

Alessandro Garilli
Immigrati e diritti sociali:
parità di trattamento e tutela multilivello

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Le fonti di diritto internazionale. Non discriminazione ed eguaglianza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte EDU e della Consulta. **3.** La dir. 00/43 CE del 29 giugno 2000 e il limite della nazionalità. **4.** La libera circolazione dei cittadini dell'Unione e i suoi limiti. **5.** Le tipologie di immigrati extracomunitari: titolari di permessi di soggiorno UE e rifugiati. **6.** *Segue:* Immigrati regolari e sicurezza sociale. **7.** Il principio di condizionalità e i vincoli di bilancio. Le Corti a confronto.

1. 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 Stati¹. 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, rifugiati²; 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

¹ POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale*, in www.forumcostituzionale.it (25.7.2005); BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *IF*, 2008, p. 557 ss.

² VITIELLO, *Le dinamiche dell'integrazione degli immigrati nel mercato del lavoro italiano nell'ultimo decennio*, in *RPS*, 2015, n. 2-3, p. 45 ss.

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 extracomunitari, 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 paese³. 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 trattamento⁴. 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 occupazionali⁵, 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.

³ ALLASINO, REYNERI, VENTURINI, ZINCONE, *La discriminazione dei lavoratori immigrati nel mercato del lavoro in Italia*, in *IMP*, 67 - I, 2004, in www.fieri.it.

⁴ BORDIGNON, CECCARINI, TURATO, *Migranti e cittadinanza al tempo delle crisi globali*, in *RPS*, 2015, n. 4, p. 185 ss.

⁵ Per l'Italia, v. *L'immigrazione in Italia all'inizio del 2014, Analisi e riflessioni del Centro Studi e Ricerche IDOS sulla base del Dossier Statistico Immigrazione 2014 Rapporto Unar*, in www.dossierimmigrazione.it.

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 valenza 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 dir. 00/43/CE, emanata su impulso del Trattato di Amsterdam e dei principi espressi dalla Carta dei diritti fondamentali. 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 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'analisi⁶.

⁶ Cf. BRONZINI, *La giurisprudenza multilivello dopo Lisbona: alcuni casi difficili*, in *www.europeanrights.eu*, n. 29/2011; D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, 2009.

2. *Le fonti di diritto internazionale. Non discriminazione ed eguaglianza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte EDU e della Consulta*

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 discriminazione⁷. 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 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 Giu-

⁷ Cfr. BARBERA M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007.

stizia ha riconosciuto la diretta efficacia dell'art. 119 del Tratt. Ce (oggi 157 TFUE)⁸. Certo la questione è controversa: a seguito dell'inclusione della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, da parte di un'attenta dottrina 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 orizzontale⁹. 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 sovranazionali¹⁰, 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 consente ad ogni individuo di richiedere la tutela

⁸ Cfr. C. Giust. 17 maggio 1990, C-262/88, *Barber* e C. Giust. 6 ottobre 1993, C-109/91, *Gerardus Cornelis*, entrambe in <http://curia.europa.eu/> (come tutte le pronunce della Corte di Giustizia citate in seguito).

⁹ Cfr. C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold* e il *revirement* in C. Giust. 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacón Navas*. Sul tema cfr. BARBERA M., *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo multilivello*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, 2011, p. 63 ss.; LOY G., *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, in RGL, 2009, p. 517 ss.

¹⁰ Così nelle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Mangold*.

dei diritti ivi garantiti attraverso il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, con sede a , 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)¹¹. L'art. 14 della CEDU sancisce il divieto di discriminazione attraverso un'elencazione esemplificativa delle ipotesi, ma con riferimento al “godimento dei diritti e 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'Unione¹². 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 situazione di bisogno¹³. 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 (C. Cost. n. 80/2011)¹⁴. La Corte ritiene però

¹¹ Cfr. PUTATURO DONATI M.G., *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in www.europeanrights.eu; RANDAZZO (a cura di), *Lo straniero nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 25-26 settembre 2008; GIUBBONI, *I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo*, in *DLRI*, 2014, p. 269 ss.

¹² Cfr. SEATZU, *Protocollo n. 12 alla Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti dell'Uomo: uno strumento giuridico efficace per la tutela dell'eguaglianza e per l'eliminazione delle discriminazioni?*, in *Jus*, 2002, p. 483 ss.

¹³ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo 16 settembre 1996, *Gaygusuz v. Austria*, in *Reports* 1996-IV e, da ultimo, C. Eur. Dir. Uomo 8 aprile 2014, *Dhahbi v. Italia*, in *RIDL*, 2014, II, p. 888. In dottrina, CINELLI G., *I “diritti sociali” nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu.

¹⁴ Cfr. C. Cost. 7 marzo 2011 n. 80, in www.cortecostituzionale.it (come tutte le pronunce della Corte costituzionale citate in seguito), su cui RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *Forum QC*, 23 marzo 2011; GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza Cedu e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in www.gruppodipisa.it; PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in www.giurcost.org, 2015, p. 1 ss.

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, co. 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 interne¹⁵.

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 europea¹⁶.

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, con riferimento al parametro dell'art. 117, co. 1, Cost., ovvero anche dell'art. 10, co. 1, 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, co. 1, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali patizie 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.

¹⁵ Cfr. C. Cost. 22 ottobre 2007 nn. 348 e 349 e C. Cost. 26 novembre 2009 n. 311.

¹⁶ Cfr. Cass. 20 maggio 2009 n. 10415, in GC, 2010, I, p. 2277; C. Eur. Dir. Uomo 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, in *Dejure Giuffrè*.

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 dei 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 UE¹⁷. 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 comunitarie¹⁸), 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. controlimiti¹⁹), contrasto che solo la Corte può sindacare²⁰. Il principio di uguaglianza, declinato a livello nazionale, va letto in correlazione con l'art. 2 Cost., che riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo e con gli artt. 10, co. 2, che dispone che la condizione giuridica dello straniero è disciplinata dalla legge in conformità con le norme e i trattati internazionali, e 117, co. 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 diritti 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 diritti²¹. Ciò certo mette in discussione

¹⁷ BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *altrodirittounifi.it*, 2011; BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Jovene, 2007.

¹⁸ Cfr. C. Cost. 13 febbraio 2008 n. 103, su cui GIOVANNETTI, in *www.aic.it* e C. Cost., 3 luglio 2013 n. 207, su cui GUASTAFERRO, in *Forum QC*, 2013, p. 1 ss.

¹⁹ Cfr. PANZERA, *Stranieri e diritti nel sistema della Carta sociale europea*, in *DPCE*, 2016, p. 491 ss.

²⁰ Cfr. anche C. Cost. 23 marzo 2006 n. 129; C. Cost., ord., 13 dicembre 2006 n. 454; C. Cost. 4 luglio 2007 n. 284.

²¹ C. Cost. 23 novembre 1967 n. 120 e C. Cost. 26 giugno 1969 n. 104.

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 dir. 00/43/CE e il limite della nazionalità*

La dir. 00/43/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 dir. 00/78 CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e la 02/73 CE del 23 settembre 2002 di modifica della 76/207 CEE del 9 febbraio 1976, 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^o considerando della dir. 00/43/CE), ma anche tra queste e la religione²².

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 2000²³ in un 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 nazio-

²² GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *DLRI*, 2003, p. 447 ss.

²³ BARBERA M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, p. 399 ss.

nalità (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 xenofobia²⁴. Vi sono ragioni storiche che spinsero all'emanazione della dir. 00/43/CE. 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 dir. 00/43/CE 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 minoranze²⁵. 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 ad un approccio equilibrato che regoli la migrazione legale con garanzie di un trattamento equo, ma diversificato 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 migratori²⁶.

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 quel gruppo di persone che hanno in comune la stessa cultura e le stesse tradizioni (costumi, espressioni artistiche e letterarie, ecc.)²⁷.

²⁴ IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in www.europeanrights.eu.

²⁵ POLLICINO, *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, 2010.

²⁶ CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, 2013; CARUSO, *Immigration Policies in Southern Europe: More State, Less Market?*, in CONAGHAN, FISCHL, KLARE (eds.), *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Oxford University Press, 2004, p. 299 ss.

²⁷ Per l'applicazione della nozione alla comunità rom v. C. Giust. 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD*, che richiama l'art. 14 CEDU, e C. Eur. Dir. Uomo 6 luglio

I punti qualificanti della dir. 00/43/CE 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, connessa 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 dalla direttiva comunitaria è riferita anche a situazioni in cui il raffronto con altre posizioni non costituisce un elemento costitutivo necessario della fattispecie"²⁸. 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 svantaggio²⁹. 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 tassatività³⁰.

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.

2005, *Natchova e a. c. Bulgaria*, cause nn. 43577/98 e 43579/98, nonché C. Eur. Dir. Uomo 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finčić c. Bosnia-Erzegovina*, cause nn. 27996/06 e 34836/06, entrambe in <http://hudoc.echr.coe.int>, §§ da 43 a 45 e 50.

²⁸ BARBERA M., *Eguaglianza e differenza*, cit., p. 399 ss.

²⁹ C. Giust. 10 luglio 2008, C-54/07, *Centrumvoorgelikeid*.

³⁰ 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, C. Giust. 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*, punti 38 e 50.

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 direttiva³¹. 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. 25 luglio 1998 n. 286 (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 de-

³¹ C. Giust., Grande Sezione, 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*.

terminando dunque un concorso/conflitto tra la vecchia nozione mantenuta in vigore e quella nuova recepita nel d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215 – 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, co. 3)³². Ciò però non ha impedito al legislatore italiano di mantenere a lungo un regime differenziato per l’accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni grazie a una regolamentazione di settore fortemente restrittiva³³. 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)³⁴. Con discutibile prassi si è però continuato a limitare ai soli cittadini l’accesso a posti della P.A. anche se questi non riguardano – così come richiesto dalla disciplina italiana e dell’Unione – l’effettiva partecipazione a pubblici poteri o a funzioni poste a tutela dell’interesse nazionale³⁵.

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 xenofobia³⁶. È 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 non appaia ragionevole.

³² MC BRITTON, *La legge italiana sull’immigrazione e l’inclusione sociale*, in *RGL*, 2007, I, p. 569 ss.; NAPPI, *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in *DML*, 2007, p. 78 ss.; TURSI, *La nuova disciplina dell’immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in ID. (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Giappichelli, 2005, p. 9 ss.

³³ MAMMONE, *L’accesso al lavoro pubblico dei cittadini stranieri fra divieto di discriminazioni e restrizioni all’accesso degli extracomunitari*, in *RIDL*, 2003, II, p. 278.

³⁴ L. 6 agosto 2013 n. 97, art. 7, co. 1, lett. a) e b), che ha modificato il d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 38.

³⁵ Con un’interpretazione *lata* dell’art. 45, par. 4, TFUE, seccamente smentita da C. Giust. 10 settembre 2014, C-270/13, *Casilli*.

³⁶ GOTTARDI, *op. cit.*, p. 447 ss.

4. *La libera circolazione dei cittadini dell'Unione e i suoi limiti*

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 che 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). Cosicché 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 esecuzione³⁷.

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 divenuto 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

³⁷ Nell'ordinamento italiano anche ai sensi dell'art. 2126 cod. civ., la cui interpretazione confermativa della tutela a favore del contraente debole è attestata da Cass. 26 marzo 2010 n. 7380, in *RIDL*, 2010, II, p. 778 e Trib. Brescia 25 settembre 2009, in *D&L*, 2009, p. 681.

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 dir. 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 ospitante³⁸. 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).

³⁸ BONARDI, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, in RGL, 2008, p. 565 ss.; CHIAROMONTE, *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 DLRI, 2008, p. 101 ss.; DI STASI, *Il diritto alla tutela previdenziale dei lavoratori immigrati extracomunitari*, in AA.Vv., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, 2007.

5. *Le tipologie di immigrati extracomunitari: titolari di permesso di soggiorno UE e rifugiati*

Nei confronti dell'ampio *genus* degli immigrati extracomunitari la tutela più incisiva è attribuita dalla dir. 03/109 CE del 25 novembre 2003 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 appunto 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, e 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 dello SEE (Spazio Economico Europeo), 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, ricomprendono 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 restrittivamente³⁹.

³⁹ C. Giust. 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaje* e le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot presentate il 13 dicembre 2011.

La sentenza *Kamberaj* dichiara contraria all'art. 11, par. 1, lett. d), della dir. 03/109/CE una legge della Provincia autonoma di Bolzano che, con riguardo alla concessione di un sussidio per l'alloggio, riserva 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 dir. 11/95 UE del 13 dicembre 2011 (che ha sostituito la direttiva 04/83 CE del 29 aprile 2004) 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 sentenza di condanna passata in giudicato per reati di particolare gravità (artt. 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. Segue: *immigrati regolari e sicurezza sociale*

La quarta categoria di immigrati è rappresentata da coloro che soggiornano regolarmente nel territorio degli Stati membri. La disciplina generale è oggi contenuta nella direttiva 11/98 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2011, che ha istituito il permesso unico di soggiorno e avviato il processo di parificazione delle tutela 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: 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 consolari⁴⁰. 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 adempiervi sanzionato con la revoca del permesso e l’espulsione.

È 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 del 29 aprile 2004 (art. 12, par. 1, lett. e), il quale ha sostituito il regolamento (CEE) n. 1408/1971 del 14 giugno 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)⁴¹. Questa ma-

⁴⁰ BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Sezione I, Profili generali e costituzionali*, in NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, 2004.

⁴¹ NICOTRA, *Diritto degli immigrati alla non discriminazione nell’accesso alle prestazioni di assistenza sociale*, in *DU - cronache e battaglie*, n. 1/2006; PAGGI, *Prestazioni di assistenza sociale e parità di trattamento*, in *DIC*, 1999; CHIAROMONTE, *Previdenza e assistenza sociale degli stranieri. Prospettive nazionali e comunitarie*, in *LD*, 2009, p. 607; TORSSELLO, *I diritti sociali degli stranieri nella legislazione italiana tra previdenza e assistenza*, in DI STASI (a cura di), *I diritti sociali degli stranieri. Principi e disciplina in Italia e in Europa*, Ediesse, 2008.

teria 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 del 16 settembre 2009 (che modifica quello base del 2004) vengono elencate le prestazioni in danaro speciali di carattere non contributivo a cui sono tenuti i singoli Stati⁴².

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 parzialmente discordanti.

Anzitutto la Corte di Giustizia⁴³ 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'applicazione 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 contempli altresì “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

⁴² Per l'Italia l'elenco comprende: a) pensioni sociali per persone sprovviste di reddito (l. 30 aprile 1969 n. 153); b) pensioni, assegni e indennità per i mutilati e invalidi civili (l. 30 marzo 1971 n. 118, l. 11 febbraio 1980 n. 18 e l. 23 novembre 1988 n. 508); c) pensioni e indennità per i sordomuti (l. 26 maggio 1970 n. 381 e l. 23 novembre 1988 n. 508); d) pensioni e indennità per i ciechi civili (l. 27 maggio 1970 n. 382 e 23 novembre 1988 n. 508); e) integrazione delle pensioni al trattamento minimo (l. 4 aprile 1952 n. 218, l. 11 novembre 1983 n. 638 e l. 29 dicembre 1990 n. 407); f) integrazione dell'assegno di invalidità (l. 12 giugno 1984 n. 222); g) assegno sociale (l. 8 agosto 1995 n. 335); h) maggiorazione sociale (l. 29 dicembre 1988 n. 544 e successive modifiche, art. 1, co. 1 e 12).

⁴³ C. Giust. 12 luglio 1990, C-236/88, *Commissione v. Francia*; C. Giust. 9 ottobre 1974, C-24/74, *Biason*; C. Giust. 24 febbraio 1987, C-93/86, *Giletti*.

costituisce, di diritto, una prestazione accessoria” (punto 11 della motivazione).

7. *Il principio di condizionalità e i vincoli di bilancio. Le Corti a confronto*

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 contributivo⁴⁴. 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'art. 7, par. 1, lett. b), della dir. 04/38/CE, come interpretato alla luce del decimo considerando 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 dir. 04/38/CE 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 temporanee⁴⁵.

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 per escludere l'accesso alle prestazioni assistenziali, senza che occorra valutare le ripercussioni sull'equilibrio finanziario del sistema. Il *revirement* della Corte di Giustizia, contenuto nella sentenza *Dano*⁴⁶, è stato determinato dall'esigenza di rispondere alle pressioni politiche esercitate da alcuni Stati membri preoc-

⁴⁴ C. Giust. 19 settembre 2013, C-140/12, *Brey*, punto 72.

⁴⁵ V., per analogia, C. Giust. 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, punto 44; C. Giust. 15 marzo 2005, C-209/03, *Bidar*, punto 56; C. Giust. 18 novembre 2008, C-158/07, *Förster*, punto 48.

⁴⁶ C. Giust. 11 novembre 2014, C-313/13, *Dano*.

cupati 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 consolidato⁴⁷, 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 Stati⁴⁸. 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 lavoro⁴⁹. La Corte EDU offre dunque una lettura dell’art. 14 sintonica col principio di eguaglianza: il trattamento diviene discriminatorio – ha puntualizzato la giurisprudenza della Corte – ove esso non trovi una giustificazione oggettiva e ragionevole; non realizzi, cioè, un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l’obiettivo perseguito⁵⁰.

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

⁴⁷ C. Giust. 25 febbraio 2016, C-299/14, *Garcia-Nieto*; C. Giust. 15 settembre 2015, C-67/14, *Dano 2*.

⁴⁸ C. Eur. Dir. Uomo 19 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*, cit. e C. Eur. Dir. Uomo 30 settembre 2003, *Koua Poirrez c. Francia*, in *DULF*, 2007, p. 687.

⁴⁹ C. Eur. Dir. Uomo 8 aprile 2014, *Dhahbi v. Italia*, cit.

⁵⁰ Ad es. C. Eur. Dir. Uomo 25 ottobre 2005, *Niedzwiecki c. Germania*; C. Eur. Dir. Uomo 16 marzo 2010, *Carson ed altri c. Regno Unito*; C. Eur. Dir. Uomo 27 novembre 2007, *Luczak c. Polonia*, tutte in <http://hudoc.echr.coe.int>.

consentono di imporre sacrifici alle situazioni giuridiche facenti capo ai singoli, anche in virtù di un principio solidaristico, è altresì vero – afferma la Consulta – che tali sacrifici incontrano il limite del “nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana”⁵¹. Il nocciolo duro è costituito da quei diritti che ineriscono alla sfera di tutela della persona umana, quali la libertà personale, la vita e la salute. In particolare, la Corte afferma che, di fronte a bisogni primari che attengono alla salute, quali le 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 Stato⁵². 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).

Al di là di tale nocciolo duro, e con riferimento alle prestazioni di assistenza sociale, la Corte ammette che possano introdursi discipline differenziate per il relativo accesso “al fine di conciliare la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili”⁵³; tuttavia “la legittimità della scelta non esclude che i canoni selettivi adottati debbano comunque rispondere al principio di ragionevolezza, in quanto l’introduzione di regimi differenziati è consentita solo in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l’attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*”⁵⁴.

Ricco è l’elenco delle pronunce che applicano il principio con riguardo alle limitazioni disposte nei confronti degli immigrati. Tra queste vanno ricordate le numerose questioni di legittimità costituzionale affrontate con riferimento agli interventi di contenimento della spesa in una legge finanziaria (l. 23 dicembre 2000, art. 80, co. 19) che aveva ristretto le condizioni di accesso a determinate prestazioni assistenziali (l’assegno sociale e le provvidenze economiche in materia di servizi sociali) ai soli titolari di permesso UE, modificando in peggio la disciplina contenuta nell’art. 41 del d.lgs. n. 286/98

⁵¹ C. Cost. 3 giugno 2013 n. 116.

⁵² C. Cost. 17 luglio 2001 n. 252.

⁵³ Da ultimo cfr. C. Cost. 3 giugno 2013 n. 133.

⁵⁴ Cfr. C. Cost. 4 luglio 2013 n. 172; C. Cost. 7 giugno 2013 n. 133 e C. Cost. 18 gennaio 2013 n. 2; C. Cost. 9 febbraio 2011 n. 40 e C. Cost. 2 dicembre 2005 n. 432.

che riconosce il diritto a tutti gli immigrati regolarmente soggiornanti da almeno un anno. La Corte 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 indirizzate 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 dir. 04/38/CE⁵⁵.

La Corte è intervenuta inoltre per scrutinare diverse leggi regionali, che hanno ancorato il sistema di protezione sociale alla c.d. *residenza qualificata* nel territorio regionale, protrattasi per periodi più lunghi di quelli richiesti ai cittadini dello Stato. Si tratta di una linea politica che si è diffusa con accenti xenofobi specie 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. La Corte ha operato un distinguo tra bisogni primari dell'individuo che devono prescindere dalla dimensione territoriale, e provvidenze che invece richiedono, a seconda del contenuto della prestazione, o la *residenza semplice*, vale a dire la stabile dimora di cui all'art. 43 cod. civ., o un rapporto costante e duraturo con la comunità locale, pervenendo a soluzioni di grande equilibrio e che mostrano sensibilità all'integrazione sociale degli immigrati. Si possono qui ricordare alcuni casi paradigmatici. È manifestamente irragionevole, ed incongruo, negare l'accesso a un fondo per il contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale a chi abbia la sola residenza nella Regione, riconoscendolo ai cittadini dell'Unione che risiedano da almeno cinque anni, posto che non vi è alcuna correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni primari dell'essere umano, insediatisi nel territorio regionale, e la protrazione nel tempo di tale insedia-

⁵⁵ Cfr. C. Cost. 29 luglio 2008 n. 306 e C. Cost. 11 marzo 2013 n. 40, sull'indennità di accompagnamento; C. Cost. 12 dicembre 2011 n. 329, sull'indennità di frequenza scolastica per i minori stranieri con handicap; C. Cost. 14 gennaio 2009 n. 11, sulla pensione di inabilità; C. Cost. 26 maggio 2010 n. 187, sull'assegno sociale.

mento⁵⁶. Del pari un assegno di cura per gli immigrati non autosufficienti e una provvidenza economica per garantire il diritto allo studio non hanno alcun rapporto con la durata del permesso di soggiorno e della residenza⁵⁷. Il radicamento col territorio può essere invece richiesto per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica, ma va contenuto nel rispetto delle dir. 04/38/CE e 03/109/CE⁵⁸. 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 regionale⁵⁹.

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 per tutelare i 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.

⁵⁶ C. Cost. 16 luglio 2013 n. 222; C. Cost. 7 febbraio 2011 n. 40; C. Cost. 28 maggio 2010 n. 187.

⁵⁷ C. Cost. 16 luglio 2013 n. 222; C. Cost. 1 luglio 2013 n. 172; C. Cost. 14 gennaio 2013 n. 2.

⁵⁸ C. Cost. 7 giugno 2004 n. 168.

⁵⁹ C. Cost. 16 luglio 2013 n. 222.

Abstract

Il saggio analizza la tutela antidiscriminatoria di cui godono i lavoratori immigrati all'insegna di una prospettiva multilivello: più in particolare viene descritto il complesso di strumenti normativi del diritto nazionale ed europeo a tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli immigrati (ad es., in materia di sicurezza sociale), per come interpretato dalla Corte Costituzionale, dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU. Da ultimo, vengono analizzati i recenti orientamenti giurisprudenziali, che oscillano tra l'affievolimento del principio paritario in ragione di sempre più stringenti vincoli di bilancio, e la tendenziale parificazione tra *cives* e *non cives* alla luce del principio di eguaglianza.

The present work analyses the protection granted to immigrant workers in the light of the non-discrimination principle, according to a multilevel perspective: in particular, the essay focuses on the domestic and European legal framework protecting immigrants' labour rights (i.e., having regard to social security) in compliance with the interpretation of the Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Finally, this paper deals with the current judicial orientations, that wave between the weakening of the principle of equal treatment among citizens and immigrants because of the austerity programs, and the almost equalization between *cives* and *non cives*.

Key words

Immigrazione, diritti sociali, non discriminazione, tutela multilivello, libera circolazione, sicurezza sociale, vincoli di bilancio, eguaglianza.

Immigration, social rights, non-discrimination, multilevel protection, freedom of movement, social security, budgetary constraints, equality.

