

Colf e badanti: gli adempimenti dopo la procedura di emersione

Virginio Villanova *Funzionario Direzione provinciale del lavoro di Lodi **



Analisi degli aspetti controversi che interessano il rapporto di lavoro e la condizione dello straniero all'indomani della chiusura della procedura di emersione di colf e badanti

La procedura di emersione di colf e badanti extracomunitarie consente, da un lato, di regolarizzare il rapporto di lavoro e, dall'altro, di sanare la condizione di clandestinità dello straniero. Tuttavia emergono alcuni aspetti controversi, spesso di non facile soluzione, che destano preoccupazione sia nei datori di lavoro, per le sanzioni penali e amministrative previste dalla legge, sia negli stranieri, per il rischio di essere coinvolti in una procedura di espulsione.

L'orario di lavoro minimo della badante

Un dubbio già emerso e che ha ricevuto adeguata attenzione riguarda l'orario di lavoro minimo settimanale che deve osservare la badante. Il riferimento contenuto nella lettera *f*) del comma 4 dell'art. 1-ter della legge 3 agosto 2009, n. 102⁽¹⁾, è chiaramente riferito ad una colf e non riguarda invece le badanti. Dal tenore letterale della norma, emerge chiaramente che per le badanti, la procedura di emersione non prevede un orario settimanale minimo. Tuttavia, come recentemente ricordato⁽²⁾, il modello ministeriale per l'invio della richiesta di emersione non consente di inserire un orario inferiore a venti ore settimanali anche quando la lavoratrice è una badante. Difatti si assiste alla previsione di un requisito minimo non richiesto dalla norma ma che viene imposto nei fatti da una rigidità del sistema telematico.

La comunicazione della disponibilità dell'alloggio

L'art. 7, comma 1, del Dlgs 25 luglio 1998 (Testo Unico sull'Immigrazione) prevede che chiunque

dia alloggio ovvero ospiti uno straniero o un apolide è tenuto a darne comunicazione, entro 48 ore, alla locale autorità di P.S. (Questura o Sindaco). Il Ministero dell'interno, inizialmente, aveva chiarito (faq n. 34) che le 48 ore per l'inoltro della comunicazione dovessero decorrere dalla data di presentazione della domanda di regolarizzazione e che la violazione dell'obbligo (faq n. 35) sarebbe stata punita con la sanzione da 160 a 1.100 euro. Sulla questione è comunque intervenuto ufficialmente il Ministero dell'interno con la circolare prot. 5714 del 15 settembre 2009 (di seguito riportata), ricordando che la procedura di sanatoria, ai sensi dell'art. 1-ter, comma 8, della legge n. 102/2009, determina la sospensione dei procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore straniero che svolga le attività lavorative per le quali è ammessa la regolarizzazione del rapporto di lavoro per tutto il periodo di emersione. Inoltre la circolare ribadisce che il buon esito della procedura deter-

mina l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi relativi alle violazioni delle norme concernenti l'ingresso e il soggiorno.

Pertanto vengono invitate le Questure a trovare canali di comunicazione che facilitino l'assolvimento dell'obbligo da parte del datore o, in alternativa, dell'ospitante, fermo restando che

l'esito positivo dell'istruttoria rende non sanzionabile la violazione (o meglio non è più sanzionata la mancata comunicazione). Al riguardo si ricorda che la comunicazione non è più richiesta al datore che assume lo straniero senza garantire la condizione di convivenza, stante l'abrogazione dell'obbligo intervenuta ad opera dell'art. 4-bis, Dlgs 21.4.2000, n. 181, come modificato dall'art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 296, con decorrenza dal 1° gennaio 2007⁽³⁾.

L'orario di lavoro minimo settimanale riguarda esclusivamente la colf

* Il presente contributo è frutto esclusivo dell'Autore e non vincola in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

- (1) «(...) e che in caso di lavoro domestico di sostegno al lavoro familiare, l'orario lavorativo non è inferiore a quello stabilito dall'articolo 30-bis, comma 3, lettera c) del regolamento di cui al Dpr 31 agosto 1999, n. 394» (20 ore settimanali, n.d.A).
- (2) Si veda *Il Sole 24Ore* del 24 settembre scorso pag. 31, Bradaschia-Siracusano.
- (3) Si segnala che, sul sito del Ministero dell'interno, la nota esplicativa di accompagnamento alla circolare n. 5714 del 15

Dichiarazione di ospitalità nei confronti dei cittadini stranieri da regolarizzare

MINISTERO DELL'INTERNO - CIRCOLARE 15 SETTEMBRE 2009, PROT. 5714

Oggetto: Emersione lavoro irregolare nell'attività di assistenza e di sostegno alle famiglie. Dichiarazione di ospitalità ex art. 7 - Dlgs n. 286/1998 e successive modifiche ed integrazioni.

Sono pervenute numerose segnalazioni relative alla contestazione della violazione amministrativa prevista dal comma 2-*bis*, art. 7, del Tu immigrazione, nei confronti dei datori di lavoro, che si recano presso gli Uffici di Polizia per effettuare la dichiarazione di ospitalità nei confronti dei cittadini stranieri da regolarizzare ai sensi del decreto legge n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102.

Al riguardo, si ricorda che l'art. 1-*ter*, comma 8, della suddetta legge, prevede la sospensione dei procedimenti penali ed amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore straniero, che svolge le attività lavorative per le quali è ammessa la regolarizzazione del relativo rapporto di lavoro, per tutto il periodo di durata della procedura di emersione.

Pertanto, si ritiene che in attesa della definizione della procedura di regolarizzazione non può essere contestata l'infrazione *de quo* e che in caso di esito positivo della stessa si verifichi il previsto effetto estintivo dei reati e degli illeciti amministrativi relativi alle violazioni delle norme concernenti l'ingresso ed il soggiorno.

Quanto alle modalità di presentazione della dichiarazione di cui trattasi nulla si dice nella legge, limitandosi soltanto a sancire l'obbligo per il datore di lavoro di «darne comunicazione scritta, entro quarantotto ore, all'autorità di pubblica sicurezza».

Ne discende che appare conforme al dettato legislativo la comunicazione effettuata con lettera inoltrata tramite il servizio postale oppure via fax, senza escludere l'adozione da parte di codeste Questure di eventuali iniziative tese ad agevolare l'utenza in considerazione delle procedure di regolarizzazione in corso. Resta inteso che sarà cura dell'interessato adottare tutte le cautele necessarie per dimostrare l'assolvimento dell'obbligo di legge, ad esempio munendosi dell'avviso di ricevimento in caso di utilizzazione del servizio postale.

Occorre segnalare che, nell'ipotesi in cui il soggetto che fornisce l'alloggio non sia il datore di lavoro, la situazione di quest'ultimo resta comunque legata al buon esito della procedura di regolarizzazione ai fini dell'estinzione delle sanzioni amministrative. A titolo di esempio, si pensi al caso in cui la pratica di regolarizzazione non venga ritenuta ammissibile perché priva di un elemento essenziale (il datore di lavoro straniero non ha la carta di soggiorno) o venga rigettata per un qualsiasi altro motivo (ad esempio il reddito del datore di lavoro non è adeguato). In questi casi, la situazione di irregolarità di chi fornisce l'alloggio non sarebbe più coperta dallo scudo della sanatoria senza che l'interessato (che è diverso dal datore di lavoro) ne possa venire a conoscenza ed assumere i provvedimenti conseguenti (inviare la comunicazione).

Sarebbe opportuno, a parere di chi scrive, che gli Sportelli unici si facessero carico di comunicare anche al soggetto che fornisce l'alloggio l'archiviazione o il rigetto dell'istanza di regolarizzazione che interessano le colf e le bandanti non convi-

venti con il datore di lavoro. In questo caso l'interessato avrebbe non solo la possibilità di adempiere all'obbligo di comunicazione previsto dalla legge, ma anche di valutare la propria posizione in merito al nuovo reato a carico di chi fornisce un alloggio (a titolo oneroso e ricavandone un ingiusto profitto) ad uno straniero privo del permesso di soggiorno⁽⁴⁾.

Illeciti amministrativi e violazioni penali

Al buon esito della domanda è legata, come detto, l'estinzione degli illeciti amministrativi e delle violazioni penali al rapporto di lavoro non denunciato e al soggiorno irregolare dello straniero. Al riguardo, si ricorda che l'art. 22, comma 12, Tu Immigrazione, punisce il datore di lavoro che occupi uno straniero privo del permesso di soggiorno con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5 mila euro per ogni lavoratore irregolarmente occupato.

Unitamente alla sanzione penale, a carico del datore è prevista anche una sanzione amministrativa

settembre 2009 riporta ancora il vecchio testo dell'art. 7 con la previsione dell'obbligo di comunicazione anche a carico di chi assume uno straniero senza fornire l'alloggio.

(4) Art. 12, comma 5-*bis*, Dlgs n. 286/1998 come modificato dal Dl n. 92/2008 convertito in legge n. 125/2008 e dalla legge n. 94/2009.

Procedura di emersione e conseguenze sanzionatorie

Il datore presenta la richiesta di emersione



Sono sospesi i procedimenti penali e amministrativi a carico del datore e il lavoratore è inespellibile



Con la firma del contratto di soggiorno e l'invio dell'assunzione all'Inps



Si estinguono i procedimenti penali e amministrativi a carico del datore



Il lavoratore può richiedere il permesso di soggiorno

(maxi sanzione per lavoro nero) per un importo che va da 1.500 a 12.000 euro (3 mila euro è la sanzione in misura ridotta) a cui si aggiunge una sanzione in misura fissa di 150 euro per ogni giornata d'impiego irregolare, oltre naturalmente alla sanzione prevista per il mancato versamento dei contributi (3 mila euro).

Le altre sanzioni amministrative (mancata comunicazione di assunzione ecc.) sono tutte assorbite dalla violazione penale legata all'impiego irregolare dello straniero.

Rigetto della domanda e conseguenze sanzionatorie

La sospensione dei procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore cessa alla data di archiviazione del procedimento o di rigetto della dichiarazione medesima⁽⁵⁾.

Al riguardo il Ministero dell'interno, con la faq n. 61, precisa che l'eventuale rigetto della domanda, in presenza di cause ostative legate alla posizione personale del lavoratore (per precedenti condanne) sono difficilmente conoscibili al datore di lavoro che ha presentato la domanda di emersione e pertanto «non portano ad alcuna responsabilità in capo al datore stesso». Responsabilità che emerge qualora il datore di lavoro mantiene il rapporto

irregolare, successivamente alla notifica del provvedimento di rigetto.

In realtà il comma 11 dell'art. 1-ter della legge n. 102/2009 prevede la presenza di specifiche condizioni per l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi previsti per l'irregolare rapporto di lavoro:

1. sottoscrizione del contratto di soggiorno presso lo Sportello Unico per l'Immigrazione;
2. comunicazione all'Inps dell'assunzione;
3. rilascio del permesso di soggiorno allo straniero.

La buona fede del datore di lavoro non può essere considerata una causa dirimente della responsabilità penale e amministrativa prevista dalla legge, in assenza delle condizioni richieste dal comma 11 sopra citato, senza le quali si dovrebbe procedere comunque all'adozione dei provvedimenti conseguenti da parte delle Amministrazioni coinvolte.

Ragioni di buon senso e di equità spingono a ritenere doveroso sollevare l'ignaro datore di lavoro dalle pesanti responsabilità amministrative e penali qualora non venga provato un intento fraudolento nel violare la norma.

Mancata presentazione allo Sportello Unico

La mancata presentazione delle parti allo Sportello per l'Immigrazione, senza giustificato motivo, comporta l'archiviazione del procedimento, con le conseguenze già viste in termini sanzionatori.

(5) Comma 9, art. 1-ter, legge n. 102/2008.

Ma cosa succede se l'assenza riguarda il solo datore di lavoro o se lo straniero si rende irreperibile perché spaventato dal rischio di una (eventuale) espulsione?

In questo caso, non si registrerebbe la presenza degli effetti estintivi legati alla firma del contratto di soggiorno e alla comunicazione di assunzione all'Inps, e sarebbe comunque troppo oneroso per una parte pensare di porre anche a suo carico le conseguenze derivanti dal comportamento adottato dall'altra parte nell'ambito della procedura di emersione.

In questo caso, non dovrebbe essere posta a carico del datore di lavoro la scelta del lavoratore di non presentarsi alla firma del contratto di soggiorno perché, ad esempio, lo straniero decide di abbandonare il posto di lavoro e di rendersi, magari, irreperibile.

Allo stesso modo, anche se appare di più difficile realizzazione, la scelta del datore di non presentarsi alla firma del contratto di soggiorno non dovrebbe danneggiare lo straniero al punto da vedersi contestato il reato di clandestinità.

Morte del datore di lavoro

Il fenomeno purtroppo potrebbe essere non infrequente per la categoria delle badanti. In questo caso il Ministero dell'interno, nella faq n. 43, chiarisce che la morte della persona badata comporta l'archiviazione del procedimento, ferma la possibilità per i familiari del deceduto di subentrare nell'assunzione.

In questo caso il datore di lavoro subentrante è tenuto ad informare lo Sportello Unico per l'Immigrazione perché possa procedere alla sostituzione al fine di consentire allo straniero l'ottenimento del permesso di soggiorno.

La morte del datore di lavoro comporta l'estinzione delle sanzioni penali e amministrative, secondo il principio della responsabilità personale propria del diritto penale e secondo le disposizioni contenute nella legge n. 689/1981 sulla contestazione dell'illecito amministrativo.

Resterebbe fuori dallo scudo l'ipotesi del datore di lavoro familiare della persona badata. In questo caso la morte del badato dovrebbe comportare, quanto meno, una variazione delle mansioni della lavoratrice (da badante a colf) ferma re-

stando, a parere di chi scrive, la possibilità per il datore di interrompere il rapporto di lavoro per giusta causa.

La situazione, come sopra rappresentata, necessiterebbe comunque di un chiarimento del Ministero dell'interno, anche sulla scorta di quanto detto sull'effetto estintivo delle violazioni penali e amministrative e anche per trovare una soluzione che comunque consenta all'incolpevole lavoratore di ottenere il permesso di soggiorno.

Dimissioni e licenziamento

Il requisito per la presentazione della dichiarazione di emersione è (che) «i datori di lavoro occupino lo straniero comunque presente sul territorio nazionale da almeno tre mesi (1° aprile-30 giugno 2009) e continuano ad occuparlo alla data di presentazione della dichiarazione di emersione (scadenza 30 settembre 2009)»⁽⁶⁾.

Attorno al significato dell'espressione «*continuano ad occuparlo*» ruota un po' tutto il discorso legato alla sussistenza del rapporto di lavoro all'atto della firma del contratto di soggiorno.

Secondo una prima interpretazione, il requisito della vigenza del rapporto di lavoro dovrebbe sussistere almeno fino alla data della presentazione della dichiarazione di emersione, legittimando l'eventuale interruzione del rapporto di lavoro nelle more della convocazione dello Sportello Unico. L'interruzione del rapporto di lavoro

non sarebbe di ostacolo alla firma del contratto di soggiorno, il quale andrebbe a regolare un rapporto a cui è stato già dato corso e che viene denunciato con la dichiarazione di emersione.

Secondo questa interpretazione, la firma del contratto di soggiorno sarebbe solo strumentale all'ottenimen-

to del permesso di soggiorno per lavoro, come previsto dall'art. 5, comma 3-*bis*, Dlgs n. 286/1998⁽⁷⁾, secondo una posizione assunta dal Ministero dell'interno (si veda al riguardo la nota n. 2768 del 25 ottobre 2005). Tali disposizioni esentano dalla firma del contratto di soggiorno gli stranieri in possesso di un permesso di soggiorno diverso da quello per motivi di lavoro subordinato ma che comunque consente lo svolgimento di attività lavorativa (studio, ricongiungimento familiare, asilo politico, ecc.).

In questa ottica può essere «compresa» l'indica-

La morte della persona badata comporta l'archiviazione del procedimento

(6) Comma 1, art. 1-*ter*.

(7) Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro è rilasciato a seguito della stipula del contratto di soggiorno.

Golf e badanti: rapporto di lavoro non ancora formalizzato e diritto a retribuzione, ferie e permessi

MINISTERO DEL LAVORO - DIREZIONE GENERALE IMMIGRAZIONE - RISPOSTA VIA E-MAIL 29 SETTEMBRE 2009

In riscontro alla richiesta di informazioni che è stata sottoposta, si ritiene opportuno segnalare che al termine del procedimento di emersione del lavoro irregolare di colf e badanti, con esito positivo, entrambe le parti (datore di lavoro e lavoratore) saranno convocate presso lo Sportello Unico per l'immigrazione competente per territorio provinciale di svolgimento dell'attività lavorativa ai fini della sottoscrizione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato da parte del datore di lavoro e del lavoratore. In quella circostanza, verrà effettuata dal datore di lavoro anche la comunicazione obbligatoria di assunzione all'Inps, mentre al lavoratore straniero sarà consegnato il modello 209 da presentare per la richiesta di permesso di soggiorno, con le consuete modalità, all'Ufficio Postale, per la trasmissione alla Questura competente per territorio provinciale di residenza del lavoratore straniero.

Come indicato nella circolare Inps n. 101 in data 10 agosto 2009, il pagamento del contributo forfetario di 500 euro previsto per la dichiarazione di emersione del lavoro irregolare di colf e badanti è destinato per una parte a coprire sotto il profilo previdenziale ed assistenziale il periodo di lavoro aprile-giugno 2009 (2° semestre 2009). Naturalmente, in corrispondenza della conclusione positiva della procedura di emersione e della sottoscrizione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, per l'effettiva regolarizzazione del rapporto di lavoro dovranno essere versati all'Inps anche i contributi per gli altri periodi (sia di quelli antecedenti al 1° aprile 2009, se si tratta di rapporti di lavoro instaurati da oltre tre mesi prima del 30 giugno 2009; sia di quelli successivi al 30 giugno 2009 fino al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato).

Una volta definito il procedimento di emersione, l'Inps provvede ad aprire una posizione assicurativa a favore del lavoratore domestico e il datore di lavoro è tenuto al pagamento dei contributi per i periodi di lavoro successivi al 30.6.2009, nella misura e in relazione, in particolare, all'orario di lavoro e alla retribuzione mensile o oraria indicati nella dichiarazione, secondo le norme di carattere generale (circolare Inps n. 20 del 17.2.2009). Per facilitare il pagamento dei contributi, saranno inviati al datore di lavoro dei bollettini di conto corrente postale già compilati in base alle informazioni acquisite, oltre a bollettini in bianco.

Da quanto sopra, si evince chiaramente che a partire dal momento in cui viene presentata la dichiarazione di emersione del lavoro irregolare, anche se il rapporto di lavoro non è ancora pienamente formalizzato il datore di lavoro si impegna ad osservare gli obblighi derivanti dalla legge e deve corrispondere al lavoratore straniero le retribuzioni previste dal Ccnl a seconda del livello di inquadramento, dell'orario di lavoro e delle mansioni, come pure riconoscere tutti gli altri diritti del lavoratore (ferie, permessi, ecc.).

Tanto più che, una volta «regolarizzato» il lavoratore straniero potrebbe appunto richiedere il pagamento delle retribuzioni non corrisposte, delle ferie non godute ecc.

zione di far presentare la domanda di emersione (vedi faq n. 40) anche agli stranieri regolarmente presenti in Italia ed in possesso di un permesso di soggiorno (studio, protezione sussidiaria, ecc.) che consente lo svolgimento di attività lavorativa (senza dover firmare il contratto di soggiorno) ma che non garantisce il diritto al rinnovo del permesso di soggiorno.

L'altra corrente di pensiero⁽⁸⁾ prevede che il buon esito della regolarizzazione sia legato alla sussistenza del rapporto di lavoro fino alla data di sottoscrizione del contratto di soggiorno presso la Prefettura.

Questa seconda posizione, forse più aderente al senso della sottoscrizione del contratto di soggiorno, determinerebbe un legame forzato tra datore e lavoratore che dovrebbe resistere, pena l'applicazione delle misure sanzionatorie previste, anche di fronte a situazioni così gravi da prevedere la risoluzione per giusta causa del rapporto di lavoro. Il datore di lavoro avrebbe quindi un ingiusto limite nell'interrompere il rapporto di lavoro quando si verificano ipotesi che non rendono più utile la prestazione (trasferimento della persona badata in una casa di cura o in un centro di lunga degenza) così come il lavoratore si troverebbe a dover subire ogni situazione di costrizione (mancato pagamento della retribuzione, retribuzione inferiore al contratto collettivo, minacce, orario di lavoro superiore ai limiti contrattuali o di legge, ecc.) per il timore di veder sfumare l'agognato permesso di soggiorno.

(8) Si veda *Il Sole 24Ore* del 15 settembre nella risposta a quesito dalla Fondazione Studi dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro.

Status dello straniero dopo l'invio della dichiarazione di emersione

Il datore è tenuto a consegnare copia della dichiarazione di emersione allo straniero. Il documento giustifica la presenza dello straniero sul territorio nazionale in attesa della definizione della procedura di emersione, determinando, come ricorda la legge, una condizione di inespellibilità. Lo straniero in attesa della convocazione dello Sportello Unico potrà accedere alle cure sanitarie, potrà circolare liberamente all'interno del territorio nazionale, potrà far valere i propri diritti derivanti dal rapporto di lavoro (diritto alla retribuzione, alle ferie, al riposo) secondo il rapporto di lavoro denunciato nella dichiarazione di emersione o che si realizza nei fatti. In tal senso deve essere vista anche la risposta fornita dalla Direzione generale dell'Immigrazione del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (v. box a pag. 25), ad un quesito presentato da un consulente del lavoro sul rapporto tra regolarizzazione della badante e diritto alla retribuzione, alle ferie e ai permessi. Viene ribadito dal Ministero di via Flavia che, anche nelle more della regolarizzazione del rapporto di lavoro, il datore è tenuto ad osservare gli obblighi derivanti dalla legge e deve corrispondere allo straniero la retribuzione prevista dal Cnl a seconda del livello d'inquadramento, dell'orario di lavoro e delle mansioni, come pure riconoscere tutti gli altri diritti del lavoratore (ferie, permessi, ecc.). La sua posizione rimane naturalmente condizionata dal buon esito della procedura di emersione che arriva a compimento con la richiesta del permesso di soggiorno.

Variazioni rapporto di lavoro

Non sembrano esservi ostacoli alla modifica in

aumento o in diminuzione dell'orario di lavoro in attesa della chiamata dello Sportello Unico. Forse l'unico limite (inferiore) sarebbe dato dalle venti ore settimanali previste per le colf per non determinare una condizione di particolare difficoltà dello straniero presente sul territorio nazionale.

Cambio datore di lavoro domestico o di attività

In attesa della chiamata dello Sportello Unico, il lavoratore non può cambiare datore di lavoro né tanto meno farsi carico di altri rapporti di lavoro domestico, in quanto la ricevuta di invio della domanda di emersione non consente di intrattenere altri rapporti di lavoro rispetto a quello denunciato. Una situazione un po' diversa si verifica nel momento in cui lo straniero presenta la richiesta di permesso di soggiorno. In attesa del rilascio del (primo) permesso di soggiorno, la posizione di questo lavoratore potrebbe essere equiparata a quella dello straniero che richiede per la prima volta il permesso per motivi di lavoro.

A questi lavoratori viene consentito di intraprendere altri rapporti di lavoro a condizione che venga data esecuzione

al rapporto di lavoro che ha giustificato l'ingresso in Italia.

Questa condizione è sicuramente verificata nell'ipotesi in questione in quanto costituisce un presupposto della procedura di emersione e viene altresì sanata con la comunicazione all'Inps del rapporto di lavoro.

Sulla base di tali considerazioni, a parere di chi scrive, si ritiene che lo straniero che ha fatto domanda di permesso di soggiorno (tramite kit postale) possa legittimamente concludere altri rapporti di lavoro, anche di tipo non domestico, tenuto conto che il permesso richiesto consente tutte le attività lavorative di lavoro subordinato.

Retribuzione, ferie e permessi anche nelle more della regolarizzazione