

**temilavoro.it**

| volume 7, n. 1 del 2015 |

**sinossi internet di diritto del lavoro e della sicurezza sociale
internet synopsis of labour law and social security law**

Immigrati e diritti sociali (Migrants and social rights)

DI ALESSANDRO GARILLI

Abstract - *The paper proposes a critical view of the most actual problems concerning social protection of migrant people. On the one hand, it presents the in force legal framework; on the other hand, it examines the most relevant judgements on both equality and non discrimination principles, to compare them with the several immigrant's status. Eventually, due to EU budget limits laid down by Commission, it deal with the main question of relationship between conditionality of social protections and budget balance..*

Table of contents – 1. Introduction. – 2. International sources. – 3. EU Dir. n. 43/2000 and D.lgs. n. 286/1998. – 4. Internal and external migrants. – 5. Follow: non-EU migrants . – 6. Regular migrants and social assistance: conventionalities and budget balance.

Keywords: Migration; labour; equality; social rights; multilevel protections; EU governance.

Riassunto - *Il saggio analizza in chiave critica i problemi più attuali della protezione sociale degli immigrati. Dopo avere ricostruito il quadro normativo attualmente vigente, l'A. esamina le pronunce giurisprudenziali più significative in materia di parità di trattamento e divieto di discriminazione, valutandone l'impatto con riferimento ai diversi status di immigrato. L'ultima parte è dedicata alla questione della condizionalità delle prestazioni di assistenza sociale a causa dei vincoli di bilancio imposti agli Stati dalla nuova governance europea..*

Sommario – 1. Introduzione. – 2. Le fonti di diritto internazionale. – 3. La Direttiva n. 43/2000 U.E. e il D.lgs. n. 286/1998. – 4. Le diverse categorie di immigrati: gli immigrati interni. – 5. Segue: gli immigrati extracomunitari. – 6. Immigrati regolari e assistenza sociale: principio di condizionalità e vincoli di bilancio.

Keyword: Immigrazione; lavoro; parità di trattamento; diritti sociali; tutele multilivello; condizionalità; governance europea.

Bibliografia – Ambrosini M., Berti F., *Immigrazione e lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 2003; Barbera M., *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, in Paciotti E.(ed.), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, Viella, 2011; Barbera M. (ed.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007; Barbera M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 399 ss.; Bonetti P., *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Sezione I, *Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli Stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Cedam, Padova, 2004.; Campilongo S., *Il diritto del clandestino alla tutela giurisdizionale: due decisioni a confronto*, in *D&L*, 2, 2008.; Capurro F., *La sanatoria per i lavoratori extracomunitari e il contratto a termine* in "D&L Rivista critica di diritto del lavoro", 1, 2004.; Caputo A., *La con-*

dizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini, in "Questione giustizia", n. 5 (2002); Chiaromonte W., *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in Giorn. dir. lav. rel. Ind., 2008; D'Ascia L., *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009; Di Stasi A., *Il diritto alla tutela previdenziale dei lavoratori immigrati extracomunitari*, in Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici, Bari: Cacucci, 2007; Ferrante V., *Il caso italiano in Una parità imperfetta. Esperienze a confronto sulla tutela previdenziale dei migranti*, a cura di V. Ferrante, L. Zanfrini, Roma: Edizioni Lavoro, 2008; Gottardi D., *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2003, p. 447 ss.; Guariso A., *Durata del permesso di soggiorno e durata del rapporto di lavoro: il prevedibile tramonto di un mito della Bossi-Fini*, in D&L, 1, 2009; Morviducci C., *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010; Nappi S., *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in Dir. merc. Lav., 2007; Neri L., Guariso A., *La legge Bossi-Fini sull'immigrazione: le innovazioni in materia di lavoro*, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2002; Pepino L., *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, Diritto, Immigrazione, Cittadinanza, 2002; Torsello L., *I diritti sociali degli stranieri nella legislazione italiana tra previdenza e assistenza*, in I diritti sociali degli stranieri. Principi e disciplina in Italia e in Europa, a cura di A. Di Stasi, Roma: Ediesse, 2008; Villari S., *Immigrazione irregolare e welfare invisibile*, in Aggiornam. Sociali, 2014, p. 786 ss.; Panzera C., *Stranieri e diritti nel sistema della Carta sociale europea*, in Diritto pubbl. comparato ed europeo, 2016, p. 483 ss.; Pollicino O., *L'allargamento ad est dell'Europa e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010; Pollicino O., *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del "new legal order"*, Giuffrè, Milano, 2005; Riccobono A., *Immigrazione e lavoro al tempo della crisi. Aspetti problematici e prospettive di riforma del quadro normativo*, in temilavoro.it, Vol. 5 n. 2 (2013), <http://www.temilavoro.it/index.php/tml/article/view/66/pdf>.

I. INTRODUZIONE

La tutela antidiscriminatoria non trova nei confronti degli immigrati una comune disciplina, in quanto è applicata secondo una scala graduata di diritti che dipende dalla posizione riconosciuta ai soggetti dalle norme dei trattati internazionali, comunitarie e dei singoli Stati. Non è infatti riscontrabile un'unica categoria di immigrati giacché gli ordinamenti (ai diversi livelli) attribuiscono loro status differenziati, che determinano una forma di stratificazione civica: clandestini, irregolari, titolari di permesso di soggiorno, di permesso di soggiorno (di lungo periodo) UE, rifugiati; a cui occorre aggiungere i cittadini dell'Unione che soggiornano nel territorio degli Stati membri. Per quanto si debba registrare un significativo avvicinamento tra le diverse categorie grazie all'estensione a molte materie del principio di parità di trattamento e all'inclusione dei diritti sociali tra i diritti fondamentali della persona ad opera delle Corti di Giustizia, Edu e Costituzionale italiana, restano infatti differenziati i requisiti richiesti per l'accesso e la permanenza negli Stati. Anzi, si può osservare che all'estensione delle tutele fa riscontro un inasprimento

delle regole sugli ingressi e sulla libera circolazione non solo degli immigrati extra comunitari, ma anche dei cittadini dell'Unione.

All'origine di tale frammentazione sta una contraddizione di fondo che permea tutto il sistema su cui è edificata la regolamentazione del fenomeno dell'immigrazione: e cioè che al principio, affermatosi nel '900, del diritto dei popoli ad emigrare, vale a dire ad uscire dal proprio paese, non si è parimenti riconosciuto il diritto di ingresso in un altro paese. Come dire che la cittadinanza, nella sua accezione giuridica consolidata e nelle sue diverse applicazioni (*ius soli*, *ius sanguinis* e sistemi misti), costituisce una discriminante fondamentale, nonostante l'affermazione a livello internazionale e dell'UE dei principi di eguaglianza, non discriminazione e parità di trattamento. Ciò ha comportato che, a causa dell'intensificarsi dagli inizi di questo secolo dell'immigrazione nell'area dell'UE per molteplici ragioni (dalle crudeli guerre regionali, alla altrettanto crudele povertà di intere popolazioni dell'Africa e in parte del Medio oriente) la regolazione degli ingressi è divenuta sempre più rigida, senza peraltro che il fenomeno possa arrestarsi; e così determinando per un verso una disciplina comunitaria dei riconoscimenti e del diritto d'asilo fallimentare (e comunque di difficile applicazione) anche per l'impossibilità di distinguere (sul piano fattuale ed etico) tra profughi e bisognosi, per l'altro l'aumento della clandestinità e dell'irregolarità. Fallimentare è in particolare la politica di contingentamento degli ingressi sulla base delle opportunità occupazionali (per l'Italia v. ...), che la crisi economica rende poco praticabile, non solo per oggettive carenze di posti di lavoro (vi sono ancora settori produttivi e qualifiche rifiutati dai cittadini), ma soprattutto per una percezione sociale negativa dell'accoglienza alimentata da formazioni politiche populiste e nazionaliste.

Questo scenario mette in crisi il rapporto tra immigrazione e cittadinanza e minaccia l'effettività della tutela antidiscriminatoria e paritaria, specie per quanto riguarda il lavoro e i diritti sociali di protezione (sicurezza sociale), che vorrebbero negarsi, o quanto meno ridursi nei confronti degli immigrati e rispetto ai cittadini, utilizzando a mo' di grimaldello i vincoli di bilancio imposti agli stati dalla nuova governance europea.

L'indagine si snoderà secondo il seguente itinerario: si prenderanno le mosse dalla dibattuta questione della valenze precettiva autonoma del principio di non discriminazione quale espressione del canone dell'uguaglianza enucleabile dal complesso normativo costituito dalla Carta dei diritti fondamentali, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione italiana. Indi si esamineranno i punti qualificanti e l'ambito di applicazione della direttiva 2000/43 CE, emanata su impulso del Trattato di Amsterdam e sui principi espressi dalla Carta dei diritti fon-

damentali. Si procederà poi a passare in rassegna le principali direttive che regolano il soggiorno degli immigrati e dei cittadini degli altri Stati membri, mettendo in evidenza il processo di avvicinamento delle tutele. Infine si tratterà del problema della c.d. condizionalità delle prestazioni economiche nell'ambito dell'assistenza sociale ai vincoli di bilancio a cui gli Stati membri sono costretti dalla politica economico-finanziaria dell'Unione.

Nel complicato spartito della tutela multilivello dei diritti sociali è – come sempre ma qui più che altrove – l'interpretazione dei giudici ad assumere un ruolo determinante: operando su principi e su nozioni generali, che si arricchiscono di nuovi diritti sintonici con l'evoluzione sociale, per un verso si accentua la funzione creatrice della giurisprudenza, per l'altro aumentano e le ipotesi di conflitti tra giurisdizioni. La giurisprudenza, analizzata attraverso il dialogo tra le Corti (di giustizia, Edu, e Costituzionale), rappresenta pertanto il punto di osservazione privilegiato dell'analisi.¹

2. LE FONTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE.

Il Trattato di Amsterdam apre una nuova e più ampia strada al principio di non discriminazione (originariamente circoscritto alla parità di genere) e alle azioni positive per l'inclusione sociale dei soggetti a rischio di discriminazione. L'art. 10, con taglio programmatico, impegna l'Unione a combattere le diverse ipotesi ivi elencate di discriminazione attraverso le proprie "politiche e azioni". Più concretamente l'art. 13 – oggi art. 19 TFUE - prevede che "... il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo", possa "prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali". Il principio transita poi per la Carta di Nizza, in cui il decalogo viene ulteriormente incrementato attraverso un'elencazione peraltro sicuramente non tassativa ("in particolare..."), ed entra così, dopo Lisbona, *pleno iure* nel Trattato sull'Unione Europea (art. 6). I problemi di coordinamento tra queste norme si risolvono nella diatriba sul carattere chiuso o aperto della non discriminazione: che riconduce alla questione della enucleazione all'interno dell'ordinamento dell'Unione di un principio generale di eguaglianza. Secondo un'interpretazione letterale dei testi, la tutela contro le discriminazioni non è affermata come diritto originario e inviolabile della persona umana che l'Unione riconosce, ma come diritto la cui effettività necessita di interventi specifici-

¹ Sul punto cfr.

ci da parte degli organismi comunitari. Ciò si desume, oltre che dal citato art. 19 del TFUE, anche dall'art. 52, par. 5, della Carta dei diritti fondamentali, laddove si demanda l'attuazione dei principi contenuti nella Carta ad atti legislativi ed esecutivi posti in essere dall'Unione e, nelle rispettive competenze, dagli Stati membri, e si aggiunge la precisazione che le disposizioni che contengono i principi "possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti". Dunque, una ridotta "efficacia ex se" del principio di non discriminazione, ad eccezione di quello di genere, declinato come parità di trattamento, ed espressamente menzionato sia nel TUE (art. 3), sia nel TFUE (artt. 8, 153, 157). Solo per quest'ultima la Corte di giustizia (C- 262/88 Barber e C-109/91 Gerardus Cornelis) ha riconosciuto la diretta efficacia dell'art. 119 del Trattato Ce (oggi 157 TFUE). Certo la questione è controversa: a seguito dell'inclusione della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, da parte di un'attenta dottrina (Barbera) si è sostenuto che i divieti specifici di discriminazione siano espressione (o specificazione) di un principio generale di uguaglianza (consacrato all'art. 20 della Carta come uguaglianza di fronte alla legge). Resta tuttavia il dubbio se detto principio abbia vita propria senza necessità di inverarsi in una direttiva: nella più clamorosa sentenza della Corte di Giustizia che ha ritenuto l'uguaglianza principio cardine del diritto comunitario, la direttiva resta comunque il parametro di riferimento per il giudice nazionale, anche se si afferma che essa, in quanto attuazione del "principio generale della parità di trattamento", ancorché non trasposta spiega un effetto simile all'efficacia diretta orizzontale (v. Mangold e il revirement in Chacón Navas C-13/05). Conclusivamente, sembra arduo ritenere che un principio di uguaglianza possa essere invocato per travalicare i limiti alla tutela antidiscriminatoria contenuti nelle direttive, cioè al di là di un mero (per quanto importante) ausilio interpretativo. La diversa opinione supererebbe i limiti della ripartizione di competenze normative (ad esempio in materia di politica occupazionale, rispetto alla quale la Comunità «dispone tutt'al più di competenze parziali, ma più spesso complementari») e giurisdizionali tra istituzioni nazionali e sovranazionali (v. conclusioni Avvocato generale C-13/05), con possibilità non solo di un (corretto) controllo, da parte della Corte, della conformità ai trattati della direttiva ai sensi dell'art. 263 TFUE (con riferimento a un principio generale di parità di trattamento contenuto nei trattati), ma anche di un diretto sindacato della Corte sulla legislazione dei singoli stati, scavalcando la giurisdizione nazionale.

Un ruolo di grande interesse tra le fonti internazionali è quello assunto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, non solo perché è dotata di un meccanismo giurisdizionale permanente che consenta ad ogni individuo di richiedere la tutela dei diritti ivi garantiti attra-

verso il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, ma anche perché i diritti da essa garantiti, “in quanto principi generali ... fanno parte del diritto dell’Unione”, pur non modificando “le competenze... definite nei trattati” (art. 6, par. 2 e 3, TUE). L’art. 14 della CEDU sancisce il divieto di discriminazione attraverso un’elencazione esemplificativa delle ipotesi, ma con riferimento al “godimento dei diritti delle libertà riconosciuti nella presente convenzione”. Il Protocollo 12 del 2000, che ne ha esteso l’ambito a tutti i diritti garantiti dalla legge, non è stato ratificato da molti Stati dell’Unione. Tuttavia la Corte Edu ha egualmente riconosciuto la tutela antidiscriminatoria con riguardo ai diritti sociali attraverso una lettura per così dire attualizzata della nozione di proprietà (*possession* come rispetto dei beni della persona) di cui all’art. 1 del Protocollo addizionale. Così il più antico e discriminatorio dei diritti, simbolo dell’ideologia borghese individualista, assume un carattere marcatamente sociale, chiave di volta per affermare il diritto in condizione di parità ai trattamenti economici specie di chi versi in situazioni di bisogno (*Gaygusuz v. Austria*, 16 settembre 1996 e, da ultimo, *Dhabhi v. Italia*, 8 aprile 2014 G. Cinelli). Da notare che la Convenzione, secondo la Corte costituzionale italiana, non può trovare, al pari della Carta dei diritti fondamentali, applicazione diretta da parte dei giudici nazionali, nonostante il citato richiamo ad essa nel TUE, in quanto l’art. 10 concerne le sole consuetudini internazionali e l’art. 11 è applicabile solo alle norme del diritto UE (Corte cost., n. 80/2011). La Corte ritiene però che i principi affermati dalla Convenzione costituiscano parametro di legittimità al fine della valutazione di incostituzionalità della norma interna. Attraverso il filtro dell’art. 117, comma 1, Cost. (“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”), alla CEDU viene attribuito un duplice ruolo: da una parte essa diviene parametro interposto per vagliare la legittimità costituzionale delle norme interne; dall’altra essa rappresenta un criterio per l’interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni interne (Corte cost., nn. 348 e 349/2007, 311/2009).

Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l’apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, ric. n. 22644/03).

Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (cfr. anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto.

Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta alla Corte costituzionale il compito di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo.

La CEDU, unitamente alla Carta de diritti e alla Convenzione OIL 143 del 1975 sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, assume pertanto una funzione integratrice della Costituzione e di controllo del diritto UE. Stella polare di questo processo di adeguamento è il principio di uguaglianza, che, al pari di quello di solidarietà sociale, è posto a presidio dei diritti fondamentali della persona. La Corte costituzionale, pur nel rispetto del dialogo con la Corte di giustizia (a cui la prima rimette, anche nei giudizi incidentali di costituzionalità, le questioni pregiudiziali di interpretazione delle norme comunitarie: sentenze 103/2008 e 207/2013) si riserva di valutare se l'applicazione del diritto UE, come la sua interpretazione conforme, sia in contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e con la tutela dei diritti umani (c.d. contro limiti; Panzera 491), contrasto che solo la Corte può sindacare (129/2006; ord. 454/2006; 284/2007). Il principio di uguaglianza, declinato a livello nazionale, va letto in correlazione con l'art. 2, che riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo e con gli artt. 10, comma 2, che dispone che la condizione giuridica dello straniero è disciplinata dalla legge in conformità con le norme e i trattati internazionali, e con l'art. 117, comma 1, che allarga la sfera degli obblighi internazionali. Tale principio, pur riferendosi espressamente ai soli cittadini, vale anche per lo straniero quando si tratti di rispettarne i di-

ritti fondamentali. L'art. 2 della Costituzione si svuoterebbe di significato se il riconoscimento della titolarità dei diritti inviolabili dell'uomo non fosse accompagnata dall'affermazione dell'uguaglianza nel godimento di tali diritti (sent. 120/1967 e 104/1969). Ciò certo mette in discussione il *principe de primauté* del diritto dell'Unione, ma consente attraverso un giudizio di bilanciamento condotto dalla Corte costituzionale dal punto di vista del complesso sistema assiologico-normativo - non solo interno ma arricchito dalle norme del diritto internazionale pattizio - la massimizzazione delle tutele.

I diritti che le direttive conferiscono agli immigrati debbono pertanto essere letti nel più ampio sistema di protezione che le fonti sovranazionali e le costituzioni accordano ai diritti sociali, che compongono quelli fondamentali della persona e tutelano la dignità umana.

3. LA DIRETTIVA N. 43/2000 U.E. E IL D.LGS. N. 286/1998.

La direttiva 2000/43 CE attua, com'è noto, il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; essa va letta nel contesto delle altre direttive di seconda generazione e cioè la direttiva 2000/78 CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e la dir. 2002/73 di modifica della dir. 1976/207, relativa alle discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale. Il combinato disposto delle tre direttive è rilevante in particolare per le discriminazioni doppie o multiple come combinazione dei diversi fattori di rischio e, per quanto ci interessa, del collegamento del genere alla razza o origine etnica (v. il 14° considerando della direttiva 200/43, Gottardi 24ss), ma anche tra queste e la religione (tema caldo v.).

Come si è detto questa “età dell'oro della legislazione antidiscriminatoria” è figlia del processo di integrazione europea consacrato nel Trattato di Amsterdam e nella Carta dei diritti fondamentali del 2000 (Barbera), in quadro politico-giuridico in cui si supera la radice economica-finanziaria dell'Unione portando a compimento l'idea di Europa sociale avviata con il Trattato di Maastricht del 1992. Emerge la consapevolezza che le discriminazioni sociali non possono racchiudersi soltanto nelle differenze di sesso e nazionalità (questa tutelata solo per i cittadini dell'area comunitaria), ma che occorre tutelare in modo appropriato i diritti fondamentali delle persona e contrastare il razzismo e la xenofobia. Vi sono ragioni storiche che spinsero all'emanazione della direttiva 2000/43. Il danno politico e sociale che questi atteggiamenti possono causare alla stessa coesione europea, come i recenti

avvenimenti dimostrano, era già stato avvertito pochi mesi prima della promulgazione della direttiva 2000/43 quando il partito razzista e xenofobo di Haider vinse le elezioni politiche austriache del 1999. Inoltre, il necessario intervento del legislatore comunitario in tema di razzismo si profilava in concomitanza con l'imminente ingresso nell'Unione europea di 10 nuovi Paesi, molti dei quali afflitti, storicamente, da fenomeni di razzismo ed isolamento delle minoranze[Pollicino]. Nel contempo – ne abbiamo fatto cenno in apertura – emergeva in modo sempre più pressante la necessità di affrontare il fenomeno dell'immigrazione in tutta la sua complessità; il che vuol dire coniugare la tutela contro le discriminazioni e l'integrazione con la disciplina degli accessi nella zona UE. L'obiettivo è quello di pervenire a un approccio equilibrato che regoli la migrazione legale con garanzie di un trattamento equo, ma diversifico in ragione dei motivi e della permanenza del soggiorno, che contrasti quella illegale, e che sia in grado di gestire in modo efficace e umano i flussi migratori.

Un chiarimento terminologico è opportuno. La parola razza non è ovviamente usata nel significato di differenziazioni biologiche, giacché dal punto di vista scientifico la razza è una soltanto, quella umana (così il punto 6 dei considerando), ma dei caratteri. La direttiva fa proprio il significato comune della parola, usata per indicare un gruppo di uomini che presentano le stesse caratteristiche somatiche, come il colore della pelle, la forma del cranio, quella degli occhi, la statura, il tipo di capelli. Mentre per gruppo etnico si intende gruppo di persone che hanno in comune la stessa cultura e le stesse tradizioni (linguaggio, costumi, espressioni artistiche e letterarie, credenze religiose, ecc.. Per l'applicazione della nozione alla comunità rom v. Corte Giustizia, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, C- 83/14 che richiama l'articolo 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e le sentenze della Corte EDU, Natchova e a. c. Bulgaria nn. 43577/98 e 43579/98, CEDU 2005-VII, nonché Sejdić e Fimbcì c. Bosnia-Ezegovina nn. 27996/06 e 34836/06, §§ da 43 a 45 e 50, CEDU 2009).

I punti qualificanti della direttiva 2000/43 si rinvencono nelle nuove nozioni di discriminazione diretta e indiretta (identiche a quelle contenute nelle altre due coeve direttive), nell'ampiezza delle aree protette, nel campo di applicazione della tutela, nei rimedi processuali. Ci si soffermerà su alcuni di essi che riteniamo rilevanti ai fini della nostra analisi.

Anzitutto, in ordine alle nozioni, unanimemente da parte dei commentatori è stato messo in luce quale elemento di forte impatto innovativo l'affiancamento alla componente procedurale di matrice relazionale connaturata al giudizio di discriminazione della prospettiva contenutistica e valoriale della discriminazione, sganciata

da valutazioni di carattere comparativo. Come dire che «la nozione di discriminazione oggi positivizzata della direttiva comunitaria e riferita anche a situazioni in cui il raffronto con altre posizioni non costituisce un elemento costitutivo necessario della fattispecie» [Barbera, uguaglianza e differenze 413, GDL 2003]. La Corte di giustizia si è spinta oltre, ritenendo che il divieto e la sua giustiziabilità non dipendono necessariamente dagli effetti lesivi (già) prodotti, ma dalla potenzialità della situazione di svantaggio (causa C-54/07). Si può dunque affermare che la discriminazione è concepita nel senso più ampio di offesa della dignità della persona (come espressamente affermato nell'art. 3, punto 2, con riguardo alle molestie), individuata attraverso l'enucleazione di una serie di fattori la cui elencazione sconta però il limite della tassatività (che però non comporta interpretazioni restrittive dell'ambito di applicazione soggettiva: v. la citata sentenza CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, C- 83/14 al cui punto 56 si afferma: ...la sfera di applicazione della direttiva 2000/43 non può, considerato il suo oggetto e la natura dei diritti che si propone di tutelare, essere definita in modo restrittivo, è atta nella fattispecie a giustificare l'interpretazione secondo la quale il principio della parità di trattamento al quale si riferisce detta direttiva si applica non in relazione a una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo articolo 1, cosicché esso può giovare anche a coloro che, seppure non appartenenti essi stessi alla razza o all'etnia interessata, subiscono tuttavia un trattamento meno favorevole o un particolare svantaggio per uno di tali motivi (v., per analogia, sentenza Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, punti 38 e 50).

Quanto alle aree protette, la direttiva ha una copertura assai vasta, ben al di là della sfera lavoristica e previdenziale, in quanto estende la tutela alle prestazioni sociali, all'assistenza sanitaria, all'istruzione, all'accesso a beni e servizi incluso l'alloggio.

La clausola di cui all'art. 3, punto 2, afferma che la direttiva “non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati”.

L'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva degli ingressi e della residenza degli immigrati extracomunitari e degli apolidi risulta giustificata, in quanto la complessa materia è regolata sulla base degli artt. 78 e 79 TFUE da varie direttive (di alcune diremo tra poco) e da diversi documenti (Regolamento Dublino 3, Orientamenti strategici del Consiglio europeo per il periodo 2014-2020, Piano d'azione in dieci punti e Agenda europea della Commissione del 13 maggio 2015,

tutti per tentare di gestire i flussi migratori), salvo però il 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 (art. 79, par. 5).

Punctum dolens è invece l'esclusione della nazionalità. Infatti, le norme degli stati (a livello nazionale e regionale) che offrono protezione sociale quando escludono gli immigrati non lo fanno a motivo della loro razza o origine etnica, ma in quanto privi del requisito della cittadinanza. Pertanto, ogniquale volta la differenza di trattamento si basa sullo status di cittadino di un paese terzo si esula dall'area protetta dagli artt. 1 e 2, par. 1 e 2, della direttiva (Corte giustizia, Grande Sezione, 24 aprile 2012, causa C-571/10 Kamberaj). Si è detto che ciò sarebbe in contrasto con l'art. 18 TFUE (ex art. 12 TCE) e con l'art. 21, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, che vietano ogni discriminazione in base alla nazionalità. Ma la prima norma, come risulta dalla sua collocazione nella parte seconda rubricata "non discriminazione e cittadinanza dell'Unione", riguarda la libera circolazione dei lavoratori comunitari e non di quelli provenienti da altri paesi; e la seconda fa salve le disposizioni specifiche dei trattati, consentendo così deroghe al principio.

Diversa è la disciplina italiana contenuta nel d. lgs. n. 286 del 1998 (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero): essa infatti, pur individuando la nozione di discriminazione secondo il modello anteriore alle direttive del 2000 – e determinando dunque un concorso /confitto tra la vecchia nozione mantenuta in vigore e quella nuova recepita nel d. lgs. n. 215 del 2003 – ricomprende espressamente nel divieto la nazionalità (art. 43), anche se, con riguardo alle regole di ingresso, fa salve "le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività" (art. 27, comma 3). Ciò però non ha impedito al legislatore italiano di mantenere a lungo un regime differenziato per il settore del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni grazie a una regolamentazione di settore fortemente restrittiva. Solo dal 2013 il diritto di accesso alla P.A. è stato riconosciuto, oltre che ai cittadini degli Stati membri dell'Unione, anche ai soggetti ad essi equiparati (titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo CE, titolari dello status di rifugiati o di protezione internazionale). Nella prassi è stato inoltre limitato ai soli cittadini dello Stato l'accesso a posti che non riguardano l'effettiva partecipazione a pubblici poteri o a funzioni poste a tutela dell'interesse nazionale (con un'interpretazione *lata* dell'art. 45, par. 4, TFUE, seccamente smentita da Corte giust., sez. I, I 10/09/2014, n. 270, causa C-270/13, Casilli).

La conclusione è che la direttiva non tutela in via generale gli immigrati, ma si inserisce nell'ambito delle politiche di contrasto al razzismo e alla xenofobia (Gotardi, 12). E' evidente che questi deprecabili atteggiamenti riguardano soprattutto gli immigrati dai paesi del c.d. terzo e quarto mondo, ma le discriminazioni contro questi soggetti hanno una portata ben più ampia e possono celarsi sotto il requisito della cittadinanza quale condizione necessaria per la titolarità dei diritti sociali. Si tratta allora di esaminare quando tale requisito possa ritenersi conforme ai principi di non discriminazione e quando invece appaia ragionevole.

4. LE DIVERSE CATEGORIE DI IMMIGRATI: GLI IMMIGRATI INTERNI.

Abbiamo detto nell'*incipit* di queste note che con riguardo alla tutela degli immigrati la protezione contro le discriminazioni non è generale, ma differenziata a seconda degli status loro attribuiti. Certo la Carta dei diritti fondamentali nel riaffermare nel preambolo "i diritti derivanti ... dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali...dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa", contiene un decalogo di principi e un'elencazione di diritti la cui importanza non può essere sottaciuta. Ma, come abbiamo osservato, la loro attuazione è in molti casi, per espressa disposizione, filtrata dagli atti normativi dell'Unione degli Stati membri. Emblematico è al riguardo l'art. 34 sulla sicurezza sociale e assistenza sociale, materie su cui avremo modo di tornare. Si può tuttavia a ragione sostenere per alcuni diritti la Carta è direttamente precettiva: così, per esempio, oltre alla tutela della dignità e della libertà della persona, la parità di genere, la protezione dei minori e dei disabili, i diritti dei lavoratori indicati negli artt. 31, 32 e 33, devono essere riconosciuti anche agli immigrati clandestini e irregolari (che cioè siano privi del permesso di soggiorno o questo non sia stato rinnovato). Cioché la nullità del contratto di lavoro per l'illecita assunzione di un immigrato privo di permesso di soggiorno fa salvi tutti i diritti del lavoratore prodotti durante la sua esecuzione (nell'ordinamento italiano anche ai sensi dell'art. 2126 c.c. la cui interpretazione confermativa della tutela a favore del contraente debole è attestata da Cass., 26.3.2010, n. 7380). (cfr Trib. Brescia).

Fuori da tali ipotesi entrano in gioco le differenziazioni tra le diverse categorie di immigrati, che procediamo a riassumere brevemente.

In apicibus vi sono gli immigrati interni, cioè i cittadini dell'area dell'Unione che soggiornano in stati diversi da quello di appartenenza. Sottolineo che il tema della parità di trattamento e della libera circolazione dei cittadini comunitari è dive-

nuto bollente dopo l'ingresso nell'Unione dei Paesi dell'Est Europa. I Paesi del Nord hanno manifestato grande preoccupazione di fronte all'ondata di immigrati bulgari e rumeni. E ciò ha senza dubbio concorso a determinare l'esito positivo del referendum sull'uscita del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione. Il TFUE agli artt. 18 e 20 (e 21) sancisce in via generale il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. A tali principi dà oggi attuazione la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE). La parità di trattamento con i cittadini dello stato ospitante viene collegata al diritto di libera circolazione e di soggiorno, garantito attraverso la semplificazione delle formalità amministrative, ed ha uno spettro ampio, in quanto si estende al campo di applicazione del trattato, ricomprendendo quindi, accanto ai diritti sociali alla tutela e alla parità nel lavoro (anche pubblico salva la ricordata eccezione relativa all'esercizio di pubblici poteri), alla sicurezza e assistenza sociale, anche alcuni diritti politici (voto ed eleggibilità alle elezioni comunali). Non si creda però che la tutela sia libera da condizionamenti: ché la direttiva anzitutto consente agli stati membri di non erogare alcuna prestazione sociale nei primi tre mesi di soggiorno; in secondo luogo subordina il diritto di soggiorno (per i primi cinque anni, dopo si ha la carta di soggiorno permanente: art. 16) alla condizione che la persona svolga un lavoro dipendente o autonomo, o, in caso contrario, disponga di risorse proprie sufficienti per sé e per i propri familiari per non divenire un onere a carico del sistema di assistenza sociale dello stato ospitante. Parimenti è possibile l'allontanamento quando i beneficiari del diritto di soggiorno, che non siano lavoratori autonomi o subordinati o richiedenti lavoro, diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello stato ospitante, da valutarsi in concreto con riguardo alla durata del soggiorno, alla situazione personale, all'ammontare dell'aiuto, alla temporaneità o meno delle difficoltà del soggetto (punto 16 considerando).

5. SEGUE: GLI IMMIGRATI EXTRACOMUNITARI.

Nei confronti dell'ampio genus degli immigrati extracomunitari la tutela più incisiva è attribuita dalla direttiva 2003/109 CE ai cittadini di paesi terzi che soggiornano da lungo periodo, cioè "legalmente e ininterrottamente per cinque anni... immediatamente prima della presentazione della pertinente domanda" (rivolta appun-

to ad ottenere il permesso di soggiorno UE). La parità di trattamento con i cittadini nazionali, finalizzata a favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente e a titolo duraturo negli Stati membri, riguarda una serie di materie elencate all'art. 11; tra queste vanno ricordate l'esercizio di un'attività lavorativa (subordinata o autonoma) ma che non comporti (nemmeno in via occasionale, è quest'inciso sembra contenere una restrizione non prevista negli altri casi) la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri; l'istruzione e la formazione professionale; le prestazioni sociali l'assistenza sociale e la protezione sociale; l'accesso a beni e servizi e alla procedura per l'ottenimento di un alloggio; i diritti sindacali. Tuttavia il principio di parità di trattamento non è pieno in quanto si concede agli Stati membri di fissare limitazioni all'accesso al lavoro nei casi di attività riservate ai cittadini dello Stato della UE o SEE, ai sensi della legislazione nazionale o della normativa comunitaria; nonché di limitare la parità in materia di assistenza e protezione sociale alle sole "prestazioni essenziali" (art. 11, par. 4). Queste, alla luce dell'articolo 34, par. 3, della Carta, secondo cui l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, comprendono le prestazioni di assistenza sociale o di protezione sociale concesse dalle autorità pubbliche, a livello nazionale, regionale o locale, che contribuiscono a permettere all'individuo di soddisfare le sue necessità elementari, come il vitto, l'alloggio e la salute, consentendo di lottare contro l'emarginazione sociale. L'elenco contenuto nel tredicesimo considerando della direttiva non è esaustivo di tutte le ipotesi di prestazioni essenziali, di guisa che la deroga al principio generale della parità di trattamento deve essere interpretata restrittivamente (Corte giustizia, causa C-571/10 Kamberaj, cit., p.84 ss. e le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot presentate il 13 dicembre 2011. La sentenza dichiara contraria all'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109 una legge della Provincia autonoma di Bolzano che, con riguardo alla concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi ad un cittadino di un paese terzo, beneficiario dello status di soggiornante di lungo periodo conferito conformemente alle disposizioni di detta direttiva, un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati ad un sussidio per l'alloggio.

Sostanzialmente analoga è la tutela riconosciuta ai profughi dalla direttiva 2011/95 UE (che ha sostituito la direttiva 2004/83 CE) che ha regolato in modo tendenzialmente uniforme la disciplina per i rifugiati e i beneficiari di protezione sussidiaria. Entrambi hanno diritto al rilascio del permesso di soggiorno, tranne che non ostino "imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico" o senten-

za di condanna passata in giudicato per reati di particolare gravità (art. 24 e 21), godono, assieme al nucleo familiare, della parità di trattamento e di opportunità particolari con riguardo all'accesso all'occupazione (compresi gli impieghi nella P.A.), all'istruzione e alla formazione, al riconoscimento dei titoli di studio e professionali stranieri, all'assistenza sociale (che, per i beneficiari di protezione sussidiaria, può essere limitata alle prestazioni essenziali), all'assistenza sanitaria.

6. IMMIGRATI REGOLARI E ASSISTENZA SOCIALE: PRINCIPIO DI CONDIZIONALITÀ E VINCOLI DI BILANCIO.

La quarta categoria di immigrati è rappresentata da coloro che soggiornano regolarmente e legalmente nel territorio degli Stati membri. La regolazione generale è oggi contenuta nella direttiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che ha istituito il permesso unico di soggiorno e avviato il processo di parificazione delle tutele con le altre categorie. Ma, in primo luogo la direttiva – e quindi la parità di trattamento - riguarda soltanto i lavoratori (e i familiari che ad essi si ricongiungono o che già soggiornano regolarmente nello Stato membro) con la precisazione che ai singoli Stati è conferito il potere di limitare l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai sussidi familiari a coloro la cui attività lavorativa sia stata autorizzata o sia durata per un periodo minimo di sei mesi e dopo siano registrati come disoccupati. Il limite più vistoso all'applicazione sta in ciò che è fatta “salva la competenza degli Stati a regolamentare l'ingresso, anche in termini di volumi, di cittadini di paesi terzi ammessi a fini lavorativi” (punto 6 del considerando e art.1, par. 2, art. 8, par.3; nello stesso senso del resto è la Carta dei diritti Carta dei diritti: cfr. art. 15, par.3). Il collegamento con il mercato del lavoro comporta anzitutto la determinazione periodica di quote di ingresso per motivi di lavoro subordinato o autonomo e, quale condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno, la previa conclusione di un contratto di lavoro o, per il lavoro autonomo, la certificazione del possesso di vari requisiti rilasciata dalle rappresentanze diplomatiche o consolari. A ciò si aggiunge l'obbligo di sottoscrizione del c.d. accordo di integrazione (che assume diverse denominazioni a seconda degli Stati), contenente l'impegno dello stato a fornire all'immigrato gli strumenti di lingua, cultura e principi fondamentali costituzionali e l'obbligo di quest'ultimo ad adempiere sanzionato con la revoca del permesso e l'espulsione.

E' importante sottolineare che la parificazione normativa con le altre categorie di immigrati – e quindi con i cittadini dello stato dove si svolge l'attività lavorativa - è estesa ai “settori della sicurezza sociale definiti nel regolamento (CE) n.

883/2004 (art. 12, par. 1, lett. e), il quale ha sostituito il regolamento n. 1408/1971 che in origine si applicava ai soli lavoratori cittadini europei che si spostano all'interno della Comunità. L'art. 3 del regolamento elenca i settori della sicurezza sociale oggetto della parità di trattamento: a) le prestazioni di malattia;

b) le prestazioni di maternità e di paternità assimilate; c) le prestazioni d'invalidità; d) le prestazioni di vecchiaia; e) le prestazioni per i superstiti; f) le prestazioni per infortunio sul lavoro e malattie professionali; g) gli assegni in caso di morte; h) le prestazioni di disoccupazione; i) le prestazioni di pensionamento anticipato; j) le prestazioni familiari.

Tale elencazione non risolve però i problemi relativi all'individuazione concreta, con riguardo ai singoli Stati, delle prestazioni dovute, in quanto il regolamento non si applica all'assistenza sociale (art. 3, par. 5). Questa materia è perciò esclusa dalla tutela paritaria, a differenza di quanto previsto per le altre categorie di immigrati. Tuttavia lo stesso regolamento fa salve altre prestazioni non contributive, tra cui quelle familiari (cioè tutte le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, esclusi gli assegni speciali di nascita o di adozione). Il problema dipende dalla carenza a livello comunitario di un criterio distintivo tra previdenza e assistenza. Tant'è che nell'allegato X al regolamento CE n. 988/2009 (che modifica quello base del 2004) vengono elencate le prestazioni in danaro speciali di carattere non contributivo a cui sono tenuti i singoli Stati (per l'Italia: a) Pensioni sociali per persone sprovviste di reddito (legge n. 153 del 30 aprile 1969); b) pensioni, assegni e indennità per i mutilati e invalidi civili (leggi n. 118 del 30 marzo 1971, n. 18 dell'11 febbraio 1980 e n. 508 del 23 novembre 1988); c) pensioni e indennità per i sordomuti (leggi n. 381 del 26 maggio 1970 e n. 508 del 23 novembre 1988); d) pensioni e indennità per i ciechi civili (leggi n. 382 del 27 maggio 1970 e n. 508 del 23 novembre 1988); e) integrazione delle pensioni al trattamento minimo (leggi n. 218 del 4 aprile 1952, n. 638 dell'11 novembre 1983 e n. 407 del 29 dicembre 1990); f) integrazione dell'assegno di invalidità (legge n. 222 del 12 giugno 1984); g) assegno sociale (legge n. 335 dell'8 agosto 1995); h) maggiorazione sociale (articolo 1, commi 1 e 12 della legge n. 544 del 29 dicembre 1988 e successive modifiche).

Ma l'allegato non è risolutivo in quanto esso postula il suo continuo aggiornamento da parte degli stati membri. Da qui l'intervento delle tre Corti che hanno seguito percorsi argomentativi differenti giungendo a conclusioni discordanti.

Anzitutto la Corte di giustizia ha affermato che in assenza di una netta distinzione tra i regimi legislativi che riguardano, rispettivamente, la previdenza e l'assistenza sociale, non si può escludere l'eventualità che, in ragione del campo d'ap-

plicazione soggettivo, degli scopi perseguiti e delle modalità d' attuazione talune legislazioni nazionali possono rientrare al tempo stesso nell' una e nell' altra categoria (punto 9 della motivazione)". In concreto, la Corte riconosce il diritto a prestazioni assistenziali quando vi sia un loro collegamento funzionale con trattamenti previdenziali e quindi venga garantito non solo un minimo di mezzi di sussistenza a persone in stato di bisogno, ma anche un reddito complementare ai beneficiari di prestazioni previdenziali insufficienti. La circostanza che una stessa legge possa altresì contemplare benefici che possono qualificarsi assistenziali non altera, sul piano del diritto comunitario, il carattere intrinsecamente previdenziale di un assegno connesso ad una pensione di invalidità, vecchiaia o reversibilità, di cui esso costituisce, di diritto, una prestazione accessoria" (punto 11 della motivazione). Corte giust. C-236/88 sentenza 9 ottobre 1974, causa C-24/74 BIASON (2), e nella sentenza Giletti Citare Cassazione

A questa parziale apertura si contrappone però una linea interpretativa prevalentemente rigorosa del contestato principio di condizionalità dei diritti sociali alle esigenze di bilancio del complessivo sistema assistenziale. Invero, un primo orientamento aveva escluso che l'eccessiva onerosità potesse presumersi nei confronti di coloro che non avessero redditi sufficienti, ma essa doveva essere suffragata da prove portate dallo Stato che negava l'accesso a prestazioni sociali di carattere non contributivo. Così Corte giust., 19 sett. 2013, C-140/12, Brey, par. 72: Nel subordinare il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi alla circostanza che l'interessato non divenga un onere «eccessivo» per il «sistema» di assistenza sociale dello Stato membro ospitante, l'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38, come interpretato alla luce del considerando 10 della stessa, implica pertanto che le autorità nazionali competenti dispongono del potere di valutare, tenuto conto di un insieme di fattori e in considerazione del principio di proporzionalità, se la concessione di una prestazione sociale possa rappresentare un onere per l'insieme dei regimi di assistenza sociale di tale Stato membro. La direttiva 2004/38 ammette quindi una certa solidarietà finanziaria dei cittadini dello Stato membro ospitante verso quelli degli altri Stati membri, in particolare se le difficoltà incontrate dal beneficiario del diritto di soggiorno sono temporanee (v., per analogia, citate sentenze Grzelczyk, punto 44; Bidar, punto 56, nonché Förster, punto 48).

Successivamente si è fatto strada un altro orientamento più restrittivo, per il quale la carenza dei requisiti per ottenere il diritto di soggiorno, e quindi accedere alle prestazioni sociali, è di per sé sufficiente, senza che occorra valutare le ripercussioni sull'equilibrio finanziario del sistema. Il revirement della Corte di giustizia, con-

tenuto nella sentenza Dano, causa C-333/13 è stato determinato dall'esigenza di rispondere alle pressioni politiche esercitate da alcuni Stati membri preoccupati per gli accessi al loro sistema di welfare da parte di cittadini europei provenienti da altri Stati con protezione inadeguata (si tratta del c.d. "turismo sociale"). Esso sembra ormai consolidato (Corte giust. 25 febbraio 2016, causa C-299/14, Garcia-Nieto, e C-67/14), cosicché le aperture alla solidarietà sovranazionale rischiano di essere vanificate dall'esigenza di contenimento della spesa pubblica. Vi è una certa schizofrenia nelle decisioni: da una parte si allarga l'area della sicurezza sociale ricomprendendovi alcune forme di assistenza, dall'altra le prestazioni volte a tutelare bisogni essenziali vengono condizionate alle esigenze di contenimento della spesa.

Di diverso avviso è la più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha ritenuto che solo considerazioni molto forti possono giustificare delle disparità di trattamento fondate esclusivamente sulla nazionalità (cittadinanza) e dunque sulla mera condizione giuridica di straniero, e a tali considerazioni non possono essere assimilati gli interessi di bilancio e di contenimento della spesa pubblica da parte degli Stati (*Gaygusuz c. Austria*, 16 settembre 1996, *Koua Poirrez c. Francia*, n. 40892/98). Le ragioni di bilancio e di contenimento della spesa infatti, pur costituendo uno scopo legittimo, non rispondono ai principi di proporzionalità nel momento in cui trovino applicazione per escludere da prestazioni sociali di sostegno al reddito familiare immigrati stranieri che abbiano un sufficiente legame con lo Stato ospitante, in quanto vi soggiornino non in maniera irregolare o per ragioni di breve durata, bensì con regolare permesso di soggiorno e di lavoro (causa *dhahbi c. Italia*, (Ricorso n. 17120/09) 8 aprile 2014). La Corte EDU offre dunque una lettura dell'art. 14 in correlazione con il principio di eguaglianza e la ragionevolezza: il trattamento diviene discriminatorio – ha puntualizzato la giurisprudenza della Corte – ove esso non trovi una giustificazione oggettiva e ragionevole; non realizza, cioè, un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo perseguito (ad es., *Niedzwiecki contro Germania*, sentenza del 25 ottobre 2005; *Carson ed altri contro Regno Unito*, sentenza del 16 marzo 2010; *Luczak contro Polonia*, sentenza del 27 novembre 2007).

La linea è approfondita dalla Corte costituzionale, la quale assume la ragionevolezza a criterio di temperamento tra perseguimento dei vincoli di bilancio e salvaguardia dei diritti sociali. Se è vero che il contesto di crisi economica e la conseguente introduzione di stringenti vincoli di bilancio consentono di imporre sacrifici alle situazioni giuridiche facenti capo ai singoli, anche in virtù di un principio solidaristico (sent. n. 116/2013), è altresì vero – afferma la Consulta – che tali sacrifici

incontrano il limite del “nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana”.

Anzitutto, di fronte a bisogni primari direttamente riferibili alla persona che attingono alla salute, quali l'esigenze di cure urgenti ed essenziali che debbono essere assicurate o proseguire (cicli terapeutici o riabilitativi, è irrilevante la posizione dello straniero rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato (sent. 252/2001). Dunque la tutela si estende anche ai clandestini e irregolari (con problemi riguardo all'obbligo di comunicare il referto alle autorità di polizia, risolto con la prescrizione del rispetto dell'anonimato)

In secondo luogo, la Corte affronta diverse questioni di legittimità costituzionale con riferimento agli interventi di contenimento della spesa in una legge finanziaria (art. 80, comma 19, legge n. 388/2000) che aveva ristretto le condizioni di accesso a determinate prestazioni assistenziali ai soli titolari di permesso UE modificando in peggio la disciplina contenuta nell'art. 41 del d. lgs. n. 286/1998 che riconosce il diritto a tutti gli immigrati regolarmente soggiornanti da almeno un anno. E dichiara l'incostituzionalità della novella per violazione dell'art. 3 cost., letto in correlazione con gli approdi ermeneutici cui la Corte Edu è pervenuta nel ricostruire il principio di non discriminazione (assunto a parametro interposto) e con le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. La Corte ammette che è possibile subordinare l'erogazione di determinate prestazioni - non inerenti a rimediare gravi situazioni di urgenza - alla circostanza che il titolo di legittimazione al soggiorno ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata, ma per un verso tale requisito deve essere ragionevole, e tale non è il termine minimo di cinque anni, per l'altro verso vanno escluse le condizioni reddituali del soggetto (disapplicandosi quindi la prescrizione della direttiva 2004/38 CE) (Corte cost., 306/2008 e 40/2013 sull'indennità di accompagnamento; 11/2009 sulla pensione di inabilità; 1872010 sull'assegno sociale).

La Corte è intervenuta per scrutinare diverse leggi regionali, che hanno ancorato il sistema di protezione sociale alla residenza nel territorio regionale per periodo più lunghi di quelli richiesti ai cittadini dello Stato. Si tratta di una linea politica che si è diffusa con forti accenti xenofobi nelle regioni governate dalla lega e dal centro-destra, a cui la Corte ha risposto con fermezza, garantendo la tutela dei diritti sociali fondamentali in condizioni di parità. Essa ha dichiarato manifestamente irragionevole, ed incongruo, negare l'accesso a un fondo per il contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale a chiunque abbia la (sola) residenza nella Regione, posto che non vi è alcuna correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni primari dell'essere umano, insediatosi nel territorio regionale, e la protrazione nel tempo

di tale insediamento (n. 222/2013; n. 40/2011; n. 187/2010). Del pari una provvidenza economica per garantire il diritto allo studio non ha alcun rapporto con «la durata della residenza» (222/13 e n. 2/2013). Il radicamento col territorio può essere richiesto per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica, ma va contenuto nel rispetto delle direttive 2004/38 e 2003/109 (sent. 168/2004). Anche gli assegni di sostegno alla natalità, poiché non riguardano un bisogno primario dell'individuo che non tollera un distinguo correlato al radicamento territoriale, ma premiano, non arbitrariamente, il contributo offerto dalla famiglia al progresso morale e materiale della comunità costituita su base regionale, giustificano un'applicazione limitata a quelle formazioni sociali che non solo sono presenti sul territorio, ma hanno già manifestato, con il passare degli anni, l'attitudine ad agirvi stabilmente, così da poter venire valorizzate nell'ambito della dimensione regionale (222/2013).

Da questa breve e non esaustiva rassegna emerge un dato significativo: il giudizio di ragionevolezza, ancorato al principio di eguaglianza, e applicato in sintonia con le interpretazioni evolutive della giurisprudenza internazionale sul divieto di discriminazione, si conferma quale tecnica di tutela sufficientemente adeguata dei diritti sociali degli immigrati. Esso integra la normativa comunitaria e consente di ridurre le differenze di status. Il cammino è però ancora lungo ed esso rischia di interrompersi a causa degli incerti scenari determinati dalle crisi politico-istituzionali, sociali ed economiche che caratterizzano la seconda modernità.

Without Review- Accepted September, 13 - on line September, 14 - Words 8579-Characters 59184