzarsi in tempo utile per la sua presentazione. La domanda è pertanto ammissibile. (...)

p.q.m.

dichiara che sussiste evidenza probatoria che tra le parti intercorse un rapporto di lavoro subordinato nei tre mesi anteriori la data di entrata in vigore del decreto riguardante la legalizzazione del lavoro irregolare di extra comunitari, e che xxxxxxx assunse l'impegno di stipulare con il ricorrente contratto di soggiorno per lavoro subordinato".

Nel secondo caso (ordinanza del 17.01.2005 r.g.l. n. 3030/04 del tribunale di Bologna, sezione lavoro, giudice dott. Marchesini), il giudice osservava che "dagli atti depositati è poi emerso che il

ricorrente è cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno e soggetto al pericolo di espulsione dal territorio dello Stato, e richiede l'accertamento urgente dei fatti dedotti al fine di adire l'autorità amministrativa, per ottenere il permesso di soggiorno infatti l'accertamento richiesto costituisce presupposto della domanda amministrativa e deve avvenire in tempo utile per la presentazione della domanda amministrativa medesima. **Sussiste pertanto anche il requisito del periculum in mora, posto che l'accertamento richiesto non sarebbe tempestivo, secondo gli ordinari tempi del giudizio ordinario, e l'espulsione dallo Stato italiano costituisce un pregiudizio grave, imminente e non riparabile posto che, una volta espulso dallo Stato italiano, il danno paventato sarebbe interamente consumato e non risarcibile in specifico.**

p.q.m.

il giudice del tribunale di Bologna in funzione di giudice del lavoro dichiara che tra xxxxxx e xxxxxx si è instaurato un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dal al..... e dichiara altresì il diritto di xxxxxxxxxxxx, in forza delle mansioni svolte nel corso del rapporto di lavoro, ad essere inquadrato nel 1° livello CCNL edilizia ed artigiani, ed a percepire il conseguente trattamento economico. Assegna alle parti il termine di gg. 30 per l'inizio del giudizio di merito.”

Con il presente intervento si è inteso fornire solo alcuni esempi delle possibili interazioni tra il diritto del lavoro e la normativa in materia di immigrazione.

Si è inoltre cercato di dare conto dei nuovi orientamenti assunti dalla giurisprudenza in materia, tenendo sempre presente che il compito dei giudici è quello di decidere le cause e scrivere le sentenze ma è compito degli avvocati stimolare e prospettare le soluzioni innovative su cui quelle decisioni si baseranno.

Ricapitolando:

- tutti coloro che lavorano hanno diritto alla retribuzione;
- anche chi è privo di permesso di soggiorno può agire per il riconoscimento dei suoi diritti;
- è possibile agire con procedimento d'urgenza nel caso in cui lo straniero rischia di perdere il permesso di soggiorno.

Avv. Antonio Mumolo