LO STATUTO COSTITUZIONALE DEL NON CITTADINO: I DIRITTI SOCIALI

di Barbara Pezzini

(versione provvisoria)

SOMMARIO

1. Una questione che interroga l'uguaglianza. - 2. La mappatura. - 2.1. Il diritto alla salute (un diritto della persona; il divieto di segnalazione della irregolarità come garanzia dell'effettività). - 2.2. Il diritto all'istruzione (il diritto particolarmente protetto dei minori; ampiezza di configurazione e difetto di attuazione). 2.3. Il diritto all'abitazione (quando il diritto si converte in obbligo; i criteri di limitazione ragionevole; la residenza come criterio di stretto scrutinio e come discriminazione indiretta). - 2.4. Il sistema della sicurezza sociale (l'essenzialità ridotta al minimo indispensabile: un sistema di welfare sussidiario e di soccorso). - 2.5. Il diritto al lavoro come diritto sociale (la priorità dei cittadini nell'accesso al mercato e la creazione di un mercato *metecio*). 2.6. Il diritto alle pari opportunità uomo-donna come diritto sociale (l'assenza di pari opportunità e la macroscopica *questione di genere*). - 2.7. I diritti sociali speciali dello straniero. - 3. L'uguaglianza e la differenza tra cittadini e non cittadini nella catena della cittadinanza e nella catena del personalismo. - 3.1. La parziale disponibilità del titolo e del tempo nel rapporto dello straniero con lo Stato. - 3.2. La *differenza* dei non cittadini di fronte alla Corte costituzionale. - 4. Conclusioni. Diritti sociali dei non cittadini: le condizioni dell'uguaglianza. - 4.1. La completa equiparazione di cittadini e non: diritti sociali *personalissimi*. - 4.2. L'equiparazione in via di principio di cittadini e non: le condizioni che indirizzano e vincolano la discrezionalità del legislatore.

1. Una questione che interroga l'uguaglianza.

La scelta di definire in negativo il soggetto titolare dei diritti in questione (*non-cittadino*) pone immediatamente a tema la *differenza dal cittadino* e, per ciò stesso, riconduce alla dimensione costituzionale dell'uguaglianza, in cui le *differenze*, come tali, sono sospettabili di discriminazione. E, come vedremo, la dimensione anti-discriminatoria del principio di uguaglianza gioca un ruolo decisivo nel definire lo statuto costituzionale del non cittadino (non solo in base all'art. 3 cost., ma anche per l'influenza crescente CEDU e comunitaria, in un processo di armonizzazione delle interpretazioni).

L'associazione al soggetto non cittadino della categoria dei diritti sociali rimanda, d'altro canto, alla prospettiva dell'uguaglianza sostanziale: alla dimensione, quindi, in cui il riconoscimento di un diritto sociale in capo al soggetto agisce e si fonda su un principio di superamento della condizione personale e sociale di subordinazione (principio anti-subordinazione).

È l'uguaglianza *a tutto tondo* a condurre il filo di questa relazione.

Per ragioni innanzitutto organizzative del discorso, la mia relazione si concentrerà sulla condizione dei non cittadini come definiti dall'art. 10,2 cost. attraverso la norma interposta art. 1 del TUI, vale a dire *stranieri extra-comunitari ed apolidi* (anche se il t.u. dopo avere menzionato gli apolidi dimentica il coordinamento delle norme) con rinvio ad altre relazioni (Nascimbene) per quanto riguarda la condizione degli asilanti e rifugiati e salvo alcune considerazioni sul rilievo dello statuto costituzionale del comunitario (la condizione degli italiani non appartenenti alla Repubblica non apparendo significativa nel riferimento ai diritti sociali).

La condizione dei comunitari nella prospettiva dei diritti sociali è caratterizzata, insieme dalla libertà di circolazione e dalla garanzia dell'applicazione in loro favore del *principio di non discriminazione*, che muove l'assimilazione alle condizioni di trattamento previste dallo stato per i propri cittadini.

Tale protezione, in realtà, si estende a tutte le situazioni e categorie "protette" dal diritto comunitario ed in particolare riguarda i cittadini di paesi terzi nei seguenti casi:

a) familiari di cittadini dell'Unione Europea regolarmente soggiornanti (art. 24 direttiva 2004/38/CE, recepita in Italia con d.lgs. n. 30/2007; b) titolari di permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti (art. 11 direttiva 2003/109/CE, recepita in Italia con d.lgs. n. 3/2007); c) rifugiati e titolari della protezione sussidiaria (art. 28 direttiva 2004/83/CE, recepita in Italia con d.lgs. n. 251/2007); d) cittadini di paesi terzi provenienti da altro Stato membro dell'Unione europea (Regolamento CE n. 859/2003); e) lavoratori marocchini, algerini, tunisini e turchi e loro famigliari regolarmente soggiornanti in Italia (principio di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale contenuto negli Accordi di Associazione euro-mediterranei, e nelle regole applicative dell'Accordo di Associazione Ce- Turchia, applicabile in base alla giurisprudenza della CGE anche alle prestazioni sociali non contributive).

È evidente che molto altro ci sarebbe da osservare sulle dinamiche e le condizioni specifiche che strutturano riconoscimento e garanzia dei diritti sociali nella dimensione comunitaria¹, ma anche questo tema resterà per oggettive ragioni di spazio estraneo alla relazione.

L'oggetto della relazione è complicato dalla mancanza di una definizione *in positivo* condivisa e consolidata della categoria dei diritti sociali, per cui conserva consistenza il riferimento *in negativo*, per differenza rispetto ai diritti di libertà che fornirebbero lo statuto pieno di *diritto costituzionalmente garantito* cui i diritti sociali aspirano invano, costantemente esposti al rischio di una retrocessione a diritti *condizionati*, semplicemente *legali* o addirittura *a mere aspettative*²; una minorità costituzionale che ne rende incerta persino la mappatura (il diritto al lavoro è un diritto sociale ? per non parlare delle pari opportunità tra uomini e donne –artt. 117, 7 e 51 riformato- che personalmente colloco nell'area dei diritti sociali anche se, al più, riescono a suscitare qualche attenzione come fondamento di norme anti-discriminatorie in relazione al sesso³).

2. La mappatura

La riflessione non può che muovere da una *mappatura* dei diritti sociali dei non cittadini che consenta di ricostruire un disegno normativo e di rilevare i problemi e le criticità elaborando i concetti rilevanti nelle relazioni giuridiche che effettivamente agiscono.

Le fonti costituzionali che attribuiscono diritti sociali al non cittadino sono essenzialmente due: l'art. 10, 2 cost., nella misura in cui l'accesso ed il godimento di diritti sociali contribuiscono a definire la "condizione giuridica dello straniero" e sono assistiti da una riserva di legge rinforzata in materia, che prescrive la conformità a norme e trattati internazionali; l'art. 2 cost., per il principio personalistico che impone il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona umana, nella misura in cui i diritti sociali vengano riconosciuti come tali⁴ e correlandoli ai doveri inderogabili di solidarietà (l'art. 2 cost. introduce così le ulteriori disposizioni costituzionali rilevanti per i singoli diritti sociali -gli articoli che li costituzionalizzano specificamente- e rimanda comunque alla matrice costituzionale del principio di uguaglianza sostanziale).

L'art. 10,2 costituisce, in materia di diritti sociali, un riferimento indispensabile, perché i diritti sociali hanno una struttura condizionata dalla mediazione legislativa necessaria per definire le condizioni di accesso e fruizione del bene oggetto del diritto, che corrisponde allo spazio di discrezionalità e di decisione politica sull'attuazione intrinseco alla struttura costituzionale del diritto sociale⁵: mediazione legislativa (e decisione politica) che, nei confronti dello straniero, non

¹ Salmoni 2005; Giubboni 2008.

² Pezzini 2001; Moreau 2009.

³ Pezzini 2005 e 2009.

⁴ La giurisprudenza costituzionale sembra usare alternativamente le espressioni "diritti inviolabili", "diritti dell'uomo", "diritti della personalità" in riferimento alla salute umana, all'abitazione, al lavoro, annettendo limitato valore alle qualificazioni formali ma anche senza usare questa leva per un'estensione diretta agli stranieri [Luciani 1992; Cuniberti 1997; Prospero 2006]. In prospettiva generale Maciejczyk Jaron 2009.

⁵ Pezzini 2001.

possono prescindere dalle condizioni specifiche introdotte dalla riserva di conformità alle norme ed ai trattati internazionali.

L'art. 2 garantisce direttamente il diritto sociale riconosciuto come fondamentale e inviolabile, il cui accesso e godimento vengono, di conseguenza, attribuiti indipendentemente dalla cittadinanza e dalla stessa mediazione legislativa (la legge che li nega risulta incostituzionale, eventualmente per omissione).

La mappatura terrà conto delle due fonti; il testo essenziale di riferimento è rappresentato dal TUI, per il suo carattere di legge di attuazione dell'art. 10,2 cost., ferma restando la necessità di integrazione, per i singoli diritti sociali, con altre fonti primarie pertinenti.

2.1. Il diritto alla salute (un diritto della persona; il divieto di segnalazione della irregolarità come garanzia dell'effettività)

Il primo diritto sociale cui fare riferimento è il diritto sociale alla salute, espressamente garantito dall'art. 32 cost come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Nell'ambito del TUI è costruita una base normativa di riferimento che mira ad assicurare il diritto sociale alla salute agli stranieri attraverso il sistema del SSN, inserendoli nel sistema universalistico comune ai cittadini.

Per gli stranieri regolarmente soggiornanti con un titolo non breve (titolari -o in attesa di rilascio o rinnovo- di permesso di soggiorno per motivi di lavoro, in attesa occupazione, per motivi familiari, per asilo, attesa adozione, affidamento, acquisto della cittadinanza, minori inespellibili, per gravidanza e puerperio), nonché per i familiari a loro carico (art. 34,1 lett. a) e b) e 2) vi è obbligo di iscrizione al servizio e, in questo modo, è garantita "parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia dal servizio sanitario nazionale e alla sua validità temporale".

Per gli altri⁶ (art. 34,3 e 4), il diritto sociale si converte in obbligo individuale di garantirsi una adeguata copertura del rischio, stipulando una assicurazione privata ovvero tramite l'iscrizione volontaria al SSN (per il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno l'assolvimento va documentato⁷).

Il SSN fornisce però ai non cittadini una tutela della salute più vasta di quella destinata agli iscritti:

- da un lato, erogando prestazioni a quei soggetti che, pur essendo presenti regolarmente sul territorio nazionale, non hanno titolo per l'iscrizione neppure facoltativa (permesso breve turistico) che sono tenuti in cambio al pagamento delle prestazioni in base alle tariffe determinate dalle regioni (art. 35,1), nonché ai soggetti che abbiano ottenuto uno specifico visto di ingresso e permesso di soggiorno per cure mediche ai sensi dell'art. 36 (cure a pagamento per le quali debbono prestare idonea cauzione, a meno che non si svolgano all'interno di specifici programmi umanitari, art. 36,2);

- dall'altro, dovendo garantire anche agli stranieri in condizione irregolare le prestazioni di cura ambulatoriali, ospedaliere e farmacologiche⁸ che rispondono ai criteri di urgenza o di essenzialità, nel rispetto del principio di continuità delle cure (art. 35,3); l'erogazione è gratuita per coloro che siano in condizioni di indigenza relativa (co. 4).

La normativa individua alcune tipologie di *prestazioni* comunque garantite: prestazioni connesse alla tutela della gravidanza e della maternità; prestazioni che garantiscono ai minori di 18 anni "*il migliore stato di salute possibile*" (per rinvio alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 - l. 176/1991⁹); gli interventi di profilassi internazionale e per le malattie infettive, nonché le vaccinazioni secondo la normativa e nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva

⁶ Il d. lgs. 160/2008 ha esteso l'obbligo di iscrizione volontaria anche per i genitori ultra-65enni ricongiunti.

⁷ Art. 9 e 11 reg.; il contributo di iscrizione volontaria va da 387 euro, a 219 per persone alla pari, a 149 per gli studenti.

⁸ Farmacologiche estese dal regolamento (art. 43)

⁹ Che comprendono l'assistenza medica e le cure sanitarie necessarie con speciale attenzione per lo sviluppo delle cure sanitarie primarie, i servizi sanitari di base e la medicina preventiva, oltre che le cure speciali e tendenzialmente a titolo gratuito per i minori fisicamente o mentalmente disabili.

autorizzati dalle regioni. La logica non è *esemplificativa* di tipologie fondamentali di cura urgente ed essenziale, ma individua soggetti particolarmente protetti, sia in forza dei trattati internazionali (Convenzione di New York assicura anche appropriate cure mediche pre e post natali alle donne in gravidanza), sia in virtù dell'art. 31 cost., ovvero peculiari ambiti di tutela dell'*interesse collettivo* alla salute.

L'individuazione delle prestazioni urgenti ed essenziali ex art. 35,3 va invece compiuta in concreto riferimento alle condizioni di salute del singolo individuo, con una valutazione complessiva dello stato di salute del soggetto che deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico (CC 252/2001¹⁰).

La circolare 5/2000 del Ministero della sanità riferisce l'*essenzialità* alle prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche relative a patologie che, pur non essendo pericolose nell'immediato o a breve termine, potrebbero determinare nel tempo maggior danno alla salute o rischi per la vita, con complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti e specifica l'*urgenza* come indifferibilità non solo senza pericolo per la vita ma anche senza danno alla salute delle persone, riservando alla responsabilità del medico l'accertamento in materia¹¹. Le indicazioni che si ricavano dalla giurisprudenza sembrerebbero, invece, maggiormente restrittive: hanno escluso, ad esempio, le cure di cui ha bisogno un tossicodipendente che non si trovi in una situazione patologica acuta¹² (Cass., I, n. 15830/2001) e connesso l'essenzialità alla immediata sopravvivenza (Cass., I, n. 20561/2006 e 1531/2008). Le pronunce giudiziali sono però rese in situazioni in cui viene valutata la protezione del diritto alla salute come condizione di inespellibilità, quindi entro un giudizio che applica la garanzia di tutela della salute in bilanciamento con l'applicazione delle procedure di espulsione¹³, mentre la ricostruzione della *ratio* autonoma dell'art. 35,3 va inquadrata nella sua attitudine a garantire l'attuazione del diritto fondamentale alla salute che gli articoli 32 e 2 cost. riconoscono non solo indipendentemente dalla cittadinanza, ma anche indipendentemente da qualsiasi formalizzazione del rapporto con lo stato italiano, in forza della mera presenza sul territorio di un soggetto bisognoso di cure.

Nella disciplina del TUI è opportunamente prevista una garanzia strumentale connessa all'effettiva tutela della salute, disponendo all'art. 35,5 il divieto di segnalazione alle autorità dello straniero irregolarmente presente sul territorio che acceda alle strutture sanitarie (l'accesso «*non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano*»)¹⁴. Il divieto è ora accompagnato dalla previsione dell'art. 6, 2 che esclude espressamente la necessità di esibire il permesso di soggiorno per l'accesso alle prestazioni sanitarie urgenti ed essenziali¹⁵; nelle modifiche al TUI recentemente introdotte dalla legge in materia di sicurezza pubblica 194/2009, era stata invece inizialmente prevista¹⁶ l'abrogazione del divieto di segnalazione, poi reintrodotta nel testo definitivo (anche per la

¹⁰ La sent. 252/2001 della Corte costituzionale impone di tenere conto di tale valutazione medica in concreto anche in sede di convalida giudiziaria di un procedimento di espulsione «*non potendosi eseguire l'espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio*» al suo diritto fondamentale alla salute.

¹¹ Si tratta di una costante nella legislazione sanitaria italiana [Pitino 2009].

¹² Al contrario, la circolare ministeriale riconosce le prestazioni dei Sert.

¹³ Criticamente su di un bilanciamento in cui il diritto alla salute entra già ridotto al suo nucleo minimo Bascherini 2007.

¹⁴ Risale al decreto Dini (d.l. 489/95).

¹⁵ L'esibizione della documentazione relativa ad una condizione di regolare soggiorno *agli uffici della pubblica amministrazione ai fini del rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati* era precedentemente esclusa, oltre che per le attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, *per il compimento degli atti di stato civile e, in generale, per l'accesso a pubblici servizi*; tra le modifiche introdotte dalla legge sulla sicurezza si trova la riformulazione dell'area di eccezione, ridotta al solo *accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'articolo 35 e prestazioni scolastiche obbligatorie*: la documentazione è quindi richiesta per l'accesso ai servizi sociali, sanitari, scolastici extra-obbligo e i per servizi pubblici locali (trasporto pubblico locale, erogazione di energia elettrica, gas, acqua, ecc.).

¹⁶ Articolo 45, comma 1, lett. t), del testo approvato dal Senato - AC 2180.

significativa mobilitazione da parte di numerose associazioni e per le ferme prese di posizione delle federazioni dei professionisti sanitari¹⁷).

La funzione essenziale svolta dal divieto di segnalazione ai fini di garanzia dell'effettività del diritto alla salute è stata rimarcata dalla giurisprudenza costituzionale (252/2001: «*il comma 5 dello stesso art. 35, proprio allo scopo di tutelare il diritto alla salute dello straniero comunque presente nel territorio dello Stato, prevede che "l'accesso alle strutture sanitarie ... non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano", disposizione che conferma il favor per la salute della persona che connota tutta la disciplina in materia*»).

Per effetto di queste disposizioni del TUI l'accesso e il godimento del diritto sociale alla salute del non cittadino appare ampio¹⁸, ancorché precario, come dimostra la recente vicenda della discussione sulla soppressione della garanzia di non segnalazione degli irregolari.

Il riconoscimento del diritto sociale alla salute è comunque garantito dalla costituzione (art. 32 in relazione all'art. 2 cost.) come diritto della persona umana a prescindere dalla cittadinanza.

La giurisprudenza costituzionale è stata particolarmente esplicita nell'indicare che l'accesso ed il godimento del diritto spettano a tutti, indipendentemente dalla cittadinanza, ed in connessione con il principio personalistico: l'ha detto apertamente, anche se in una semplice considerazione generale premessa ad una decisione in materia di stato giuridico del personale medico, nel ricostruire il carattere universalistico impresso al sistema sin dalla riforma ospedaliera del 1968 (sent. 103/1977¹⁹); l'ha espressamente riconosciuto, questa volta come argomentazione specifica, in una decisione di rigetto interpretativa che chiama il giudice della convalida di un provvedimento di espulsione a valutare autonomamente se le esigenze di cura del soggetto debbano prevalere sull'esecuzione dell'espulsione (sent. 252/2001²⁰); e l'ha successivamente confermato nelle sentenze 432/2005 e 306/2008 che dimostrano la necessità di una tutela ampia del diritto alla salute, che si estende molto oltre il nucleo essenziale e irriducibile e copre anche le "provvidenze" indirette, come la previsione di tariffe agevolate per gli invalidi (sent. 432/2005²¹) o la indennità di accompagnamento (sent. 306/2008²²).

¹⁷ www.divietodisegnalazione.medicisenzafrotiere.it. Gli appelli sottolineano che il rischio di segnalazione e/o denuncia contestuale alla prestazione sanitaria creerebbe nell'immigrato privo di permesso di soggiorno e bisognoso di cure mediche una reazione di paura e diffidenza in grado di ostacolare l'accesso alle strutture sanitarie; ciò potrebbe determinare condizioni di salute particolarmente gravi per tali stranieri, soprattutto minori, donne in gravidanza e malati cronici, muovendoli ad accedere ai servizi solo in situazioni di urgenza indifferibile, con conseguente aumento dei costi per il SSN; potrebbe inoltre incentivare la nascita e la diffusione di percorsi ed organizzazioni sanitarie "paralleli" al di fuori dei sistemi di garanzia e di controllo della sanità pubblica, con ripercussioni sulla salute collettiva per il rischio di diffusione di focolai di malattie trasmissibili, a causa dei ritardi negli interventi di prevenzione e cura e della probabile irreperibilità dei destinatari di tali interventi.

¹⁸ Sulla situazione precedente Bonetti e Pastore 2004, Pitino 2009.

¹⁹ «Cardine della riforma, che con la richiamata normativa si è inteso attuare, appare la posizione profondamente diversa dal passato, riconosciuta all'infermo, *cittadino o straniero* [sottol. ns.], che abbisogni di ricovero e cure... In attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 della Costituzione (sentenze n. 21 del 1964 e n. 149 del 1969), l'infermo assume, nella novella concezione dell'assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di *solidarietà umana e sociale* [sottol. ns.]».

²⁰ «Questo "nucleo irriducibile" di tutela della salute *quale diritto fondamentale della persona* deve perciò essere riconosciuto *anche agli stranieri*, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso».

²¹ Che riconosce «raccordata, sul piano della "causa" normativa, a valori di solidarietà, non disgiunti dagli intuibili riverberi che le peculiari condizioni dei beneficiari e la natura stessa del beneficio possono in concreto presentare rispetto alle esigenze di vita e di relazione; *non ultime quelle connesse alla tutela del diritto alla salute* [sottol. ns.], in presenza di una così grave menomazione».

²² Che ritiene riconducibile alla sfera del «diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza. Ne consegue il contrasto delle disposizioni censurate non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con gli artt. 32 e 38 Cost., nonché – tenuto conto che

2.2. Il diritto all'istruzione (il diritto particolarmente protetto dei minori; l'ampiezza di configurazione a fronte del difetto di attuazione)

Il diritto all'istruzione si configura come diritto sociale costituzionalizzato nell'accesso universalistico dell'art. 34 (obbligo e gratuità per l'istruzione inferiore; sostegno sociale legato al reddito e meritocratico per l'istruzione superiore) e nella previsione di un sistema di scuole statali di ogni ordine e grado (art. 33 cost.).

La configurazione del diritto sociale all'istruzione nel TUI è complessa, sia perché distingue tra diversi livelli dell'istruzione (istruzione obbligatoria per i minori, istruzione di base per gli adulti, istruzione superiore e universitaria), sia perché tiene conto delle differenti funzioni dell'istruzione stessa, come elemento di sviluppo della personalità e come elemento di integrazione nella dimensione inter-culturale. La disciplina del TUI contiene elementi particolarmente significativi di un'attenzione all'effettività ed alla specificità della condizione e dei bisogni di istruzione dello straniero, anche se inseriti in un quadro in cui, da un lato, vengono sottovalutate le dimensioni attuative di tali previsioni di principio e, dall'altro, emergono lacune, ad esempio relative al livello dell'istruzione secondaria superiore.

L'art. 38,1 si occupa, innanzitutto, del livello dell'istruzione definita dall'obbligo scolastico (attualmente esteso per almeno 10 anni –art. 1, co.622, l.296/2006- e finalizzato al titolo di scuola secondaria superiore o qualifica professionale almeno triennale²³), che viene ampiamente²⁴ garantito ai minori stranieri *indipendentemente dal possesso di un titolo regolare di ingresso e di soggiorno*, assicurando loro l'applicazione di tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica.

L'effettività del diritto è strumentalmente garantita dalla prescrizione dell'art. 6,2 che, anche dopo la recente riscrittura, esclude espressamente la necessità di esibire il permesso di soggiorno per l'accesso alle prestazioni scolastiche *obbligatorie*: da intendersi dalla scuola dell'infanzia al conseguimento del titolo secondario superiore o professionale (art. 45 reg. e iscrizione con riserva); comprensivo delle misure complementari al diritto allo studio (attività educative extra-scolastiche, mense, trasporti); anche se residuano problemi per le gite e le attività sportive, in relazione alle autorizzazioni, assicurazioni ecc. da parte dei genitori. Si tratta di un elemento cruciale della garanzia di effettività, come ben dimostrano alcune vicende che hanno interessato i livelli di istruzione secondaria superiore²⁵.

quello alla salute è diritto fondamentale della persona (vedi, per tutte, le sentenze n. 252 del 2001 e n. 432 del 2005) – con l'art. 2 della Costituzione».

²³ D.M. 139/2007; la legge delega 53/2003 ha definito un sistema unitario di istruzione e formazione, integrando la scuola dell'infanzia ai cicli primo e secondo e la formazione professionale al sistema dei licei e degli istituti professionali; il d.lgs. 59/2004 stabilisce espressamente la *continuità educativa* tra scuola dell'infanzia e primaria (ord. Trib. Milano 2008 ex art. 44 TUI ha ritenuto discriminatoria la circolare del comune di Milano che subordinava l'iscrizione alla scuola dell'infanzia all'esibizione del permesso di soggiorno).

²⁴ La posizione dei minori è positivamente condizionata dalla Convenzione di New York, in particolare dall'art. 28.

²⁵ Nello scorso maggio, con due note del capo dipartimento Biondi, il Miur ha chiesto alle scuole superiori di comunicare i dati degli studenti "sia per la rilevazione degli esiti finali sia per monitorare l'intera carriera scolastica", dando indicazioni che non sembravano ammettere deroghe: "da quest'anno la rilevazione sugli esiti degli Esami di Stato per le scuole secondarie di secondo grado statali avrà come unità di rilevazione il singolo studente anziché la scuola" e "i codici fiscali degli alunni, comunicati dalle scuole, saranno validati da parte dell'Agenzia delle Entrate e, in caso di mancata corrispondenza, si dovrà procedere alle necessarie rettifiche".

Le note ministeriali hanno indotto il dubbio che gli studenti privi di codice fiscale in quanto irregolarmente presenti non potessero sostenere l'esame finale di maturità, sollevando a Napoli un caso che ha avuto echi sulla stampa; la questione è stata rappresentata anche in una interrogazione parlamentare urgente della senatrice Mariangela Bastico al Ministro dell'istruzione con la quale si chiedeva, tra le altre cose, se la novità di chiedere il codice fiscale fosse "un modo indiretto di verificare il possesso del permesso di soggiorno".

A tali dubbi ha risposto, rigettandoli, una nota del ministero del 7 giugno 2009: premesso che "La raccolta del codice fiscale degli studenti è una funzionalità contenuta nell'Anagrafe degli studenti, iniziata nel 2005/06 e proseguita da tutti i governi che da allora si sono succeduti. Il controllo dei codici fiscali viene attuato tramite una verifica incrociata con l'Agenzia delle entrate, per verificarne l'integrità e la correttezza." la nota prosegue chiarendo che lo studente

Ad altri significativi aspetti dell'effettività sono rivolte le disposizioni dei commi 2 (che vincolano Stato, Regioni ed enti locali a garantire l'effettività con l'attivazione di corsi ed iniziative per l'apprendimento della lingua italiana, primo veicolo di integrazione possibile e pre-condizione per l'esercizio del diritto/dovere allo studio), 3 (che valorizza la dimensione interculturale come elemento di accoglienza da parte della comunità scolastica), 7 (che prevede: formazione specifica del personale scolastico e adeguamento dei programmi; criteri e modalità di comunicazione con le famiglie anche con l'ausilio di mediatori culturali; criteri per l'iscrizione e l'inserimento nelle classi degli stranieri provenienti dall'estero, per la ripartizione degli alunni stranieri nelle classi e per l'attivazione di specifiche attività di sostegno linguistico²⁶).

L'inserimento dei minori nel sistema scolastico pubblico garantisce il diritto sociale, benché sia evidente che un livello adeguato di attuazione reclama l'effettività di tutte le misure di contesto individuate dalla legge, ed in particolare di quelle specificamente rivolte al minore straniero: esse dipendono innanzitutto da flussi di finanziamento adeguati e certi che, tuttavia, il sistema non sembra in grado di garantire, anche perché ha disseminato le competenze e le responsabilità tra soggetti differenti²⁷.

Ancora più evidente è la dissociazione tra bisogni riconosciuti (base di riconoscimento di contenuto di diritti sociali) e risorse strumentali, organizzative e finanziarie messe in campo per quanto riguarda l'istruzione per gli adulti.

Per i bisogni formativi degli adulti sono previsti dall'art. 38, 5:

corsi di alfabetizzazione nell'ambito della scuola dell'obbligo (lett. a);

corsi per il conseguimento del titolo dell'obbligo (lett. b);

percorsi volti ad integrare gli studi già compiuti finalizzati al conseguimento di titolo d'obbligo o superiore (lett. c);

corsi di lingua italiana (lett. d);

corsi di formazione professionale, anche in base ad accordi internazionali di collaborazione (lett. e), v. anche art. 23).

Alle relative prestazioni hanno accesso gli adulti *regolarmente soggiornanti* (il requisito è espressamente previsto dall'art. 38, 5, e l'accesso ai servizi relativi richiede l'esibizione del titolo di soggiorno ex art. 6,2).

Il ventaglio della domanda di istruzione e formazione presa così in considerazione appare sufficientemente ampio e diversificato da rispondere coerentemente a percorsi formativi molto differenti tra di loro, quali in effetti si presentano i bisogni obiettivamente espressi da soggetti stranieri che giungono in Italia in condizioni di istruzione assai variegata; tuttavia, per la soddisfazione di una domanda ricostruita in modo così ampio, sono individuati e messi in campo mezzi deboli e largamente insufficienti: non vi è alcun meccanismo di programmazione necessaria, ancorché graduale o variabile nel tempo, né alcuna garanzia dell'attivazione delle attività formative così individuate, bensì solo una generica sollecitazione a "*promuoverle*" posta a carico delle istituzioni scolastiche nel quadro di una programmazione territoriale ed anche mediante convenzioni con Regioni ed enti locali.

Mentre restano assenti dal TUI norme specificamente rivolte all'istruzione secondaria superiore (al di fuori di quella relativa ai percorsi di integrazione dei titoli stranieri sopra richiamata), l'art. 39 è

sprovvisto del codice fiscale "verrebbe semplicemente escluso dalla base informativa del Ministero, senza alcuna conseguenza per la sua privacy né per la sua possibilità di sostenere l'esame di Maturità" e richiamando espressamente il caso napoletano: "Per questo motivo non c'è nessun motivo di legge per cui la ragazza di Napoli non possa affrontare l'esame di maturità. Ogni altra indiscrezione su questa vicenda è priva di qualsiasi fondamento giuridico."

²⁶ La competenza in materia è assegnata dall'art. 45 reg. ai Collegi dei docenti: la scelta, che positivamente valorizza l'autonomia scolastica e consente di definire soluzioni effettivamente commisurate alle esigenze in concreto rilevate nel luogo decisionale più vicino ai soggetti che le esprimono, potrebbe d'altra parte comportare una elusione dell'obbligo di disciplina regolamentare [Bonetti 2004] e applicazioni discordanti ed eterogenee da scuola a scuola. Sulla vicenda delle *c.d. classi ponte* Brunelli 2009; Ambrosini 2008.

²⁷ V. anche la "programmazione territoriale integrata" di cui parla il comma 4, le convenzioni tra scuole, Regioni ed enti locali; i progetti co. 7 lett a).

specificamente dedicato all'istruzione universitaria ed assicura, come principio base di riferimento, la *parità di trattamento* tra lo straniero ed il cittadino italiano nelle condizioni di accesso e negli interventi per il diritto alla studio, sia pure richiamando i limiti e le modalità specificate dalla norma stessa.

Si distinguono:

- a) alcune categorie di stranieri già regolarmente residenti (art. 39, 5: titolari di permesso per soggiornanti di lunga durata, ovvero di permesso di soggiorno per lavoro subordinato o per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, o per motivi religiosi, ovvero regolarmente soggiornanti da almeno un anno in possesso di titolo di studio superiore conseguito in Italia), ai quali l'accesso all'università e alle misure di diritto allo studio è consentito senza limiti o modalità particolari;
- b) gli stranieri che, indipendentemente dalla residenza, hanno conseguito diplomi finali di scuole italiane all'estero o di scuole straniere o internazionali, con sede italiana o estera, oggetto di intese o normative speciali per il riconoscimento, ai quali è richiesto di soddisfare le condizioni generali richieste in caso di ingresso per studio;
- c) gli altri stranieri, che accedono nell'ambito delle quote annue determinate annualmente dal Min Aff Esteri di concerto con MIUR e Min Int sulla base delle disponibilità comunicate dalla università (art. 39,4), ai quali sono richiesti visto di ingresso e permesso di soggiorno per motivi di studio, condizionati in particolare alla dimostrazione di disponibilità di mezzi sufficienti di sostentamento o di adeguata garanzia sostitutiva (co. 3, lett. a).

Fatti salvi i limiti numerici e le condizioni di accesso così individuate direttamente dall'art. 39, il diritto sociale all'istruzione universitaria è garantito dalla integrale parificazione del non cittadino al cittadino italiano: questo è il senso da attribuire al principio di cui al 1° comma della disposizione.

Come ulteriori elementi idonei a rendere effettivo il diritto del non cittadino, il TUI prevede, rinviando al regolamento di attuazione per la specificazione, la rinnovabilità del permesso di soggiorno (al superamento di almeno un esame al primo anno e due nei successivi), la possibilità di esercizio di attività di lavoro subordinato o autonomo, l'erogazione di borse, sussidi e premi *senza la condizione di reciprocità*, la realizzazione di appositi corsi di lingua italiana (art. 39,3).

Il TUI ha anche disposizioni destinate a soddisfare la specificità della condizione e dei bisogni di istruzione dello straniero: in particolare, l'art. 38,6 affida alle regioni la promozione, anche attraverso altri enti locali, di programmi culturali per i diversi gruppi nazionali, anche mediante corsi effettuati presso le scuole superiori o istituti universitari; analogamente a quanto disposto per i figli dei lavoratori comunitari e per i figli degli emigrati italiani che tornano in Italia, sono attuati specifici insegnamenti integrativi, nella lingua e cultura di origine. Nell'ambito di una programmazione territoriale integrata ed eventualmente convenzionata con associazioni di stranieri, rappresentanze diplomatiche o consolari ed organizzazioni di volontariato, le comunità scolastiche promuovono e favoriscono iniziative di accoglienza e tutela della lingua d'origine e *attività interculturali comuni*; quest'ultima previsione rende significativamente visibile anche l'interesse collettivo e generale che trascende la rilevazione di un bisogno specifico del soggetto straniero e che acquista una portata di ordine generale orientando il sistema verso l'educazione interculturale, una dimensione in cui le identità culturali (dei paesi di provenienza e dell'Italia, paese di approdo) non siano fotografate staticamente ma vengano rielaborate attraverso riconoscibili *processi dinamici di identificazione*.

Anche in questo caso la significativa dimensione di contenuto, capace di apprezzare e qualificare come bene oggetto di tutela nell'ambito del diritto sociale all'istruzione anche la costruzione, il mantenimento o il potenziamento di legami con la cultura di origine, innanzitutto per il tramite della lingua, si scontra con l'assoluta genericità delle previsioni relative agli strumenti, che individuano correttamente le istituzioni più adeguate a rilevare i bisogni ed a costruire risposte, ma non offrono alcuna garanzia di programmazione, né di destinazione di risorse adeguate.

Diversamente da quanto è stato possibile osservare in materia di diritto sociale alla salute, manca in materia di istruzione un espresso riconoscimento giurisprudenziale del carattere fondamentale ed

inviolabile del diritto all'istruzione come *diritto della persona* di cui il non cittadino sia riconosciuto titolare in forza degli articoli 2 e 33/34 cost., anche se la dottrina ha già ampiamente riconosciuto che la formula dell'art. 34 cost., nel proclamare che "la scuola è aperta a tutti", non consentirebbe distinzioni nell'accesso all'istruzione fondate sulla cittadinanza degli studenti²⁸.

2.3. Il diritto all'abitazione (quando il diritto si converte in obbligo; i criteri di limitazione ragionevole; la residenza come criterio di stretto scrutinio e come discriminazione indiretta)

Il diritto all'abitazione non compare espressamente nelle disposizioni costituzionali, ma è stato individuato come diritto fondamentale dalla giurisprudenza costituzionale, che l'ha direttamente collegato alla nozione di dignità umana (sent. 217/1988²⁹), successivamente confermandolo nella particolare estensione di diritto *della famiglia* (sent. 559/1989³⁰).

Per affrontare correttamente l'analisi della posizione del non cittadino riguardo al diritto sociale all'abitazione, è necessario premettere che la disponibilità di un alloggio adeguato (che cioè risponda ai requisiti definiti dalla legge) costituisce innanzitutto, per lo straniero, una condizione indispensabile ai fini dell'ingresso e della permanenza nel territorio italiano: così è per i canali di ingresso *ordinari e prevalenti* costituiti dall'ingresso per lavoro subordinato e autonomo (art. 22, 26) e per ricongiungimento familiare (art. 29 e 29-bis), ma anche per ottenere il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 9) e per i permessi di soggiorno per cure mediche (36); l'accesso ed il godimento del bene "alloggio", quindi, per lo straniero costituiscono prima l'oggetto di un onere da soddisfare che di un diritto sociale.

Il TUI disciplina però anche ipotesi in cui l'accesso ed il godimento del bene alloggio vengono garantiti da prestazioni poste a carico di soggetti privati e pubblici.

Il particolare ruolo assegnato a soggetti privati, individuati come i soggetti passivi a carico dei quali sono posti obblighi indirizzati alla soddisfazione della pretesa all'accesso del bene-alloggio, non rappresenta una peculiarità del diritto sociale all'abitazione degli stranieri che, anche per i cittadini italiani, trova attuazione attraverso vincoli posti prevalentemente a carico di soggetti privati. Peculiari restano però le forme ed i destinatari specifici.

Innanzitutto, la particolare configurazione del "contratto di soggiorno" di cui all'art. 5-bis, co. 1, lett. a) ha imposto al datore di lavoro di garantire al lavoratore la disponibilità di un alloggio avente i requisiti minimi previsti dalla legge sull'edilizia residenziale pubblica, ponendo a carico di un soggetto privato una prestazione rivolta a soddisfare le esigenze di accesso e godimento di un bene primario di altro soggetto (il lavoratore straniero); va però tenuto conto del fatto il sostegno sociale così assicurato si limita sostanzialmente alla attività relativa al reperimento dell'alloggio³¹ e all'eventuale anticipazione di spese, che il datore recupera poi trattenendo dalla retribuzione fino ad un terzo dell'ammontare mensile (art. 2,9 d.-l. 195/2002 conv. in l. 222/2002)³². Analogamente, le organizzazioni volontariato che abbiano in corso programmi riconosciuti devono garantire lo stanziamento di somme per coprire le spese di alloggio dei volontari stranieri coinvolti (27 bis, co. 2, lett. b); così come gli enti gestori di progetti di integrazione sociale e civile di minori stranieri devono garantire che il minore interessato abbia la disponibilità di un alloggio (32, *1-ter*).

A carico di soggetti pubblici sono, invece, poste dal TUI le prestazioni concernenti l'accoglienza di primo e secondo livello e l'integrazione socio-abitativa degli stranieri (art. 40):

a) per quanto riguarda la *prima accoglienza*, titolari del diritto sono gli stranieri regolarmente soggiornanti per motivi diversi dal turismo (prescrizione espressa del 1 co., ribadita dall'1 bis e rafforzata dal 6,2) temporaneamente impossibilitati a provvedere alle proprie esigenze abitative

²⁸ D'Orazio 1994; Barile 1953; Nascimbene 1988.

²⁹ «Contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso».

³⁰ «Il diritto umano a non perdere il tetto sotto cui si è protratta la convivenza è dunque rafforzato dal munus a provvedere all'interesse morale e materiale della prole generata mediante la conservazione della compagine domestica nella stabilità della dimora »

³¹ A prescindere da ogni considerazione sull'effettivo adempimento di questo dovere.

³² Dubbi sulla costituzionalità Citti, Bonetti 2009.

(nonché di sussistenza); la prestazione rivolta al soddisfacimento del diritto è posta a carico delle Regioni, anche in collaborazione con gli enti locali e con le associazioni/organizzazioni di volontariato, ed ha ad oggetto la predisposizione di *centri di accoglienza*³³, anche in strutture destinate all'ospitalità mista di italiani e comunitari, con la finalità essenziale di provvedere, anche gratuitamente, alle immediate esigenze alloggiative ed alimentari per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell'autonomia; i centri di accoglienza, i cui requisiti gestionali e strutturali sono definiti dalle regioni, possono fornire come prestazioni aggiuntive (ove possibile) occasioni di apprendimento della lingua italiana, di formazione professionale, di scambi culturali con la popolazione italiana, e provvedere all'assistenza socio-sanitaria;

b) la "seconda" accoglienza è affidata ai comuni di maggiore insediamento degli stranieri (ma anche ad associazioni, fondazioni, altri enti pubblici o privati), che predispongono, secondo i criteri previsti dalla leggi regionali, strutture alloggiative miste (prevalentemente organizzate come pensionati) per una sistemazione "dignitosa", a prezzo calmierato e transitoria (nell'attesa del reperimento di un alloggio ordinario in via definitiva); destinatari della prestazione di seconda accoglienza sono tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti (40,4);

c) l'integrazione socio-abitativa vera e propria, a parità di condizioni con i cittadini italiani è, invece, riservata ai titolari di permesso CE lungo soggiornanti e agli stranieri che esercitano regolare attività di lavoro subordinato o autonomo con permesso biennale: l'oggetto riguarda l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica (*erp*)³⁴, ai servizi di intermediazione agevolata, al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione (40,6).

La parità di trattamento è rafforzata dalla previsione dell'art. 43, 2, lett. c) che indica espressamente come discriminatorio l'atto di chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'alloggio (oltre che all'occupazione, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali) allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità.

L'effettività delle misure di prima e seconda accoglienza non è, tuttavia, garantita da forme di programmazione e stanziamento di risorse certe, tranne la generica destinazione di risorse dal fondo ex art. 45; è stato abrogato nel 2002 il comma 5 art. 40 che prevedeva contributi regionali ad enti locali e morali per il risanamento di alloggi per i lungo residenti.

La disciplina del TUI si colloca in un quadro costituzionale in cui il diritto sociale all'abitazione è stato riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale come un diritto sociale fondamentale della persona umana ex art. 2 cost.: particolarmente significativa la sentenza 404/1988, che richiama espressamente la dimensione internazionale e l'irrelevanza della cittadinanza in materia, fondando sull'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948) e sull'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali il riconoscimento di un «diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione».

Su questa base costituzionale vanno misurate tutte le norme che, a diverso livello, regolano le possibilità di accesso e godimento del diritto sociale all'abitazione per gli stranieri: quelle sopra considerate del TUI, altre norme statali, quelle regionali, quelle introdotte a livello locale dai regolamenti e dai bandi comunali.

Norme che suscitano più di un dubbio di legittimità costituzionale.

Nel TUI la restrizione dell'accesso all'*erp* nei confronti dei *lavoratori*, cui viene imposta la condizione di permesso biennale di soggiorno, appare in contrasto con la Convenzione OIL n. 97 del 1949 sui lavoratori migranti (norma interposta rispetto all'art. 10,2 cost.), che garantisce alla generalità dei lavoratori migranti, che si trovano legalmente sul territorio di uno Stato membro,

³³ Diversi da CPA-Centri di prima assistenza per immigrati irregolari (d.l. 451/1995 conv. l. 563/1995); da CARA-Centri di ricovero per richiedenti asilo (d.lgs. 25/2008); CIE- Centri di identificazione ed espulsione (art. 14 TUI).

³⁴ Il dpr 655/1964 escludeva gli stranieri [Adinolfi 1992].

senza discriminazioni di reddito, o basate sull'anzianità, o sul consolidamento del loro soggiorno, o altri requisiti, il principio di parità di opportunità e trattamento rispetto ai cittadini nazionali anche in materia di accesso agli alloggi pubblici.

Una diversa questione di legittimità costituzionale dell'art. 40 per contrasto con l'art. 3 cost. è stata recentemente sollevata dal TAR Lombardia, con l'ordinanza n. 23/2009 del 9 febbraio 2009; il Tar³⁵ contesta la ragionevolezza del requisito del possesso del permesso di soggiorno biennale, che non soddisferebbe in modo razionale e logico l'esigenza di un collegamento con il territorio e la comunità nazionale, in quanto non tiene conto del periodo complessivo di permanenza dello straniero nel nostro paese e delle ragioni, spesso contingenti, che possono indurre gli uffici di polizia al rilascio dei permessi di soggiorno di durata annuale, anziché biennali (la durata del permesso di soggiorno è, di norma, collegata al tipo di contratto di lavoro -due anni in relazione ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato, un anno se a tempo determinato- e, quindi, uno straniero appena entrato in Italia con un contratto di lavoro a tempo indeterminato, godendo del permesso biennale potrebbe avere accesso al beneficio, mentre un altro, magari già residente in Italia da molti anni, con un più elevato grado di radicamento sociale e di collegamento con la comunità nazionale, non potrebbe invece accedervi perché in possesso in quel periodo contingente di un contratto di lavoro a tempo determinato).

Suscitano dubbi anche le norme che disciplinano il piano nazionale per l'edilizia abitativa (*per la definizione dei livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo*): l'art. 11, d.-l. 112/2008 (conv. in l. 133/2008) elencando le categorie di soggetti destinatari in via prioritaria indica, oltre ai nuclei familiari a basso reddito, le giovani coppie a basso reddito, gli anziani in condizioni svantaggiate, gli studenti fuori sede e i soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio, *anche gli immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione*³⁶.

Se le classificazioni dei titoli di accesso dovessero ritenersi separate per cittadini e per stranieri, o addirittura aggiungere per gli stranieri l'ulteriore requisito di lungo residenza, il trattamento discriminatorio risulterebbe privo di ragionevole giustificazione in relazione alle finalità specifiche dell'istituto, che riguardano la definizione dei livelli essenziali del diritto sociale all'alloggio: gli elementi di fatto che differenziano la condizione dello straniero da quella del cittadino sono tali da evidenziare un maggiore, non un minore bisogno di sostegno abitativo (inferiore rete di relazioni familiari e sociali, esistenza di pregiudizi da parte dei proprietari/locatori che ostacolano la ricerca sul mercato, condizioni di minori risorse economiche e culturali per la stessa ricerca dell'alloggio). L'unica interpretazione conforme a costituzione appare quella che consente agli stranieri, a parità con gli italiani, di concorrere in base a tutti gli altri titoli elencati (famiglie, giovani coppie, anziani a basso reddito, studenti fuori sede, sfattati), nonché, in quanto soggetti individuati in particolari condizioni di bisogno abitativo, *anche come stranieri lungo residenti a basso reddito*³⁷.

L'utilizzo del criterio della residenza, applicato anche nella legislazione regionale³⁸, che viene, evidentemente, più facilmente soddisfatto dai cittadini italiani che dagli stranieri, può rilevare come una *discriminazione indiretta*.

La Corte costituzionale ha recentemente (ord. 32/2008) risolto nel senso della manifesta infondatezza una questione nei confronti della legge lombarda, prospettata sotto vari profili ma non specificamente sotto quello delle indiretta discriminazione a danno dei non cittadini. Va, invece,

³⁵ Che non contesta la "previsione di limiti per la concessione di certe agevolazioni ai cittadini extracomunitari che, essendo spesso in condizioni più disagiate economicamente dei cittadini italiani, potrebbero vedersi attribuire gran parte dei fondi disponibili se non vi fosse un criterio di accesso che tenga conto della permanenza in Italia e del livello di non precarietà di tale residenza".

³⁶ La discriminazione potrebbe essere direttamente rilevata anche nell'ambito del diritto comunitario, quindi nei confronti dei cittadini comunitari ma anche delle categorie protette dal diritto comunitario.

³⁷ Corsi 2008.

³⁸ L. Lombardia 7/2005 - per la presentazione della richiesta per l'assegnazione di alloggi *erp* "i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno 5 anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda"; art. 38,1 l. Friuli-Venezia Giulia 16/2008.

considerato che nella giurisprudenza comunitaria consolidata il profilo indirettamente discriminatorio del criterio della residenza appare accertato³⁹, con argomentazioni che mi sembrano avere una portata espansiva nei confronti di tutti i non-cittadini. Detto altrimenti, mi sembra che la giurisprudenza comunitaria abbia reso il criterio della residenza un criterio da sottoporre a scrutinio rigoroso per il sospetto di discriminazione indiretta dei non cittadini (comunitari ed extra-comunitari) che ad esso appartiene intrinsecamente: la sua adozione può essere giustificata solo da considerazioni oggettive indipendenti dalla nazionalità della persona in questione e proporzionate agli obiettivi legittimamente perseguiti.

Ciò che impone una disamina più approfondita e convincente di quella dell'ordinanza del 2008, che liquida le questioni relative alla irragionevolezza del criterio nel quadro delle finalità dell'istituto con un'argomentazione meramente tautologica; la questione sollevata argomentava in proposito che il criterio della residenza si presenta come arbitrario in sé, in quanto incoerente con le finalità di provvedere ai bisogni socio-abitativi dei meno abbienti ed incoerente con la dimensione nazionale della collettività solidale e, sul punto, la Corte costituzionale si è limitata a richiamare alcuni precedenti in modo poco convincente: «*Il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione, risulta non irragionevole (sentenza n. 432 del 2005) quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire (sentenza n. 493 del 1990), specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco (ordinanza n. 393 del 2007)*». Innanzitutto, se è vero che la sent. 432/2005 riconosce non irragionevole, in linea di principio, la residenza come criterio di attribuzione di provvidenze regionali (a fronte della rilevata irragionevolezza del criterio della cittadinanza), è anche vero che il ragionamento si riferisce ad un tipo di prestazione che la Corte esplicitamente inquadra «nel novero delle disposizioni per così dire "facoltative", non essendo destinata, in sé, a soddisfare diritti fondamentali» e che, proprio per questo aspetto, le condizioni di accesso possono essere valutate meno rigorosamente di quanto non sia richiesto nei casi concernenti un diritto sociale fondamentale.

Ed anche il richiamo alla sentenza n. 493 del 1990 -per indicare l'esistenza di una coerenza tra la previsione della residenza e le finalità della normativa in materia di alloggio- non appare particolarmente pertinente, in quanto, in quella pronuncia, la Corte aveva ammesso la coerenza del criterio della residenza protratta connettendolo ad una *finalità normativa specifica* (il completo risanamento di alcune zone del territorio del Comune di Messina, con l'abbattimento e la sostituzione di tutte le abitazioni precarie o degradate ancora esistenti) e *diversa da quella degli usuali programmi di edilizia sovvenzionata* (che hanno normalmente come scopo principale quello di fornire un'abitazione, ovvero un'abitazione più adeguata, a nuclei familiari che non hanno risorse economiche sufficienti per provvedervi autonomamente).

Ma c'è una considerazione più generale, che indebolisce gli argomenti dell'ordinanza 32/2008 (al di là dell'uso approssimativo dei precedenti anche in materia di l'equilibrato *bilanciamento* tra i valori costituzionali in gioco⁴⁰) e che richiede che venga rimosso un equivoco, che, tra l'altro, interessa non solo la definizione del diritto all'abitazione, ma quella di tutti i diritti sociali.

³⁹ La Corte di giustizia ha infatti chiarito, con riferimento al principio di non-discriminazione tra cittadini comunitari previsto nel Trattato CE, che il requisito della residenza ai fini dell'accesso ad un beneficio può integrare una forma di illecita discriminazione "dissimulata" in quanto può essere più facilmente soddisfatto dai cittadini piuttosto che dai lavoratori comunitari, finendo dunque per privilegiare in misura sproporzionata i primi a danno dei secondi (v. CGCE sentenze Meints, 27.11.1997; Meussen, 8.06.1999; Commissione c. Lussemburgo, 20.06.2002; nonché la sentenza 16 gennaio 2003 n. C-388/01, che ha condannato l'Italia per le agevolazioni tariffarie a vantaggio delle persone residenti per l'accesso ai Musei Comunali: "...il principio di parità di trattamento..... vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, produca, in pratica, lo stesso risultato. Ciò avviene, in particolare, nel caso di una misura che preveda una distinzione basata sul criterio della residenza, in quanto quest'ultimo rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri, considerato che il più delle volte i non residenti sono cittadini di altri Stati membri" (par. 13 e 14).

⁴⁰ Ancor meno pertinente il richiamo della ord. 393/2007, in tutt'altra materia (disciplina delle procedure concorsuali fallimentari: si limita a constatare l'esistenza di un bilanciamento compiuto dal legislatore tra segretezza e libertà della corrispondenza e tutela giudiziaria della iniziativa economica, sottraendosi alla sollecitazione del giudice *a quo* ad

Le finalità imposte dalla costituzione al legislatore sono, essenzialmente ed *in via primaria*, quelle di garantire accesso e godimento del bene alloggio a chi abbia difficoltà a procurarselo tramite il mercato; la -pur indispensabile- considerazione delle limitatezze finanziarie non è, invece, una finalità autonoma che la costituzione impone alla valutazione del legislatore ed impropriamente si parlerebbe in proposito di “bilanciamento”: il vincolo che agisce condizionando finanziariamente le opzioni possibili del legislatore nell’attuazione dei diritti sociali è un vincolo (non autonomo ma) *strumentale* e, per così dire, di terzo livello, nella misura in cui l’equilibrio di bilancio soddisfa il criterio della razionale organizzazione del servizio (*buon andamento*), scopo, a sua volta, strumentale e secondario rispetto al servizio o al bene da garantire.

Il criterio della residenza non può quindi essere giustificato in quanto coerente a disporre una selezione che limita l’accesso alle prestazioni (*come sembra pensare il TAR Lombardia*), ma solo in quanto specificamente coerente alla finalità primaria del provvedimento; evocando impropriamente un bilanciamento da parte del legislatore delle finalità primarie del provvedimento con la finalità di terzo livello di contenimento della spesa si induce uno “slittamento” del termine di raffronto della coerenza del criterio, che deve essere commisurata solo alle finalità specifiche dell’attuazione del diritto sociale. Solo dopo che il criterio della residenza fosse riconosciuto come coerente all’attuazione del diritto sociale, si potrebbe valutare la coerenza complessiva dei nessi tra fissazione dei livelli delle prestazioni, modalità di organizzazione delle stesse e disponibilità delle risorse necessarie⁴¹.

In merito alla possibilità di previsione del criterio della residenza, è anche essenziale una definizione convincente dei rapporti tra le competenze esclusive statali ex art. 117, 1, lett. a), b) ed m) e la competenza residuale regionale sull’*erp*: le argomentazioni dell’ord. 32 suscitano anche sul punto più di una perplessità, per come liquidano la questione relativa alla incidenza di una competenza a definire i livelli essenziali lett. m)⁴² e per come perimetrano l’area della competenza residuale della regione⁴³.

La precedente giurisprudenza in materia aveva, invece, restituito un quadro insieme più complesso e più convincente, proprio in quella sent. 94/2007 incongruamente citata dall’ord. 32⁴⁴: premessa la

indicare “altro, diverso, criterio di bilanciamento” perché la sua “individuazione, nella molteplicità delle soluzioni possibili, è rimessa alla prudente discrezionalità del legislatore”).

⁴¹ V. anche le considerazioni nel commento interpretativo dell’art. 2.2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali adottato dal *Comitato ONU per i diritti economico-sociali*, adottato nella sessione di maggio 2009: si precisa che il principio di non discriminazione fonda un divieto tanto delle discriminazioni dirette, quanto di quelle indirette e che per discriminazione deve intendersi anche l’incitamento a discriminare e le molestie (paragrafo 10); si ribadisce, inoltre, che il principio di non discriminazione rende illegittime tutte quelle differenze di trattamento nell’accesso ai diritti sociali, economici e culturali che non siano giustificate dal perseguimento di obiettivi legittimi, e non obbediscano a principi di proporzionalità e ragionevolezza e che *considerazioni legate alla limitatezza delle risorse finanziarie a disposizione non costituiscono di per sé una ragionevole e legittima giustificazione di un trattamento differenziato* (paragrafo 13).

⁴² «Quanto alla lamentata violazione dell’art. 117, terzo comma, della Costituzione anche in relazione all’art. 47 Cost., e dell’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., la questione deve ritenersi manifestamente infondata, perché la materia di cui trattasi rientra nella competenza residuale delle Regioni e non investe, in ogni caso, la problematica della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale».

⁴³ «Questa Corte ha avuto anche di recente modo di ribadire come «una specifica materia “edilizia residenziale pubblica” non compare tra quelle elencate nel secondo e terzo comma dell’art. 117 Cost.», così che esiste un terzo livello normativo che rientra nel quarto comma dell’art. 117 della Costituzione, il quale investe, appunto, la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica e, *conseguentemente*, coinvolge la individuazione dei criteri di assegnazione degli alloggi dei ceti meno abbienti (da ultimo, sentenza n. 94 del 2007)»: la sottolineatura è ns., per rimarcare una consequenzialità che l’ordinanza afferma ma che non è affatto possibile ricavare dalla sent. citata come precedente.

⁴⁴ Dalla precedente ord. 526/2002 ricaviamo solo che in linea di principio la “disciplina dei canoni” costituisce espressione della competenza regionale e che manca una idonea indicazione da parte del giudice *a quo* delle fonti di determinazione dei livelli essenziali sull’entità dei canoni; che non significa affatto che l’efficacia tipicamente trasversale ex lett. m) non si possa spiegare anche su di una competenza residuale: anzi, al contrario, l’efficacia condizionante e la possibilità di una disciplina statale ex lett. m) anche in materia relativa alla determinazione dei canoni

tipica “trasversalità” della materia relativa all’edilizia residenziale pubblica, comune ad altre materie non interamente classificabili all’interno di una denominazione contenuta nell’art. 117 Cost., si riconosce che essa si estende su tre livelli normativi, il primo dei quali riguarda la determinazione dell’offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti, in cui va ricompresa –rientrando nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. –la fissazione di principi che valgano a garantire l’uniformità dei criteri di assegnazione su tutto il territorio nazionale (secondo quanto prescritto dalla sentenza n. 486 del 1995); il secondo livello normativo riguarda la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica, che ricade nella materia concorrente «governo del territorio» (sent. 451 del 2006) ed, infine, il terzo livello normativo, rientrando nel quarto comma dell’art. 117 Cost., riguarda la *gestione* del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica. Su queste condivisibili premesse ricostruttive, la sentenza riconduce alla competenza residuale regionale la disciplina delle procedure amministrative tendenti all’alienazione dei beni in quanto attiene al potere di gestione dei propri beni e del proprio patrimonio; non senza avere rilevato che, nel caso di specie, la competenza statale appare impropriamente esercitata *in quanto* pretende di introdurre criteri destinati ad incidere sulle procedure amministrative inerenti all’alienazione degli immobili di proprietà di enti regionali e proprio rilevando che «*non si tratta ... di principi generali volti a stabilire criteri uniformi di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica in relazione alla soddisfazione del diritto sociale all’abitazione*».

La ragionevolezza del ricorso al criterio della residenza e la sua disponibilità a livello nazionale, regionale e/o locale costituisce al momento un nodo cruciale della definizione del diritto sociale all’abitazione del non cittadino.

Anche le normative ed i provvedimenti di attuazione in sede locale, infatti, fanno ampio uso del criterio della residenza, che viene, poi, diversamente apprezzato in sede giudiziaria: il Tribunale di Milano ha ritenuto che un bando del Comune di Milano per l’assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica (*erp*), contenente la previsione di un punteggio aggiuntivo ai fini della graduatoria esclusivamente in ragione della cittadinanza italiana del richiedente, provocasse un trattamento deteriore per gli stranieri, pur se regolari, solo in ragione del loro *status* e che, perciò, integrasse gli estremi del comportamento discriminatorio vietato dall’art. 43 T.U. immigrazione (Trib. Milano, 21 marzo 2002, in *Foro Italiano*, 2003, pp.3177 ss.); ed anche il Tar Lombardia (29 settembre 2004, n. 4196) ha annullato il regolamento regionale n. 1 del 2004 (*Criteri generali per l’assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, art. 3,41, lett. m) l. r. 1/2000*) che aveva stabilito che – in aggiunta ai criteri del disagio familiare, abitativo ed economico – si dovesse tener conto degli anni di residenza nella Regione stessa (punteggio ulteriore di 5 punti per anno fino ad un massimo di 90), ritenendo che introducesse un elemento estraneo alla *ratio* della normativa sull’edilizia residenziale pubblica⁴⁵; al contrario, il TAR Piemonte (sez. I, sent. 13.2.2002 n. 323) ha invece respinto il ricorso presentato contro analogo bando del comune di Torino e le eccezioni di incostituzionalità nei confronti della legge regionale relativa (negando che la materia relativa alla condizione giuridica dello straniero ex art. 10, 2 cost. si estenda a comprendere l’accesso degli stranieri ad alloggi pubblici⁴⁶).

Sull’utilizzo di un criterio discriminatorio interessante anche un’altra pronuncia del TAR Lombardia (sez. Brescia - ord. 25.2.2005, n. 264), che, sempre in tema di accesso agli alloggi di *erp*, ha ritenuto che un regolamento comunale, subordinante l’accesso degli stranieri all’alloggio all’esistenza della *condizione di reciprocità* prevista dall’art 16 preleggi, violasse il principio di parità di trattamento in materia di diritti civili previsto dal 2° comma dell’art 2 TUI, per il quale “*lo*

sono ammesse, salva la necessità di individuare correttamente la disciplina stessa (punto sul quale è carente l’ordinanza di rinvio).

⁴⁵ La Regione Lombardia ha successivamente approvato la legge regionale n. 7 del 2005, che ha introdotto nell’art. 3 della l. r. 1/2000, il comma 41-*bis* censurato con l’eccezione di incostituzionalità rigettata nell’ord. 32/2009.

⁴⁶ Criticamente Bascherini 2007.

straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano".

Il criterio della reciprocità⁴⁷ appare particolarmente irragionevole in relazione ai diritti sociali, perché non può evidentemente costituire un parametro adeguato alla rilevazione dell'urgenza e priorità del bisogno e della sua ragionevole soddisfazione. La *ratio* della legislazione sul diritto sociale all'abitazione è sostenere i bisogni abitativi: il legislatore potrebbe differenziare a partire dalle categorie di bisognosi, ma, una volta individuato il criterio di rapporto dello straniero con lo stato italiano, non può ulteriormente gravare la posizione degli stranieri.

2.4. Il sistema della sicurezza sociale (l'essenzialità ridotta al minimo indispensabile: un sistema di welfare sussidiario e di soccorso)

Le prestazioni relative al sistema della sicurezza sociale appartengono ai *diritti sociali derivati*, attribuiti in base alla condizione di *lavoratore*, ovvero alla garanzia delle condizioni *essenziali* dell'esistenza *dignitosa* della persona (art. 38,1; 3 cost.).

Nella struttura definita dalla costituzione, i diritti sociali offrono garanzie di accesso e godimento di determinati beni sul presupposto di una inadeguatezza del mercato nel renderli disponibili a tutti; inadeguatezza che può essere rilevata non solo dal punto di vista quantitativo/economico, ma anche del possesso di qualità sociali imprescindibili⁴⁸. L'*essenzialità* delle condizioni di fruizione del diritto sociale è quindi definita da un processo sociale (dalle "politiche sociali") e non è coincidente con il "minimo indispensabile" e limitata ad esso (che rappresenta semmai il nucleo incompressibile ed irrinunciabile del diritto sociale costituzionalmente garantito): l'*essenzialità* definisce lo standard di accesso e godimento ad un bene primario per lo sviluppo della persona così come corrispondente –in una determinata fase dello sviluppo sociale– all'immagine che la comunità politica ha di se stessa, o meglio, della propria *ricchezza* come entità collettiva.

Vero è che nella fase più recente della legislazione sembra emergere progressivamente una concezione restrittiva del sistema di *welfare* sussidiario e di soccorso e, di conseguenza, i singoli diritti sociali vedono ridursi sia l'area del contenuto delle prestazioni relative, sia quella dei destinatari delle prestazioni stesse: esempio emblematico la c.d. *social card*⁴⁹, estemporaneo istituto introdotto dalla manovra economico-finanziaria 2009 in cui una prestazione di impatto minimale (una somma fissa pari a 40 euro al mese, per un totale annuale di 480 euro) viene destinata a *cittadini italiani* ultrasessantacinquenni o famiglie povere con un bambino sotto i tre anni (il criterio selettivo dell'età indirizza la misura prevalentemente agli anziani, nonostante l'incidenza della povertà risulti altrettanto grave, se non maggiore, tra le famiglie numerose e/o monogenitoriali, a prescindere dall'età dei figli⁵⁰).

⁴⁷ Non condivisibile Pace 2009.

⁴⁸ Ad es. le qualità dell'integrazione sociale della scuola *aperta a tutti*, che offre un modello di sintesi unitaria rispetto alla frammentazione di modelli differenziati e posti separatamente in concorrenza tra loro entro uno spazio del mercato: Pezzini 2001

⁴⁹ Art. 81, co.32, l. 133/2008: "*In considerazione delle straordinarie tensioni cui sono sottoposti i prezzi dei generi alimentari e il costo delle bollette energetiche, nonché il costo per la fornitura di gas da privati, al fine di soccorrere le fasce deboli di popolazione in stato di particolare bisogno e su domanda di queste, è concessa ai residenti di cittadinanza italiana che versano in condizioni di maggior disagio economico, individuati ai sensi del comma 33, una carta acquisti finalizzata all'acquisto di tali beni e servizi, con onere a carico dello Stato*".

Si deve provare di avere un reddito Isee inferiore a 6mila euro; gli *over 65* devono avere una pensione inferiore a 6mila euro (8mila se si hanno più di 70 anni) e un'Irpef netta pari a zero; tra gli altri criteri: bisogna possedere una sola automobile, avere intestata una sola utenza di elettricità e gas, non avere a proprio nome oltre il 25 per cento di un secondo immobile e un patrimonio mobiliare non superiore a 15mila euro.

⁵⁰ Previsioni sui destinatari: circa il 78% delle famiglie che risulterebbero aventi diritto include almeno un ultra sessantacinquenne, mentre il rimanente 22% ha un bambino al di sotto dei tre anni; in base ai requisiti di età introdotti, solo il 26% dei nuclei familiari con Isee inferiore a 6mila euro accederebbe alla prestazione, mentre il restante 74% ne sarebbe escluso; ciò mentre la povertà delle famiglie con figli risulta connessa più al numero che all'età dei figli (sono povere il 25% delle famiglie con tre o più figli e il 13% di quelle con due figli, contro l'8% delle famiglie con un solo figlio) [Monti, in *www.lavoce.info*].

In questo contesto, la definizione sociale di ciò che è essenziale tende sempre più ad avvicinarsi al contenuto minimo, a quel livello e tipo di prestazioni sotto il quale scompare l'oggetto stesso del diritto.

2.5. L'assistenza sociale (il principio di un'equiparazione condizionata ad una ragionevole stabilità del rapporto e la sua irretrattabilità; i *killer-loup*)

Per quanto riguarda l'area delle prestazioni di assistenza sociale, il TUI prevede l'inserimento degli stranieri nel sistema complessivo degli istituti e servizi offerti ai cittadini, a partire da una condizione di relativa stabilità del soggiorno per regolarità e durata.

Le prestazioni di assistenza sociale risultano attribuite dall'art. 41 TUI ai titolari *permesso CE di lungo soggiorno* ed ai titolari di permesso di soggiorno *non inferiore ad 1 anno*, che vengono espressamente equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti.

Il principio di un'equiparazione condizionata ad una ragionevole stabilità del rapporto con lo stato appare coerente con la necessità fondamentale di prevedere la base soggettiva di potenziali destinatari delle prestazioni sociali e, per come affermata nell'art. 41, deve essere assunto e tenuto fermo come condizione base dello statuto giuridico del non cittadino in materia.

Di conseguenza, non può che apparire allarmante il *trend* della legislazione successiva che, pur senza intervenire direttamente sull'art. 41 (CC 432/2005⁵¹), appare costantemente peggiorativo delle condizioni degli stranieri nell'accesso alle prestazioni sociali.

Già in base a quanto disposto dalla legge finanziaria 2001 (l. 388/2000) "*l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione in materia di servizi sociali*" richiedono la carta di soggiorno, mentre continuano ad essere riconosciute sulla base di permesso annuale le provvidenze sociali per lebbrosi, tbc, sordomuti, ciechi.

Con la legge 133/2008, poi, i non cittadini sono stati esclusi direttamente (*social card* riservata ai cittadini) o indirettamente (tramite il requisito della residenza continuativa di 10 anni, previsto, come sopra già analizzato, nel c.d. *piano casa* e nella nuova disciplina dell'assegno sociale⁵²); in modo altrettanto discriminatorio, la legge di conversione del c.d. decreto-anticrisi (art. 19, co.18, l. 2/2009) ha stanziato per il 2009 due milioni di euro destinati al rimborso di spese sostenute dalle famiglie a basso reddito per acquistare pannolini e latte artificiale per i neonati fino a tre mesi di *cittadinanza italiana* inseriti in nuclei familiari con requisiti di basso reddito (c.d. *bonus-bebè*).

Per quanto attiene il peggioramento delle condizioni dei lungo residenti va rilevato, innanzitutto, un palese contrasto con l'art. 11 della dir. 2003/109/CE sul permesso di soggiorno CE per lungo

⁵¹ Sent. 432/2005 punto 5.2 CID: D'altra parte, e come rilevano le parti private, l'art. 41 TUI espressamente sancisce il principio secondo il quale «gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste [...] per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti».

Questa disposizione – al pari delle altre contenute nel medesimo testo unico – costituisce, a norma dell'art. 1, comma 4, del medesimo decreto legislativo n. 286 del 1998, principio fondamentale “ai sensi dell'art. 117 della Costituzione” (ovviamente nel testo allora vigente) “nelle materie di competenza legislativa delle regioni”, fra le quali rientra quella del trasporto regionale. Un principio, dunque, il quale – al di là del diverso risalto che ad esso può annettersi nel quadro della nuova distribuzione della potestà legislativa tra Stato e Regioni – ben può essere richiamato come necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare l'odierno scrutinio di ragionevolezza; e ciò in quanto, proprio avuto riguardo al rilievo generale che quel principio continua a svolgere nel sistema, qualsiasi scelta del legislatore regionale che introducesse rispetto ad esso regimi derogatori – come senz'altro è avvenuto nella disposizione oggetto di impugnativa – dovrebbe permettere di rinvenire nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga.

⁵² Corrisposto dal 1° gennaio 2009 agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, in via continuativa, *per almeno dieci anni* nel territorio nazionale (art. 20, comma 10)

soggiornanti, in forza del quale il principio della parità di trattamento in materia di assistenza e protezione sociale⁵³ ha acquisito una portata vincolante e condizionante per la legislazione nazionale.

Inoltre, a definire la materia contribuisce anche la giurisprudenza CEDU⁵⁴, in quanto la Corte di Strasburgo ha chiaramente affermato il principio di non discriminazione anche per le prestazioni sociali di tipo non contributivo, applicando l'art. 14 e l'art. 1 del Protocollo addizionale, condannando ogni distinzione legata alla nazionalità del soggetto beneficiario della prestazione assistenziale che non si fondi su giustificazioni obiettive e ragionevoli *diverse dagli imperativi finanziari destinati all'equilibrio della spesa sociale*⁵⁵. Non viene in questione solo il vincolo giuridico che discende da questa giurisprudenza –tramite 117,1 cost.- ma anche e soprattutto l'indirizzo interpretativo e la sua capacità espansiva.

Quando le restrizioni vengono replicate a livello locale, si attivano molteplici strumenti di reazione in sede giudiziaria, rivolti ad ottenere la cessazione e la rimozione del trattamento discriminatorio: sia contestando la legittimità del provvedimento amministrativo (così il TAR Lombardia sent. 4392/2009 ha annullato la delibera della giunta regionale del 20 gennaio 2009 -che introduceva interventi economici a favore delle famiglie numerose con beneficiari i cittadini italiani, comunitari e gli stranieri in possesso del permesso CE lungo soggiornanti- per contrasto con l'art. 41 TUI che dispone in materia l'equiparazione ai cittadini italiani degli stranieri titolari di permesso di soggiorno CE o di durata di almeno un anno⁵⁶); sia utilizzando le azioni anti-discriminatorie previste dagli articoli 43 e 44 TUI nonché 4 d. lgs. 215/2003 (come nella lunga vicenda del bonus-bebè di mille euro *una-tantum* che il comune di Brescia con delibera del 21 novembre 2008 aveva destinato alle famiglie di ogni bambino nato nel 2008, a condizione che almeno un genitore fosse italiano: il Tribunale di Brescia, ord. 26 gennaio 2009, ha dichiarato discriminatorio il comportamento del Comune e ha ordinato l'eliminazione di tale discriminazione e dei suoi effetti attribuendo il beneficio a tutti gli stranieri richiedenti in possesso degli ulteriori requisiti; poiché, a seguito dell'ordinanza, il Comune ha semplicemente ritirato la delibera originaria, argomentando che l'estensione del beneficio a tutti gli stranieri in possesso dei requisiti sarebbe risultata in contrasto “con la finalità prioritaria di sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana”, una successiva ordinanza 12 marzo 2009 ha accertato l'ulteriore discriminazione mediante atti ritorsivi –ex art. 4 bis d.lgs. 215/2003- ordinando il ripristino della misura).

Dal canto suo, la giurisprudenza costituzionale ha più volte manifestato nelle sue pronunce di ritenere che il legislatore sia vincolato a rispettare il principio fondamentale e inderogabile di non discriminazione in base alla cittadinanza di fronte alle prestazioni sociali di qualunque genere; si tratta, infatti, di un principio sistematico di rilievo generale che definisce il paradigma necessario

⁵³ V. sulla *social card* la presa di posizione del commissario Barrot che, in risposta all'interrogazione dell'euro parlamentare Donata Gottardi, ribadisce che la direttiva comunitaria esclude dal proprio ambito di applicazione “qualsiasi possibilità che uno Stato membro conceda particolari privilegi ai propri cittadini senza concederli anche ai soggiornanti di lungo periodo sul suo territorio” (testi nel sito www.asgi.it).

⁵⁴ Le violazioni della CEDU, così come interpretata e applicata dalla Corte di Strasburgo, costituiscono violazione dell'art. 117, 1 cost, secondo la nota giurisprudenza introdotta dalle sent. 348 e 349 del 2007.

⁵⁵ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo da tempo (quanto meno a partire dalla sentenza del 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*) ha «enucleato il principio, desunto direttamente dall'art. 14 CEDU, per cui ciascuno ha diritto ad usufruire della distribuzione di beni o benefici pubblici aventi rilievo anche economico senza subire discriminazioni che non dipendano dal corretto svolgimento delle finalità pubblicistiche perseguite»; Torsello 2008; Caligiuri 2009.

⁵⁶ Il TAR Lombardia ha anche rimarcato il contrasto della delibera della giunta regionale con i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui è irragionevole e in contrasto con il principio di eguaglianza subordinare una prestazione di carattere economico assistenziale al possesso da parte dello straniero di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un livello di reddito minimo, così determinando un corto circuito che rende del tutto inutile la misura di sostegno prevista. Con l'annullamento, il TAR ha ordinato alla giunta regionale di modificare la deliberazione nel senso indicato dalla sentenza, estendendo i benefici previsti dal c.d. *bonus famiglia* anche agli stranieri titolari di mero permesso di soggiorno della durata di almeno un anno e riaprendo i termini per la presentazione delle istanze.

dello scrutinio di ragionevolezza: nel senso che «*qualsiasi scelta del legislatore che introducesse rispetto ad esso regimi derogatori dovrebbe rinvenire nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga*» (432/2005).

In particolare, nella sent. 432/2005, esaminando una provvidenza sociale prevista da una legge regionale lombarda, la Corte, dopo aver rilevato che la *ratio* del beneficio appariva riconducibile alla scelta del legislatore regionale di agevolare tramite la gratuità l'accesso al sistema dei trasporti pubblici locali in favore di un gruppo di persone accomunate dalla appartenenza alla condizione di invalidità totale, ha messo in rilievo che la legge aveva configurato così una provvidenza dettata da finalità eminentemente sociali e fondata sulla logica della solidarietà sociale⁵⁷.

In questo quadro, per quanto il numero dei beneficiari sia necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie, l'aver introdotto «*un regime di favore senz'altro eccedente i limiti dell'“essenziale”*» non esime affatto il legislatore dalla rigorosa necessità di calibrare le opzioni sulla loro individuazione in base ad una *causa* normativa che non sia irrazionale o arbitraria, conducendo il relativo scrutinio «*all'interno della specifica previsione*»; se, dunque, la causa della disposizione in questione consiste nell'assicurare la circolazione gratuita sui mezzi di trasporto regionali, tra gli altri, agli invalidi totali residenti in Lombardia, l'ulteriore selezione dei beneficiari in base alla cittadinanza non può essere legittima, perché introdurrebbe nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione.

Dopo una battuta d'arresto nel percorso di garanzia dell'equiparazione di cittadini e non nell'accesso alle prestazioni sociali (nella sent. 324/2006 la Corte si è sottratta con una pronuncia in rito al nodo interpretativo fondamentale relativo alla incostituzionalità della restrizione dei criteri di accesso da parte dei non cittadini all'assegno sociale⁵⁸), la giurisprudenza costituzionale è tornata sulla qualificazione e sull'accesso alle prestazioni fondamentali dei non cittadini anche con la sent. 50/2008: la Corte, da un lato, riconosce che l'ambito delle competenze regionali in materia sociale e dell'istruzione consente e riserva alle regioni spazi di intervento nelle politiche sociali relative all'immigrazione (come del resto prevede lo stesso art. 42 TUI, che affida alle regioni l'adozione di misure di «*integrazione sociale*» nell'ambito «*delle proprie competenze*»⁵⁹); dall'altro, sottolinea che le provvidenze di natura sociale erogate (di accoglienza degli alunni stranieri attraverso

⁵⁷ Dice la Corte: “*raccordata, sul piano della “causa” normativa, a valori di solidarietà, non disgiunti dagli intuibili riverberi che le peculiari condizioni dei beneficiari e la natura stessa del beneficio possono in concreto presentare rispetto alle esigenze di vita e di relazione...Essa rinviene la propria ragion d'essere in una logica di solidarietà sociale, nella ragionevole presupposizione delle condizioni di difficoltà in cui versano i residenti che, per essere totalmente invalidi, vedono grandemente compromessa, se non totalmente eliminata, la propria capacità di guadagno*”

⁵⁸ Sentenza di inammissibilità che, richiamando il valore di criterio generale cui uniformarsi in carenza di deroghe del principio di irretroattività, contesta ai giudici *a quibus* di non avere adeguatamente motivato sulle ragioni per le quali una normativa come quella censurata – che non si autoqualifica interpretativa e non contiene alcuna espressa disposizione derogatoria rispetto al principio generale menzionato che regola l'efficacia della legge nel tempo – avrebbe dovuto essere applicata a rapporti di durata già venuti ad esistenza [Torsello].

⁵⁹ Di conseguenza dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1267, della legge finanziaria 2007, che istituisce un Fondo per l'inclusione sociale degli immigrati finalizzato alla realizzazione di un piano per l'accoglienza degli alunni stranieri, anche per favorire il rapporto scuola-famiglia, attraverso «*l'utilizzo per fini non didattici di apposite figure professionali madrelingua quali mediatori culturali*»: l'esercizio di una competenza legislativa statale non risulta giustificabile né in base alla lett. m) dell'art. 117,2 cost. – che riguarda la determinazione degli *standard* strutturali e qualitativi di prestazioni, non meri finanziamenti di spesa – né in base alle lett. a) e b), che si riferiscono propriamente agli interventi pubblici connessi alla programmazione dei flussi di ingresso ovvero al soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale (già la sent. 300/2005, in una ricostruzione delle attribuzioni di competenze ai diversi livelli territoriali da parte del TUI, aveva riconosciuto che la stessa legge statale disciplina la materia dell'immigrazione e la condizione giuridica degli stranieri «*secondo criteri che tengono ragionevolmente conto del fatto che l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano ex Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente*»).

l'attività di mediatori culturali) *ineriscono a diritti fondamentali*, ricavandone la necessità di garantire «*in ossequio ai principi di solidarietà sociale, continuità di erogazione, con conseguente salvezza degli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti*».

Ed, infine, soprattutto con le recenti pronunce 306/2008 e 11/2009 la giurisprudenza costituzionale ha mostrato di utilizzare i criteri di *stretto scrutinio di ragionevolezza* nell'esame delle specifiche condizioni di accesso a prestazioni sociali, riconoscendo alcune macroscopiche discriminazioni create dalle involuzioni normative in danno degli stranieri.

La Corte mostra di distinguere tra la discrezionalità legislativa in materia di determinazione dei titoli di ingresso e permanenza nel paese e quella in materia di politiche sociali e di attuazione dei diritti sociali: una volta fissate le condizioni di ingresso e permanenza per gli stranieri (in modo comunque non palesemente irragionevole e non contrastante con obblighi internazionali), al legislatore è consentito subordinare -sempre non irragionevolmente- l'erogazione di determinate prestazioni (che non siano inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza) a titoli di legittimazione che dimostrino il carattere non episodico e di non breve durata della permanenza in Italia; tuttavia, quando il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non sono adottabili nei confronti degli stranieri limitazioni particolari per il godimento dei diritti fondamentali della persona riconosciuti ai cittadini (sent. 306/2008, punto 10 CID).

In particolare, la Corte costituzionale riconosce e dichiara l'illegittimità costituzionale di una disciplina che, riservando l'accesso a determinate prestazioni sociali ai possessori di carta di soggiorno, subordina l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale *l'indennità di accompagnamento* (i cui presupposti sono la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita) ad un titolo di permanenza che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito e la disponibilità di un alloggio: un vero e proprio corto-circuito normativo, un *killer loup*, nel quale le condizioni preliminari richieste per accedere al diritto sociale finirebbero per coincidere con la prestazione alla quale si aspira (306/2008⁶⁰).

Ancora più paradossale la richiesta della carta di soggiorno per l'attribuzione della *pensione di inabilità*, la cui corresponsione è preclusa dalla titolarità di un reddito superiore ad una misura fissata dalla legge: «*la subordinazione dell'attribuzione di tale prestazione al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un reddito*» dice la Corte «*rende ancor più evidente l'intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio*» (11/2009⁶¹).

2.6. I diritti sociali derivati (il diritto diseguale come garanzia di effettività tra antidiscriminazione e antisubordinazione; la reciprocità tra doveri di solidarietà sociale e diritti sociali)

Il sistema costituzionale attribuisce una serie di diritti sociali a partire dalla condizione sostanziale di lavoratore, individuando, quindi, una specifica titolarità che prescinde dalla cittadinanza.

Il principio della «*parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani*» è espresso dall'art. 2, co. 3 TUI, con esplicito richiamo della convenzione OIL 143/1975 ed ha

⁶⁰ Illegittimità costituzionale dell'art. 80,19 l. 388/2000 (legge finanziaria 2001) e dell'art. 9,1 TUI – come modificato dall'art. 9,1 l. 189/2002, e poi sostituito dall'art. 1,1 d. lgs. 3/2007– nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora per il permesso CE lungo-soggiornanti.

⁶¹ Illegittimità costituzionale dell'art. 80,19 l. 388/2000 (legge finanziaria 2001) e dell'art. 9,1 TUI – come modificato dall'art. 9,1 l. 189/2002 e poi sostituito dall'art. 1,1 d. lgs. 3/2007– nella parte in cui escludono che la pensione di inabilità, di cui all'art. 12 l. 118/1971 possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora per il permesso CE lungo-soggiornanti.

trovato applicazione nella legislazione in campo previdenziale⁶² e assistenziale, in riferimento a trattamento pensionistico, assicurazione anti-infortunistica, assicurazione malattia e maternità, trattamenti di disoccupazione, assegni familiari, prestazioni assistenziali e istituti di patronato.

Più specificamente, per quanto riguarda il trattamento previdenziale (esclusi i lavoratori stagionali per i quali valgono regole specifiche ex art. 25 TUI), il fondamentale principio di uguaglianza ha subito, tuttavia, una rottura⁶³ ad opera delle modifiche introdotte nel 2002 (dalla *Legge Bossi-Fini*, relativamente all'art. 22 co. 13, in sostituzione del precedente co. 11): nella versione originaria, infatti, i lavoratori stranieri che avessero cessato l'attività lavorativa in Italia e lasciato il territorio nazionale potevano avvalersi del regime di liquidazione e rimborso dei contributi IVS -invalidità, vecchiaia e superstiti (avevano, cioè, la facoltà di richiedere, salvo che la materia fosse diversamente regolata da convenzioni internazionali, la liquidazione di contributi versati in loro favore nell'ambito della previdenza obbligatoria con maggiorazione annua del 5%⁶⁴); dal 2002, invece, il rimborso dei contributi IVS è sostituito dalla conservazione dei diritti, il cui godimento spetta al compimento del 65° anno di età⁶⁵, anche in deroga al requisito contributivo minimo.

La revisione crea, da un lato, un diritto *speciale* quanto alla deroga ai minimi (che, peraltro, riguarda solo i destinatari del sistema contributivo introdotto nel 1995⁶⁶), eliminando nel contempo, in omaggio ad una astratta parità di trattamento, la precedente previsione *speciale* che, lungi dall'essere discriminatoria in danno dei cittadini, esprimeva un coerente ancorché iniziale sforzo di garantire un *diritto diseguale* capace di adattare funzionalmente la disciplina previdenziale alla specificità del fenomeno migratorio e alle effettive condizioni di bisogno dei lavoratori migranti: la possibilità di rimborso dei contributi favorisce, infatti, il progetto di rientro in patria in condizioni di maggior reddito ed appare coerente ad una configurazione del periodo di soggiorno lavorativo in Italia come transitoria (come, peraltro, appare costruita dal sistema dei contratti di soggiorno...).

La previsione di un'opzione diversificata liberamente esercitabile meglio consente di configurare il principio di uguaglianza: non si tratta solo di applicarlo come *criterio antidiscriminatorio* capace di garantire, attraverso operazioni di estensione soggettiva, la parità rispetto ad un determinato trattamento, che resta definito a monte del processo di estensione ad una determinata tipologia di soggetti, nel caso indipendentemente da ogni considerazione sulle condizioni specifiche dei soggetti "lavoratori e lavoratrici migranti"; il principio di uguaglianza risulterebbe applicato anche *come criterio antisubordinazione*, che agisce anche sulla definizione del trattamento e sulla sua adeguatezza in riferimento specifico alle condizioni dei soggetti interessati⁶⁷.

L'abolizione della opzione rimborso potrebbe addirittura rappresentare, sul piano fattuale, un incentivo al lavoro irregolare, all'inseguimento della massima *monetizzazione* possibile del lavoro prestato nel paese di destinazione, senza che un simile sacrificio della parità sostanziale in nome di una parità formale astratta appaia convincente dal punto di vista della legittimità costituzionale⁶⁸.

In realtà, le ragioni della riforma sul punto riguardano il reperimento di risorse finanziarie a vantaggio del sistema previdenziale complessivo⁶⁹, in un quadro che rischia, però, di compromettere seriamente il meccanismo implicato dall'art. 2 cost., che configura una comunità in

⁶² Il principio della territorialità dell'obbligo assicurativo trova espressione già nell'art. 37 r.d.l. 1827/1935, che sottopone alle assicurazioni sociali le persone "di qualsiasi nazionalità ... che prestino lavoro retribuito alle dipendenze di altri".

⁶³ Vettor 2005.

⁶⁴ Il TUI recepiva una norma introdotta dalla legge 335/1995.

⁶⁵ Requisito di età che l'INPS applica indipendentemente dal genere anche nel caso di sistema retributivo o misto [Vettor 2005].

⁶⁶ L'INPS ha specificato che i soggetti destinatari del sistema retributivo e misto (inizio del rapporto assicurativo anteriore al 1 gennaio 1996) non rientrano nel dispositivo di deroga [Vettor 2005].

⁶⁷ Vettor 2005; Castelvetti 2003.

⁶⁸ Vettor 2005.

⁶⁹ Vettor 2005; Dondi 2003.

cui l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale appare strutturalmente collegato alla titolarità di diritti sociali di accesso e godimento del sistema di sicurezza sociale⁷⁰.

In materia è significativa, invece, la normativa comunitaria, che gestisce il faticoso e complesso coordinamento delle normative previdenziali negli stati membri seguendo i percorsi di vita ed i connessi itinerari di circolazione di lavoratori nell'ambito dell'Unione europea ed applicando i principi generali di totalizzazione e di esportabilità delle prestazioni previdenziali al fine di evitare il pregiudizio derivante dal frazionamento del percorso lavorativo in paesi diversi⁷¹; il regolamento fondamentale in materia (1408/1971), che già trovava applicazione ai cittadini terzi in qualità di familiari o superstiti di comunitari circolanti, è stato esteso con il reg. 859/2003, che ha equiparato ai comunitari gli stranieri che abbiano soggiornato e lavorato regolarmente in almeno due stati membri⁷².

Non vi sono, invece, particolari problemi per quanto riguarda l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'assicurazione per malattia e per maternità ed il diritto per le detrazioni per i figli a carico, residenti in Italia o nel paese di provenienza, mentre l'assegno per nucleo familiare viene erogato a condizione che il coniuge ed i familiari a carico siano residenti nel territorio italiano; l'indennità di disoccupazione spetta a parità di condizioni (o, in misura ridotta, a requisiti ridotti) anche a chi sia in attesa del permesso di soggiorno⁷³.

I lavoratori stagionali sono esclusi da qualunque prestazione di disoccupazione e dagli assegni per nucleo familiare (il relativo obbligo contributivo del datore di lavoro è convertito in un contributo che viene destinato agli interventi di carattere socio-assistenziale a favore dei lavoratori di cui all'articolo 45).

2.5. Il diritto al lavoro come diritto sociale (la priorità dei cittadini nell'accesso al mercato e la creazione di un mercato *metecio*)

Un discorso a parte merita il (controverso⁷⁴) *diritto sociale al lavoro* garantito dall'art. 4 cost.: mentre gli elementi strutturali ed i contenuti in termini di libertà di scelta e di accesso al mercato del lavoro (ma anche di diritto alle mansioni e divieto di licenziamento arbitrario) hanno più facilmente trovato attuazione legislativa e tutela giudiziale, la struttura di diritto sociale (che implica una mediazione legislativa e/o giudiziale in grado di vincolare soggetti pubblici o privati a comportamenti specifici rivolti a garantire l'accesso e il godimento del bene tutelato) stenta a trovare un'attuazione coerente; ma l'assenza di un'attuazione all'altezza delle promesse di garanzia sostanziale incorporate nell'art. 4 (in rapporto all'1 ed a tutto il titolo III), non autorizza a *modificare* il contenuto della norma costituzionale negando che essa configuri un diritto sociale soggettivo, piuttosto ci impone di denunciare l'evidente lacuna assiologica⁷⁵.

Anche se non si possono proiettare situazioni soggettive immediatamente tutelabili sulle "condizioni per renderlo effettivo"⁷⁶, il diritto al lavoro ex art. 4 cost. garantisce qualcosa di più che la libertà di scelta della propria occupazione; in particolare, per quanto ci interessa, con riferimento alle garanzie che devono essere fornite dai soggetti e dagli istituti di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro: il diritto di lavorare o di accedere al lavoro –e mantenere il lavoro ottenuto– senza subire l'interferenza abusiva di poteri pubblici e privati, come pretesa soggettiva ad "*equilibrare strutture di garanzia della concorrenza tra le persone e di sicurezza rispetto ad abusi legati a*

⁷⁰ Dubbi di costituzionalità di Angiolini 2002 e Bonetti 2004.

⁷¹ Che permettono la somma virtuale dei contributi delle diverse gestioni.

⁷² Da questa direttiva il Tribunale di Trento (sent. 202/2004) avrebbe ricavato un principio di parità di trattamento generale in materia di sicurezza sociale, che trascura però che la condizione essenziale per l'applicazione del reg. 2003 è il collegamento del cittadino terzo con almeno due stati membri [Turatto 2005; Giubboni 2006].

⁷³ Torsello 2008.

⁷⁴ Apostoli 2005; Salazar 1995; Loy 2009.

⁷⁵ Pezzini 2001.

⁷⁶ Il diritto soggettivo al conseguimento o al mantenimento di un'occupazione è negato dalla giurisprudenza cost., v. sent. 45/1965.

qualità personali, sia nel mercato del lavoro –con obblighi conseguenti sulle strutture di intermediazione- sia durante il rapporto di lavoro”⁷⁷.

La giurisprudenza costituzionale (sent. 144/1970 e 454/1998) si basa sull’assunto di una sostanziale differenza tra italiani e stranieri rispetto all’art. 4, in quanto tale articolo *assicura priorità nell’accesso al mercato del lavoro ai cittadini.*

In particolare, la sent. 144/1970, pur muovendo dall’affermazione di principio dell’eguaglianza dello straniero rispetto al cittadino nella sfera dei diritti fondamentali (che testualmente afferma “*può ormai ritenersi pacifico*”), rileva “*differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità*” nell’ambito dell’assunzione al lavoro: mentre il cittadino è [era] inserito nel sistema di avviamento al lavoro predisposto, in conformità dell’art. 4 della Costituzione, dalle leggi che prescrivono l’iscrizione presso gli uffici di collocamento e regolano l’assorbimento delle forze non occupate, lo straniero non entra nel giuoco di questa normativa se non quando, avendo chiesto il visto consolare per l’ingresso nel nostro Paese al fine di lavoro, ha ottenuto il relativo consenso, “*che può essergli concesso solo se non vi siano lavoratori nazionali idonei per il posto che chiede*”.

Nella pronuncia la Corte non si interroga più di tanto sul fondamento costituzionale di questa differenza che si limita a ricavare interamente dalla legislazione vigente e dalla “*prassi*” internazionale⁷⁸.

A distanza di quasi trent’anni e con un mercato del lavoro profondamente modificato e liberalizzato, la sent. 454/1998 (e poi anche 206/06) conferma l’assunto di base della precedente pronuncia: condizione e premessa indispensabile perché possa operare nei confronti dei lavoratori stranieri la “*parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti*” rispetto ai lavoratori italiani (garantita dall’art. 1 l. 943/1986, poi art. 2,3 TUI) è l’autorizzazione al lavoro subordinato stabile in Italia, con un permesso di soggiorno rilasciato a tale scopo o di altro titolo che consenta di accedere al lavoro subordinato o autonomo.

Il legislatore, ribadisce la giurisprudenza costituzionale, può legittimamente porre limiti all’accesso al mercato del lavoro da parte dei cittadini extracomunitari che a questo fine chiedano di poter soggiornare in Italia, ma (o, per meglio dire, proprio perché) una volta che l’accesso ci sia stato, essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani (da questo punto di vista è particolarmente discutibile il meccanismo del *contratto di soggiorno* che salda strutturalmente l’ingresso e la definizione delle condizioni di lavoro: come si giustifica, infatti, una tipologia di contratto di lavoro strutturalmente differenziato ed anzi strutturalmente differenziante il lavoratore straniero ?)

È, dunque, il rapporto originario e permanente del cittadino con lo stato che gli garantisce l’accesso al mercato del lavoro nelle condizioni di garanzia costituzionale di cui all’art. 4 cost. che, intese come garanzia di fruire *effettivamente*, ancorano le potenzialità di un diritto sociale al lavoro alla previsione di efficaci meccanismi di controllo e regolazione dell’incontro tra domanda ed offerta di lavoro⁷⁹.

Per lo straniero, invece, l’accesso al mercato del lavoro è condizionato all’esistenza di un titolo di ingresso e soggiorno che gli consenta di lavorare e nei limiti (di durata e di possibilità) di tale titolo.

⁷⁷ D’Antona 2000; Liso 2009.

⁷⁸ Così prosegue la sent.: « Lo straniero che intende recarsi in altro Stato deve infatti, per prassi internazionalmente ammessa, chiedere alle autorità consolari di quello Stato il visto d’ingresso, indicando le ragioni per cui vuole recarvisi e il tempo che desidera trattenervisi. Dopo di che, uscendo, munito di passaporto, dal proprio Paese, ed entrando in quello in cui si reca, deve presentarsi all’autorità locale di polizia. Da noi, ai sensi dell’art. 142 del T.U. della legge di P.S., deve farlo entro tre giorni, mediante la dichiarazione di soggiorno che, per l’art. 261 del Regolamento al detto T.U., deve parimenti contenere le indicazioni dello scopo e durata del soggiorno stesso e la professione, industria - commercio o lavoro che vi eserciti o intenda esercitare, ove si rechi per svolgervi un’attività, all’esercizio della quale gli sia stato già dato il consenso. Dunque *interest rei publicae* conoscere se l’ingresso è a scopo di turismo e diporto - che è il caso comune - o di lavoro, e quale.» Anche la nota di Cassese è critica sulle conseguenze, ma non discute la premessa.

⁷⁹ Ammettendo anche misure impositive a carico della domanda [D’Antona 2000, Liso 2009].

Titolo il cui rilascio dipende discrezionalmente dal legislatore che, nel sistema del TUI, lo regola attraverso una programmazione annuale dei flussi.

Questa ricostruzione -dando voce ad un senso comune che non è di per sé irragionevole, ma del cui fondamento costituzionale non viene data dimostrazione- ci pone di fronte ad un interrogativo radicale circa la natura della priorità riconosciuta ai cittadini.

Se la priorità dei cittadini è di natura ontologica, qualifica irrimediabilmente la forza lavoro straniera con una funzione complementare rispetto a quella nazionale e riduce il diritto al lavoro degli stranieri ad un diritto funzionale⁸⁰.

Se viene ridimensionata a priorità garantita dal fatto materiale di una presenza originaria sul territorio e, quindi, nel tessuto sociale e produttivo della nazione, fa interagire il diritto al lavoro dello straniero con la disciplina del momento dell'ingresso, condizionando il primo alla seconda; ciò conduce al riconoscimento -più o meno ampio- di una sfera in cui allo straniero viene garantito il diritto al lavoro: per taluno⁸¹ solo una volta avvenuto l'ingresso, cosa che pur sempre comporta una *priorità (sia pure) di livello b* rispetto agli stranieri ancora completamente *out-siders* e la tutela in base al diritto al lavoro delle condizioni di rinnovo.

La questione può essere ulteriormente articolata e verrà ripresa nei paragrafi 3 e 4.

Gli interrogativi rispetto alla correttezza costituzionale suscitati dalla configurazione della giurisprudenza costituzionale sono diversi e vanno incorniciati in un'adeguata rappresentazione della realtà, dalla quale ricavare lo *spessore* delle domande stesse, il loro impatto nella realtà, elementi che -se occultati- rischiano di inquinare indebitamente il ragionamento giuridico, mentre -se esplicitati- contribuiscono ad affinarlo.

Ci dice la ricerca sociologica⁸² di una *copiosa* [anche se i dati più recenti confermano che è colpita dal calo dell'occupazione] *domanda di lavoro immigrato per lo più di basso livello* (alimentata da sistemi produttivi che mescolano elementi tradizionali ed elementi innovativi; da peso di settori ad alta intensità di lavoro, come l'agricoltura mediterranea, l'edilizia, l'industria alberghiera; da fattori di modernizzazione sociale, come la partecipazione delle donne al mercato del lavoro extradomestico, combinati con la persistente centralità della famiglia nella fornitura dei servizi di cura e nell'organizzazione della vita quotidiana e -aggiungo- con una *segregazione di genere* che continua ad ostacolare pesantemente la redistribuzione del lavoro di cura tra uomini e donne e che mantiene la *cura al femminile*, trasformandola da *attività femminile invisibile in quanto extra-mercato* in *attività lavorativa femminile svolta in un mercato nero, dequalificato, a bassi salari*]) non regolata coerentemente dal sistema dei decreti-flussi. I flussi di immigrazione irregolare restano particolarmente elevati, per le abnormi dimensioni dell'*economia sommersa* (se si volesse lottare effettivamente contro l'immigrazione irregolare, bisognerebbe agire sulla domanda che la alimenta). Inoltre, lo studio della Banca d'Italia sulle economie regionali (2009) dimostra l'esistenza una segmentazione del mercato del lavoro per cui la presenza di lavoratori immigrati avrebbe, in realtà, sostenuto la domanda per impieghi gestionali e amministrativi con qualifiche più elevate, di cui fruiscono gli italiani, nonché la possibilità di lavoro extra-domestico delle donne italiane.

1. L'articolo 4 giustifica un *favor* nei confronti dei cittadini, ma lo impone anche ?

La verifica di una preventiva indisponibilità di cittadini -ed oggi comunitari (che attualmente opera con i meccanismi dell'art. 30 *quinquies* del Regolamento di attuazione TUI d.P.R. 394/1999⁸³) è solo consentita o è anche necessaria ?

A me sembra che una realistica rappresentazione del mercato del lavoro costituisca la condizione di razionalità di qualsiasi limitazione *quantitativa* (quote) nei confronti degli stranieri, potendosi

⁸⁰ Adinolfi 1992; Cuniberti 1997.

⁸¹ Cuniberti 1997.

⁸² Ambrosini 2009; Reyneri 2005.

⁸³ Briguglio 2005.

ulteriormente discutere se possa essere acquisita in base ad indicatori generali ovvero richieda verifiche puntuali e specifiche per il singolo posto di lavoro.

Ma come è possibile conciliare questo requisito con un assetto del mercato del lavoro che non è affatto, o è scarsamente, regolato e controllato ?

2. Quali limiti di discrezionalità e quali condizioni incontra il legislatore nella regolazione dei flussi?

Innanzitutto, anche se il sistema dei diritti sociali derivati e della persona postula un controllo dei flussi di ingresso per non privare di ogni effettività i diritti garantiti a tutti, *ex art. 35,3 cost. la Rep.* è tenuta a promuovere *gli accordi e le organizzazioni internazionali per l'affermazione e la regolazione dei diritti del lavoro*, (affermazione e regolazione) che non riguardano solo la tutela dei lavoratori italiani all'estero, già tutelati dal 4° comma, né solo una proiezione internazionalista, ma impongono anche un impegno di tutela specifica del lavoro straniero in Italia⁸⁴; ciò rende non costituzionalmente ammissibile una chiusura totale o molto rigida⁸⁵ del mercato del lavoro interno agli stranieri.

Quanto alle condizioni per la programmazione dei flussi, la disciplina attuale ha suscitato riserve per l'ampia discrezionalità riconosciuta al governo, in contrasto sia con la riserva di legge rinforzata dell'art. 10,2, sia con i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione *ex art. 97 cost.*⁸⁶

D'altra parte i flussi governano la domanda ma non l'offerta di lavoro, che alimenta un mercato del lavoro *irregolare/sommerso*: o meglio, il controllo dei flussi potrebbe governare anche l'offerta solo a condizioni di un mercato del lavoro strutturato con un realistico ed effettivo intervento sulla intermediazione tra domanda e offerta⁸⁷.

Una disciplina realistica dovrebbe valorizzare i canali effettivi dell'incontro *diretto* tra domanda e offerta di lavoro, con adeguata attenzione alle strutture delle *c.d. catene migratorie* (immigrati che si appoggiano sulla rete di relazioni attivabile nel paese di destinazione⁸⁸); in particolare, onde evitare di consegnare l'intera fase dell'avviamento al lavoro all'illegalità e, di fatto, alla creazione di un mercato "metecio"⁸⁹, sarebbe indispensabile ed urgente la previsione e la disciplina di un *permesso di soggiorno per avviamento al lavoro*⁹⁰ e degli istituti di *sponsorizzazione*.

3. l'art. 35 vincola la Repubblica a tutelare il lavoro "*in tutte le sue forme*": da qui discende che il lavoro irregolare –anche degli stranieri– non può essere lasciato privo di tutela, che va intesa nel duplice aspetto di garanzia dei diritti connessi alla prestazione di lavoro comunque effettuata⁹¹ e di doverosità di un trattamento volto alla emersione e regolarizzazione del *lavoro sommerso* che, in quanto fenomeno sociale significativo, non può essere considerato un comportamento "deviante" individuale, che espone il singolo alle conseguenze delle sue azioni (nel caso dello straniero, in

⁸⁴ Parzialmente diversa la prospettiva riferita al 4° comma da Rossi 2005.

⁸⁵ Come può essere considerata l'attuale che intercetta non più del 10% della forza lavoro immigrata [v. dati Briguglio 2005].

⁸⁶ Bonetti 2004; Gottardi 2005.

⁸⁷ Anche il *VI Rapporto CNEL sull'integrazione* conferma che la questione che condiziona, a monte, la regolarità e la qualità dell'inserimento lavorativo è la grande carenza della funzione dei *Servizi per l'impiego pubblici* e delle politiche di formazione professionale; la netta prevalenza (90,2%) dei percorsi informali (rete, soprattutto etnica, di parenti, amici, conoscenti) per l'incontro della domanda e dell'offerta di lavoro, determina condizioni favorevoli a rapporti di impiego irregolari e in nero, soprattutto combinata con la rigidità dei titoli di soggiorno per lavoro (non convertibilità).

⁸⁸ La costruzione delle catene migratorie è molto differenziata, riflette strutture culturali specifiche e più o meno comuni tra i paesi d'origine e quelli di approdo (es. rete delle parrocchie per i flussi di immigrazione femminile dalle Filippine), e distribuisce in modo difforme sul territorio, sulle tipologie di lavoro, tra i generi.

⁸⁹ Parla di *meteci* Walzer 1987; di *intoccabili* Harris 2000.

⁹⁰ Attualmente vi è solo un "permesso per motivo attesa occupazione" per 6 mesi in caso di perdita del posto di lavoro prima della scadenza del permesso originario (art. 22, 11 TUI).

⁹¹ Nel caso di prestazioni di lavoro erogate da stranieri irregolari, la nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione e per la prestazione di fatto resa il lavoratore ha comunque diritto ad essere retribuito ed assicurato a norma dell'art. 2126 c.c. [Torsello 2008].

particolare, all'espulsione), ma una dinamica sociale di creazione e mantenimento di un mercato parallelo a basso costo che deve essere regolato.

Da questo punto di vista la regolarizzazione disposta dalla legge 102/09 è costituzionalmente dubbia sia per la limitatezza del settore occupazionale considerato, sia per aspetti di palese arbitrarietà (quali la tipologia di prestazione presa a riferimento -20 ore settimanali con unico datore di lavoro- incoerente con le forme tipiche di organizzazione della prestazione; ma la forma della dichiarazione di emersione che è nella sostanziale discrezionalità del datore di lavoro⁹²).

2.6. Il diritto alle pari opportunità uomo-donna come diritto sociale (l'assenza di pari opportunità e la macroscopica questione di genere)

Nonostante un indubbio *trend* diretto a fondare il dovere di politiche attive di parità uomo donna - costituzionalizzato all'art. 117,7 cost.⁹³ e sostenuto dalla normativa comunitaria- colpisce nel TUI la totale assenza del tema.

Tanto più in presenza di una *macroscopica questione di genere*, che emerge nel presupposto implicito ma robustissimo della segregazione di genere dell'intero settore del lavoro domestico di cura: femminilizzato, prevalentemente straniero, dequalificato, privo di garanzie ; la flessibilità oggettivamente necessaria non viene in alcun modo compensata, ma anzi riproduce precarizzazione e sfruttamento, con una sostanziale vanificazione delle garanzie della conciliazione del produttivo e di cura (37 cost.) per le lavoratrici di questo settore⁹⁴.

Anche nella disciplina dei ricongiungimenti, la considerazione della struttura della famiglia e gli strumenti di pari opportunità uomo donna meriterebbero un'attenzione ed un peso ben maggiore: l'autonomia del permesso di soggiorno del familiare ricongiunto da quello del coniuge soggiornante, ad es., potrebbe costituire un efficace fattore di autonomia per le donne immigrate (per altro aspetto, la possibilità di limitare il ricongiungimento dei figli minorenni avuti dal soggiornante con «un altro coniuge» in caso di matrimoni poligami colpisce nei figli quella che è intesa come una manchevolezza culturale dei genitori, in totale controtendenza con quello che è stato il pur faticoso percorso che ha condotto al riconoscimento dei diritti dei figli naturali).

2.7. I diritti sociali speciali dello straniero.

La base costituzionale generale di tutti i diritti sociali risiede nel secondo comma dell'art. 3 cost., che incorpora nel precetto di uguaglianza sostanziale un *favor* nei confronti di subisca lo svantaggio di ostacoli che limitano il dispiegarsi della piena autonomia della persona (intesa nella dimensione materiale della partecipazione all'articolazione del corpo sociale sul piano politico, economico e sociale e nella dimensione individuale della proiezione di identificazione⁹⁵ di ciascuno).

Nel TUI corrispondono a diritti sociali che lo straniero ha in quanto tale l'assistenza ai valichi frontiera (art. 10,5 TUI) ed il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale (art. 18, che però al co. 2 introduce riferimento a condizioni penali non sociali).

In questo contesto va segnalata problematicamente la torsione del concetto di *integrazione*: ai ritardi e alle debolezze dell'attuazione delle disposizioni del TUI specificamente volte a configurare i processi di integrazione come processi socialmente garantiti da prestazioni sociali ex art. 3, co. 2 cost., si aggiunge ora la configurazione del c.d. "*accordo di integrazione*" di cui all'art. 4 bis TUI (legge 94/2009)⁹⁶, che tramuta diritti sociali (o almeno finalità pubbliche che richiedono attuazione

⁹² V. la *Lettera aperta* al Governo di Asgi, Arci e Cgil in www.asgi.it.

⁹³ Pezzini 2005.

⁹⁴ Ceschi-Mazzonis 2003.

⁹⁵ Identificazione come processo e dinamica contro identità come definizione statica.

⁹⁶ Bascherini 2008: "*trasformando l'integrazione in un dovere dello straniero, in un certificato di sana e robusta costituzione da presentare all'atto di iscrizione ad un club, trascurando che quella che si chiama integrazione, è un processo spesso conflittuale che coinvolge tanto gli stranieri che i cittadini e che impone obblighi anche agli ordinamenti coinvolti*".

Nel *VI Rapporto sugli Indici di integrazione degli immigrati in Italia* (2009) del CNEL, si osserva che l'*integrazione* « è questione complessa nella quale sono determinanti i fattori soggettivi, le aspettative e i vissuti della esperienza

legislativa) in *obblighi* pesantemente sanzionati a carico dello straniero (per le conseguenze sul permesso di soggiorno) e che scarica sullo straniero tutti gli oneri del processo di integrazione, posto che all'attuazione del sistema dell'accordo di integrazione si dovrà provvedere nell'ambito delle risorse umane strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, *senza nuovi o maggiori oneri* per la finanza pubblica.

Benché il primo comma definisca l'integrazione il "*processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società*" in una prospettiva dinamica e bi-direzionale, di impegni reciproci non vi è traccia nell'articolo; la norma non consente ed, anzi, espressamente vieta ai soggetti pubblici l'incremento di risorse sia finanziarie, che strumentali o di personale; mentre traduce l'impegno di integrazione in un sistema di crediti/debiti (con rinvio ad un regolamento da emanarsi entro 180 giorni) legati alla sottoscrizione obbligatoria di un impegno che individui obiettivi di integrazione da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno. Sullo straniero gravano anche tutte le conseguenze: non solo la sottoscrizione dell'accordo (impegno) diventa condizione necessaria per il rilascio del permesso, ma la perdita integrale dei crediti può determinare la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione⁹⁷.

3. L'uguaglianza e la differenza tra cittadini e non cittadini nella catena della cittadinanza e nella catena del personalismo

La mappatura è stata condotta seguendo un doppio binario, che riconduce l'attuazione legislativa dei diritti sociali da una lato all'art. 10, 2 cost. e dall'altro all'art. 2 cost.

Nella prospettiva dell'art. 10, co. 2 cost. i diritti sociali del non cittadino sono diritti essenzialmente legali, ed il controllo di costituzionalità opera attraverso il parametro interposto delle norme e trattati internazionali, nonché attraverso il limite della ragionevolezza interna della disciplina legislativa.

Integrando anche la prospettiva dell'art. 2 cost., i diritti sociali del non cittadino si presentano come diritti costituzionalmente garantiti a prescindere dalla cittadinanza, che entrano in posizione forte nel bilanciamento eventualmente necessario con le specificità di fatto della condizione di non cittadino, così come con gli altri diritti ed interessi che vengono in gioco in relazione ad essa.

Sui due binari, quindi, la differenza tra cittadini e non gioca in modo diverso; se dalla mappatura vogliamo ricavare un quadro di sintesi e, soprattutto, la definizione di uno statuto costituzionale del non-cittadino rispetto ai diritti sociali, questo è *il cuore del problema* da approfondire.

Le norme che danno corpo alla nozione di *cittadinanza* e, di conseguenza, all'idea di una *differenza costituzionale* tra cittadino e non cittadino (oltre all'art. 10,2 cost., gli articoli 16/35,4; 22 e 26 cost.) definiscono un *rapporto del cittadino con il territorio* (elemento costitutivo) e con lo *stato* di tipo *originario, permanente e non disponibile*.

Interrogando la rilevanza costituzionale della cittadinanza, emerge una diretta relazione tra *cittadino, sovranità e territorio*, una relazione tra elementi tutti parimenti costitutivi dello stato, mentre il *non-cittadino* resta un elemento estraneo a tale sfera costitutiva (dello stato).

immigratoria, lo stesso sentire dei cittadini italiani, la qualità dei rapporti tra questi e gli immigrati»; il Rapporto fa emergere le condizioni necessarie per lo sviluppo di processi di integrazione con la misurazione indicatori statistici sia *sociali* (accessibilità immobiliare, dispersione scolastica, ricongiungimenti familiari, acquisizione della cittadinanza, livelli di devianza) sia *occupazionali* (inserimento lavorativo, livelli professionali, reddito da lavoro, tasso di imprenditorialità).

«Alcuni di questi indicatori possono essere rilevati, nei diversi territori, anche per i cittadini italiani, dando luogo ad un confronto con quelli degli immigrati e quindi ad una graduatoria comparativa che indica lo scarto tra le condizioni di inserimento sociale di autoctoni ed immigrati negli stessi contesti locali».

⁹⁷ Non però per il titolare di "*permesso di soggiorno per asilo, per richiesta di asilo, per protezione sussidiaria, per motivi umanitari, per motivi familiari, di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, di carta di soggiorno per familiare straniero di cittadino dell'Unione europea, nonché dello straniero titolare di altro permesso di soggiorno che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare.*" (art. 4-bis, co. 2 TUI)

D'altra parte, la domanda su quanto, e come, la distinzione tra cittadini e non cittadini rilevi in costituzione (e si ripercuota nell'ambito dei diritti sociali), impone di considerare la portata del principio fondamentale *personalista* che ("riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" e quindi) limita l'esercizio della sovranità sui diritti inviolabili della persona umana, vincolando la Repubblica a garantirne accesso e godimento *ad ogni essere umano a prescindere dalla condizione di cittadinanza*.

L'insieme delle norme costituzionali va quindi interpretato nello spazio che si configura tra quella che possiamo chiamare la *catena della cittadinanza* (nella quale colleghiamo quelle norme che sono strettamente associate alla cittadinanza), da un lato e, dall'altro, la *catena del personalismo* (in cui si connettono le norme che costruiscono il catalogo dei diritti inviolabili della persona umana).

È chiaro che in questa analisi il canone di interpretazione letterale (l'intitolazione della *Parte prima* della Costituzione provrebbe troppo, riferendo tutti i diritti e doveri ai cittadini in contraddizione con il principio *personalista*, mentre, nella stessa *Parte prima* alcuni diritti -e doveri- sono testualmente attribuiti ai cittadini ed altri no) deve essere affiancato dalla *ratio* (immediatezza dell'inerenza alla persona *piuttosto che* riferimento privilegiato ed essenziale agli elementi che compongono la statualità, vale a dire territorio ed esercizio della sovranità).

Nella catena *personalistica* trovano collocazione tutti i diritti sociali del titolo II; ai quali sono assimilabili, perché analogamente *prescindono dalla cittadinanza*, i *diritti sociali derivati* del titolo III (diritti del lavoratore, attribuiti in base alla collocazione sociale del soggetto come *lavoratore*, derivati nel senso di un rapporto secondario con il diritto sociale al lavoro).

Problematica, invece, la collocazione del diritto al lavoro.

La collocazione nella catena della cittadinanza viene ricondotta alla necessità di non ignorare né la peculiarità del rapporto originario con il territorio e lo stato che è proprio del cittadino, né le conseguenze dell'attribuzione immediata di tutti i diritti sociali derivati anche allo straniero in base alla catena del *personalismo*, con la necessità di mantenere un grado ragionevole di effettività (così in sostanza la giurisprudenza costituzionale): argomenti che non riescono ad essere decisivi, perché per soddisfare le esigenze di prevedibilità e programmazione connesse all'erogazione dei diritti derivati e della persona basterebbe la corrispettività garantita dal dovere contributivo, e non è indispensabile affermare una priorità.

La prima conseguenza è che l'art. 4 cost. trova nella catena della cittadinanza una collocazione parzialmente diversa a seconda che si ritenga esistente una priorità dei cittadini ontologica o solo fattualmente connessa ai vincoli all'ingresso, e da tale diversa collocazione discendono conseguenze parzialmente differenti (come accennato nel par. 2.5).

Non solo: non si ritiene di poter escludere completamente l'ipotesi della collocazione dello stesso articolo nella catena del *personalismo*, con l'effetto di attribuire ad ogni straniero una posizione costituzionalmente rilevante già fuori e prima dell'ingresso nel territorio nazionale (su cui v. oltre in sede di conclusioni).

3.1. La parziale disponibilità del titolo e del tempo nel rapporto dello straniero con lo Stato

Se gli art. 16, 22 e 26 radicano la qualificazione costituzionale della cittadinanza in un *rapporto originario* (quanto al titolo) e *permanente* (nel tempo) del soggetto con lo stato, sarebbe però sommario contrapporre la qualità di un *rapporto derivato e temporaneo* a definire la condizione del non cittadino (come fa anche la giurisprudenza costituzionale).

È vero, invece, che il titolo di un rapporto tra stato e non cittadino può risiedere nel *mero fatto della presenza* sul territorio dello stato: non solo nel senso che la presenza materiale consente le misure di allontanamento/respingimento, che costituiscono pur sempre una manifestazione della sovranità dello stato, ma soprattutto perché, in una costituzione che assume il principio *personalista* come fondativo, la presenza materiale è sufficiente ad assicurare il godimento di alcuni diritti.

Il che equivale a riconoscere una sorta di nucleo *originario* anche nel rapporto tra lo stato e il non cittadino, *in quanto persona*.

D'altra parte, neppure la transitorietà è un carattere necessario del rapporto tra lo stato e il non cittadino, la cui dimensione temporale può essere estremamente variabile, e tendere a stabilizzarsi. Sembra, quindi, più significativo assumere come elemento distintivo il fatto che, mentre il rapporto tra stato e cittadino *non è disponibile* da parte dello stato (per il riconoscimento della libertà di espatrio e di re-ingresso; per il divieto di espulsione; per i limiti all'extradizione; per il divieto di fondare su motivi politici la perdita della cittadinanza), quello tra stato e non cittadino risulta *parzialmente disponibile* sia quanto al titolo, sia quanto al tempo (nei limiti già visti degli art. 10,2; 2 e 3 cost.).

In base al titolo ed al tempo, la condizione dello straniero risulta ulteriormente caratterizzabile in relazione al rispetto da parte dello straniero delle condizioni poste dallo stato per il suo ingresso e la sua permanenza nel territorio: la rilevanza costituzionale della distinzione tra condizione di regolarità/irregolarità è implicita e presupposta nello stesso concetto di disponibilità da parte dello stato, anche se, attraverso i limiti posti dagli articoli 10, co. 2; 2 e 3 cost., la sua definizione non può semplicisticamente rimandare al contenuto delle leggi in materia⁹⁸.

A loro volta, sia le condizioni di irregolarità, sia quelle di regolarità sono ulteriormente differenziabili, con particolare rilievo nel qualificare la posizione dello straniero in relazione all'accesso ed alle condizioni di godimento dei diritti sociali.

a) *condizioni di irregolarità*.

L'irregolarità può riguardare l'ingresso oppure le condizioni per il soggiorno, oppure entrambi e, comunque, a diversi gradi di rilevanza (attualissima la discussione sull'ammissibilità di un rilievo penale delle condizioni di irregolarità); l'irregolarità non è necessariamente clandestinità, che implica l'occultamento o la dissimulazione dell'ingresso e/o del soggiorno⁹⁹; le condizioni di regolarità/irregolarità riflettono direttamente (e dipendono da) i processi di maggiore o minore *regolazione* dei fenomeni migratori (non solo da parte degli stati di accoglienza, ma anche da parte degli stati di provenienza: per l'interesse e la capacità di concludere accordi internazionali, ma anche per il riconoscimento della libertà di espatrio e di re-ingresso nel territorio d'origine e persino per la *struttura di genere* di uno stato).

b) *condizioni di regolarità*.

Le situazioni regolari si dispongono lungo un *continuum* tra un rapporto meramente occasionale ed un rapporto stabilizzato che dà accesso alla e si converte nella cittadinanza; le condizioni di regolarità sono definite dalla durata del visto e/o del permesso di soggiorno, che distinguono tra soggiorni di breve durata (inferiori a 90 giorni) e permessi rinnovabili con scansioni temporali diverse (nove mesi / un anno / due anni); dopo 5 anni si acquisisce un permesso di soggiorno a tempo indeterminato¹⁰⁰; dopo 10 maturano le condizioni per la concessione della cittadinanza¹⁰¹.

⁹⁸ Ad es. nella sent. 104/1969 la Corte riscontra una «*differenza di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche ... rilevabili in ogni ordinamento e si fondano tutte sulla basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo*»; ma affermando: «*Il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata*», descrive condizioni che sono legali, non naturalimateriali, invertendo il rapporto tra *fatti* e *connessa valutazione giuridica*.

⁹⁹ L'uso stesso dell'espressione "clandestino" rimanda a persona che «*viaggia furtivamente o sotto mentite spoglie, violando le norme che regolano il passaggio dei confini nazionali. In generale, tuttavia, il grosso dell'immigrazione irregolare non arriva via mare, o nascosta in un camion, o con documenti falsi. In larga maggioranza i migranti irregolari rientrano nella categoria dei cosiddetti overstayer: persone entrate regolarmente, per esempio con un visto turistico, che poi rimangono sul territorio, spesso perché trovano un lavoro*» [Ambrosini 2009]. La qualificazione spinge a percepire gli immigrati come divisibili - in sé e non *ex lege*- in regolari e irregolari, in *buoni* e *cattivi* [Bascherini 2008] e tradisce la sopravvivenza di una concezione colonialista del mondo [Cerrone 2006].

¹⁰⁰ Art. 9 TUI, permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (in attuazione della dir. 2003/109/CE ha sostituito la Carta di soggiorno che dopo 6 anni consentiva il soggiorno a tempo indeterminato).

¹⁰¹ Codini, D'Odorico 2007.

Da tenere presente che, in presenza delle condizioni che consentirebbero di accedere alla cittadinanza, non sempre e non necessariamente lo straniero vuole o può accedervi e che, pertanto, la condizione dei non-cittadini stabilmente residenti conserva un rilievo autonomo anche per periodi ultradecennali¹⁰².

Si tratta, comunque, di distinzioni legislative di per sé non immediatamente né necessariamente rilevanti sul piano costituzionale, che richiedono di volta in volta un attento apprezzamento della ragionevolezza in relazione specifica alla prospettiva nella quale ci si muove.

3.2. La differenza dei non cittadini di fronte alla Corte costituzionale

E qui viene in considerazione il principio di uguaglianza che sta, invece, al di fuori delle due catene perché si estende, con tutta la sua complessità di uguaglianza formale e sostanziale, come criterio ordinatore al di sopra di entrambe (guarda quindi alla distinzione, costituzionalmente rilevante, come elemento da giustificare volta per volta e a partire da un diverso contesto nelle due diverse catene)¹⁰³.

Nella dottrina si distinguono due filoni, che assegnano rispettivamente la priorità all'art. 10,2 (condizione legale, sia pure condizionata dalla ragionevolezza delle discipline e delle differenziazioni quando entrino in gioco diritti fondamentali della persona) e all'art. 2 (come fondamento costituzionale diretto di diritti al non cittadino, sia pure con la possibilità di differenziare ragionevolmente tra cittadini e non).

La notevole estensione della regolamentazione internazionale ha relativizzato la distanza tra le due posizioni teoriche, che però continuano a non essere equivalenti, né quando si tratti di compiere operazioni di bilanciamento tra diverse esigenze costituzionalmente garantite, né ai fini dell'individuazione dei parametri del giudizio di uguaglianza: diverso è se nel bilanciamento o nella comparazione entra un diritto costituzionale (che il legislatore è tenuto a definire in un certo modo) o un diritto interamente legale (che viene bilanciato o confrontato così come il legislatore l'ha definito).

La giurisprudenza costituzionale, muovendo sin dall'origine da una concezione in cui le due prospettive vengono strettamente integrate nell'ambito del giudizio di uguaglianza, si è concretamente riservata ampi margini di apprezzamento del rapporto tra condizioni di fatto, disciplina legale e disposizioni costituzionali, "manovrando" entro schemi variabili di riferimento le disposizioni costituzionali considerate rilevanti (gli art. 10, co. 2; 2 e 3 cost.).

Ma per quanto questo schema di ragionamento non abbia impedito alla Corte di rilevare situazioni di discriminazione (come abbiamo visto), permane il rischio che la giurisprudenza costituzionale compia valutazioni "appiattite" sull'esercizio della discrezionalità legislativa¹⁰⁴ e persino intrinsecamente contraddittorie, nella misura in cui ricavano dalla stessa legislazione gli elementi di differenziazione della condizione dello straniero che, invece di essere scrutinati come eventuali discriminazioni, vengono assunti in premessa come indicatori di fatto che consentono la possibilità di diversificare.

Insomma, la giurisprudenza della Corte non sfugge al rischio di *tautologia*: la legge può ragionevolmente trattare diversamente stranieri e cittadini se sono diversi, ma per dimostrare questa

¹⁰² www.ismu.org/approfondimenti (2007): tra il 1991 e il 2004 le domande di cittadinanza presentate da paese a forte pressione migratoria sono state circa 186.000, di cui 109.000 accolte; il 27% delle domande è per naturalizzazione; il tasso di accoglimento delle domande è al 12% per la naturalizzazione (per matrimonio al 95%); il tempo minimo necessario è di 13 anni, più frequentemente 15-20 anni (tempo medio di attesa per matrimonio circa 1 anno e 4 mesi).

¹⁰³ Anche l'art. 10, 3 cost. sta in posizione intermedia, perché la definizione delle condizioni degli asilanti è finalizzata a garantire al non cittadino le condizioni di effettivo esercizio delle libertà democratiche che gli sono negate nello stato di appartenenza e che definiscono, insieme, il bagaglio dei diritti inviolabili ed una parte del contenuto della cittadinanza. Esula dal contesto di questa relazione una considerazione dei diritti politici e del rapporto tra cittadinanza ed esercizio della sovranità, in cui l'originarietà del rapporto stato-cittadino riconosce una indubbia priorità, senza imporla come assoluta.

¹⁰⁴ Già criticamente Luciani 1992.

diversità si ricorre alle categorie costruite dalla legge (quindi, sono diversi non di fatto ma di diritto, perché la legge li ha definiti diversamente).

Nella giurisprudenza costituzionale vi sono, però, anche spunti ulteriori, che meritano di essere sviluppati per arrivare ad una configurazione del soggetto straniero insieme più complessa e più garantita.

Ne indico almeno tre.

a) Il primo consiste nel richiamo di *una norma di diritto internazionale generale* che vieta la discriminazione degli stranieri regolarmente soggiornanti nella garanzia dei diritti fondamentali (306/2008), aggiungendo un nuovo riferimento costituzionale (art. 10, co. 1) a garanzia della posizione dello straniero; un riferimento che, imponendo l'adattamento automatico, può assumere una portata dirompente¹⁰⁵.

b) Il secondo viene da una sentenza del 1986 (n. 269), che disegna la migrazione come un "vero e proprio diritto umano".

È vero che il quadro è delineato per evidenziare quella libertà di *emigrazione* che la costituzione espressamente riconosce al cittadino italiano proteggendola nell'art. 35,4¹⁰⁶; tuttavia, gli argomenti che vengono spesi nella ricostruzione interpretativa del fenomeno migratorio sono di carattere generale e non si prestano ad una ricostruzione a senso unico, che ignori la *circolarità* del fenomeno, per cui il soggetto migrante è sempre lo stesso, guardato come emigrante dallo stato di provenienza e come immigrato dallo stato di destinazione.

La sentenza 269/1986 richiama solenni affermazioni risuonate in sede costituente che parlano del diritto di emigrare come un *diritto dell'uomo* al pieno sviluppo della personalità e come diritto di *partecipare alla vita della comunità dei popoli*¹⁰⁷; sottolinea la significatività del termine "riconosce", ricollegato espressamente all'art. 2 Cost., per affermare l'esistenza di un diritto fondamentale, che lo Stato "riconosce" e non attribuisce; rimarca che la libertà di emigrare è "riconosciuta" come bene, valore fondamentale, realizzativo della personalità umana, che «*non nasce, infatti, quale "graziosa concessione", dello Stato*»; rileva che «*un legislatore che, ancorato a visioni arretrate del fenomeno emigratorio, ritenesse, oggi, di poterlo determinare autoritariamente, come "anonimo" fenomeno di massa, si porrebbe nettamente contro la Costituzione*».

Di fronte ad una lettura tanto valorizzante della visione costituzionale del fenomeno migratorio, che pone al centro del progetto migratorio la *persona umana* con la sua proiezione, costituzionalmente garantita, al libero sviluppo di sé, mi sembra che i, pur necessari, distinguo tra la posizione del *cittadino emigrante* e quella dello *straniero immigrato*, non possano far ritenere costituzionalmente accettabile che il legislatore orienti le politiche sull'immigrazione in chiave di disciplinamento autoritario, scordando l'irriducibile e primaria qualità umana dei soggetti migranti.

Piuttosto, la lettura che tanto valorizza il nesso tra art. 35,4 e art. 2 cost. (nel segno del "riconoscimento" di diritti direttamente inerenti alla persona umana) dovrebbe condurre a valorizzare ulteriormente il nesso tra commi 3 e 4 dell'art. 35 cost.

Se la libertà di *emigrazione* viene riconosciuta (e non graziosamente concessa, come ricorda la sentenza), l'altra faccia della medaglia non si traduce *tout-court* in «*libertà di immigrazione*», ma certamente garantisce che ogni regolamentazione dell'immigrazione venga fatta *a partire dal*

¹⁰⁵ Lo coglie forse una recente sentenza del Tribunale di Ravenna (1 ottobre 2008) che cita il richiamo sottolineandolo.

¹⁰⁶ Il ragionamento interpretativo relativo all'art. 35,4 cost. fa da sfondo alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che puniva penalmente la propaganda od eccitazione all'emigrazione, dal momento che non esistono valori o beni costituzionalmente garantiti che, una volta costituzionalmente tutelata l'emigrazione, valgano a giustificare limiti alla propaganda diretta a far emigrare (salve le ipotesi "tipiche" del fatto commesso per motivi di lucro ovvero con notizie o indicazioni false).

¹⁰⁷ Intervento dell'on. Dominedò nella seduta dell'8 maggio 1947: "*Chi ricordi le gravi ferite portate al diritto di emigrare, per ragioni militariste, nazionaliste o razziste, vorrà riconoscere la necessità che domani sia preservato da altri pericoli il diritto dell'uomo alla piena espansione della propria personalità e quindi il diritto di partecipare alla vita della comunità dei popoli*"

riconoscimento di un diritto umano che implica tutela e garanzia, cui lo stato legittimamente può contrapporre (eccepire) la necessità di proteggere propri interessi fondamentali, purché in modo rigorosamente proporzionato e adeguato nel rapporto tra il mezzo (limitazioni dei diritti degli riconosciuti agli stranieri) ed il fine (di salvaguardia di *specifici* interessi statuali).

c) Altra sentenza che restituisce ampio respiro al rapporto tra lo stato e il non cittadino, è la n. 172 del 1999 che, nell'indicare il fondamento costituzionale in positivo della norma che estende agli apolidi l'assoggettamento all'obbligo del servizio militare¹⁰⁸, richiama l'esistenza di una «*comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza*» che «*accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza*». Particolarmente significativa nella pronuncia non è solo l'individuazione di siffatta comunità di diritti e doveri, in cui l'appartenenza è data dall'elezione di residenza, evidentemente –al di là del caso di specie- riferibile a tutti i non cittadini, ma anche il richiamo espresso dell'evoluzione legislativa culminata nell'affermazione di principio della piena parità di trattamento e della piena uguaglianza di diritti tra apolidi e cittadini italiani; tale legislazione viene, infatti, indicata espressamente *negli artt. 1, comma 1, e 2, commi 1-5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*, vale a dire precisamente in quel testo normativo (TUI) che afferma la piena uguaglianza *di apolidi e stranieri* ai cittadini italiani, inducendo a ritenerli parti –non solo gli apolidi, ma tutti gli stranieri- di una comunità di diritti e doveri.

4. Conclusioni. Diritti sociali dei non cittadini: le condizioni dell'uguaglianza.

Nella *catena della cittadinanza* trova applicazione il principio di *ragionevole differenziazione*, ma questa catena potrebbe al più includere, per quanto sopra osservato, il solo diritto al lavoro come diritto sociale.

I diritti sociali appartengono alla *catena del personalismo*, in cui va applicato il *divieto di discriminazione*.

Il divieto di discriminazione ha un fondamento, un'estensione e forme di qualificazione che vengono fortemente sollecitati da più processi convergenti: basti pensare a quanto è stato osservato nell'ambito del diritto internazionale (a proposito dell'interpretazione del *Patto diritti economici e sociali*), della giurisprudenza Cedu, della stessa Corte di giustizia della comunità europea (v. anche il caso Feryn¹⁰⁹). Si tratta di un processo che valorizza e fa emergere, nella dimensione della costituzione italiana, una nozione *forte* dell'uguaglianza, che recupera la dimensione soggettiva della *pari dignità sociale* come vero e proprio *diritto all'uguaglianza*¹¹⁰. Le sollecitazioni del diritto

¹⁰⁸ In negativo la norma è giustificata perché non si ritiene riferibile agli apolidi la norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta che esclude i non-cittadini dal novero di coloro che possono essere chiamati a prestare il servizio militare, basata sull'esigenza di impedire il sorgere di situazioni di conflitto potenziale tra opposte lealtà che non riguarda gli apolidi.

¹⁰⁹ Nel caso Feryn, C-54/07, del 10 luglio 2008, ha applicato i divieti di discriminazione fondati sulla razza e l'origine etnica –dir. 2000/43/CE- al caso di un datore di lavoro belga –installatore di sistemi di sicurezza- aveva pubblicamente dichiarato di non voler impiegare operai immigrati perché la sua clientela non li avrebbe accettati: nella sentenza si fa riferimento ripetutamente alla distinzione autoctoni/alloctoni (cioè la distinzione cittadini/stranieri), alla quale si riferirebbe nelle questioni pregiudiziali il giudice del rinvio belga, che viene *tout-court* fatta coincidere con una discriminazione di tipo etnico- razziale; in realtà è particolarmente interessante il fatto che le conclusioni dell'avvocato generale Pojades Maduro non usino la stessa dicotomia alloctoni/autoctoni, ma riferiscano in modo più circostanziato sulle dichiarazioni del proprietario dell'impresa Feryn, che avrebbe parlato specificamente di “marocchini” per riferirsi ai soli lavoratori disponibili che non aveva potuto assumere a causa delle resistenze della sua clientela ad accettare l'installazione di sistemi di sicurezza da parte di “immigrati” [sui diversi profili del caso v. Izzi 2008]).

¹¹⁰ Sullo sviluppo del diritto antidiscriminatorio come fonte autonoma di diritti: Barbera 2007. Sulla pari dignità sociale il riferimento è a Ferrara 1974, per il quale l'uguaglianza (c.d. formale) di fronte alla legge è risultato di un depotenziamento della portata dell'affermazione costituzionale che conferiva ai cittadini l'uguaglianza di fronte alla

antidiscriminatorio sono la leva che ri-attualizza -in un contesto diverso da quello preso in considerazione da Ferrara (che presupponeva il rapporto di cittadinanza) ed esteso a tutti coloro che “insieme vivono la concreta vicenda della comunità”¹¹¹- l’idea/ il portato del *riconoscimento costituzionale diretto* dell’uguaglianza fondamentale degli individui che precede la manipolazione normativa della realtà che è e resta esterna alla norma (antisubordinazione).

Cittadino e non cittadino sono in linea di partenza parificati, salva la possibilità di dimostrare che *il titolo e la durata* del rapporto del non cittadino con lo stato (che ha la parziale disponibilità), possano rendere (non semplicemente ragionevoli ma) *necessarie* differenze di trattamento, che possono agire talora *in peius*, talora *in melius*.

4.1. La completa equiparazione di cittadini e non: diritti sociali personalissimi

Vi è un’area di diritti rispetto ai quali il titolo di ingresso e soggiorno non rileva, né la sua durata; la presenza è sufficiente a costruire il rapporto.

Le ragioni che sostengono il “*disancoramento*” di determinate prestazioni dalla condizione della regolarità possono rintracciarsi nella immediata inerenza del bene tutelato alla persona e nell’apprezzamento di una peculiare qualità sociale garantita dal suo godimento.

Si potrebbe parlare di *diritti sociali personalissimi*, in cui viene in gioco l’esistenza stessa della persona, perché il bene oggetto del diritto coincide con la vita o con una sua qualità essenziale: si tratta del nucleo essenziale della salute per la persona adulta e di tutti i diritti dei minori¹¹², che tutelano la possibilità dell’essere umano di raggiungere la condizione di soggetto pienamente autonomo.

La motivazione sociale rimanda all’interesse collettivo alla salute, e all’interesse collettivo al futuro delle generazioni; per il diritto dei minori all’istruzione l’interesse collettivo fa riferimento anche alla qualità della partecipazione sociale garantita dall’istruzione.

4.2. L’equiparazione in via di principio di cittadini e non: le condizioni che indirizzano e vincolano la discrezionalità del legislatore

Fuori dall’ambito dei diritti sociali personalissimi, la qualità e la durata del rapporto con lo stato consentono differenziazioni.

Il diritto sociale presuppone l’individuazione (e corrisponde alla costruzione) di una comunità solidale di diritti e doveri ed implica un grado di ragionevole di reciprocità tra gli uni e gli altri, di cui le condizioni di *presenza regolare*, innanzitutto, e di *presenza regolare e protratta* possono diventare indicatori significativi.

La regolarità attesta il positivo inserimento in una comunità sociale caratterizzata da una reciprocità di diritti e doveri; una determinata durata della permanenza rivela un rapporto strutturato, pur articolato in cadenze temporali diverse che possono indicare un grado crescente di inserimento e

legge: non già *diritto del cittadino* di fronte alle qualificazioni che la legge avrebbe potuto compiere rispetto alle concrete situazioni di disuguaglianza, ma qualificazione della efficacia generale e della forza della legge come atto dello Stato. Il percorso interpretativo comprende tre passaggi: il predicato dell’uguaglianza è stato scomposto dal soggetto originario (il cittadino); trasformato in generalità (perché si sia uguali è necessario che sia generale l’efficacia del comando); riferito al soggetto opposto (la legge dello Stato) a quello cui si riferiva nella proposizione originaria. Così l’uguaglianza è divenuta principio informatore dell’ordinamento, oscurando il profilo soggettivo. La formula della *pari dignità sociale* nella costituzione rep. reagisce a questo processo recuperando e garantendo un collegamento immediato e inscindibile dell’uguaglianza con il soggetto titolare del diritto; un collegamento nel quale l’uguaglianza viene ancorata “a qualche concretezza in tema di pari ordinazione dei componenti la comunità” (p. 1096). In particolare, la parità denota “una connotazione immediatamente prossima ai soggetti titolari del diritto, non disponibile per ricostruzioni astratte ed alienanti” (p. 1097) e, soprattutto, impone una logica che realizza *l’uguaglianza senza necessità mediazioni ulteriori e diverse dalla Costituzione*. “La parità è l’eguaglianza già disponibile per i soggetti definiti uguali” in quanto i soggetti titolari di diritto non sono semplicemente comparabili, ma sono stati già comparati nella loro essenza, un’essenza che elimina “ogni possibilità di eccedenza e classificazione” (p. 1098); la definizione sociale della dignità conferisce concretezza al riconoscimento, rapportandolo alla condizione relazionale del soggetto.

¹¹¹ Parole usate da Ferrara 1974.

¹¹² Rossi 2005; nella giur. cost. sent. 199/1986; 536/1989; 190/2003.

integrazione nello stato. Poiché la durata della permanenza non va immaginata come un percorso ascensionale il cui approdo e coronamento sia l'acquisizione della cittadinanza italiana, nell'ambito dei diritti sociali emerge con particolare evidenza la necessità di considerare ogni situazione nella propria specificità: vi sono stranieri che limitano il rapporto all'occasionalità, altri che lo consolidano conservando una prospettiva a termine finalizzata al rientro nel paese di origine, altri ancora che sono –o diventano- interessati a stabilizzarsi in via definitiva in Italia, senza necessariamente acquisirne la cittadinanza¹¹³.

Riassumendo, le condizioni che indirizzano e vincolano la discrezionalità del legislatore:

- innanzitutto, dal momento che i principali diritti sociali costituzionalizzati sono garantiti come diritti *della persona*, il principio di uguaglianza non vale solo come condizione obiettiva di ragionevolezza, ma opera come un vero e proprio *diritto soggettivo all'uguaglianza*¹¹⁴, che impone lo scrutinio stretto e rigoroso delle differenze di trattamento che il legislatore introduce;
- in secondo luogo, devono essere obiettivamente rilevabili differenti condizioni di fatto tra cittadini e non (in particolare, le differenze non devono essere "create" dalla legge, ma devono sussistere in base a condizioni materiali riconducibili ad elementi che la struttura costituzionale consente di prendere in considerazione);
- in terzo luogo, le differenziazioni devono essere apprezzate e giustificabili rispetto ai fini specificamente incorporati nel diritto sociale in questione; le condizioni di regolarità e durata individuate dal legislatore devono, comunque, risultare proporzionate e adeguate *in riferimento specifico* al bene della vita la cui accessibilità ed il cui godimento vengono in considerazione; regolarità e durata contribuiscono a definire le condizioni di bisogno che –eventualmente- consentono di differenziare in modo ragionevole nella platea dei potenziali aventi diritto; non si tratta, infatti, di configurare titoli in base ai quali ammettere i non cittadini a godere di determinate prestazioni che comunque spettano ai cittadini, bensì di selezionare ragionevolmente nell'ammissione all'effettivo godimento di diritti che la costituzione attribuisce *universalisticamente* (a prescindere dalla cittadinanza), pur ammettendo che, in un processo di attuazione legislativa necessariamente graduale, i destinatari vengano selezionati in base alla priorità del bisogno;
- in quarto luogo, la riserva rinforzata dell'art. 10,2 cost. restringe ulteriormente la discrezionalità del legislatore che, in presenza di norme generali del diritto internazionale o di trattati cui lo stato italiano abbia prestato la propria adesione, si può trovare ad assumere impegni di garanzia *specifici* per la protezione dei diritti sociali degli stranieri (es. conv. di New York per i diritti dei fanciulli);
- infine, non bisogna dimenticare che la specificità di condizione può operare nelle due direzioni, vale a dire, non solo per giustificare eventuali limitazioni del godimento da parte degli stranieri rispetto alla condizione di fruizione già definita per gli italiani, ma anche ad attribuire agli stranieri specifiche condizioni e modalità da cui gli italiani restino esclusi.

Ciò porta ad individuare un'area di *diritto diseguale* che, tutelando la specificità del non cittadino, valorizza l'effettività che del diritto sociale è l'essenza.

Alcuni diritti sociali vengono attribuiti in base alla specificità della condizione del non cittadino, in quanto proprio in tale condizione si ravvisano ostacoli specifici al pieno sviluppo della persona: in quest'area non ci sono diritti specificamente costituzionalizzati, ma sono tutti introdotti dal legislatore sul fondamento costituzionalmente legittimante del secondo comma dell'art. 3 cost. D'altro canto, proprio la specificità del presupposto sulla cui base è attribuito il diritto rende non confrontabile il trattamento del non cittadino rispetto a quello del cittadino.

In quest'area potrebbe trovare posto anche il diritto (sociale) al lavoro dello straniero.

Riprendendo le osservazioni introdotte nei precedenti paragrafi (2.5 e 3), se il diritto al lavoro viene collocato nella catena della cittadinanza in base ad una priorità ontologica dei cittadini, il diritto dello straniero risulta funzionalizzato alle esigenze del mercato nazionale (il mercato del lavoro

¹¹³ Zanfrini 2008.

¹¹⁴ Tutelato espressamente dagli art. 43 e 44 TUI; Brunelli 2009.

straniero assolve ad una funzione complementare rispetto a quello nazionale); la disciplina per quote, flussi, settori differenziati è non solo possibile, ma necessaria e soggetta semplicemente al controllo della razionalità interna del sistema rispetto alle esigenze del mercato nazionale (anche se la semplice coerenza ai presupposti di fatto richiederebbe un integrale ripensamento di una buona parte delle normative vigenti). La disciplina può articolare l'ingresso ed il soggiorno per lavoro, ma anche conformare le condizioni di rinnovo una volta che gli stranieri siano entrati.

Se la priorità dei cittadini è un fatto connesso ai vincoli all'ingresso, lo spartiacque tra la posizione dei cittadini e quella degli stranieri è costituito dal primo ingresso: sino a che lo straniero resta fuori dal territorio nazionale non è titolare del diritto, e ciò concede al legislatore ampia discrezionalità di politiche e strumenti regolativi dell'accesso; sarebbero, invece, limitati dal configurarsi di un diritto soggettivo al lavoro gli interventi sul rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro.

Invece, nella prospettiva personalistica, l'art. 4 garantisce direttamente allo straniero il riconoscimento di un diritto al lavoro, che però incrocia il fatto del "controllo all'ingresso" da parte dello stato.

Si può ritenere che l'art. 4 cost. come diritto sociale al lavoro tuteli lo straniero nel senso di riconoscere una sua *pretesa all'ingresso nello stato per agire le sue personali opportunità di ricerca di un lavoro*. Una pretesa evidentemente limitabile:

- a) innanzitutto nel tempo, sulla base di una ipotesi ragionevole del tempo necessario per la ricerca di un lavoro¹¹⁵;
- b) in secondo luogo nelle modalità, per la possibilità di richiedere alcune garanzie (relative al sostentamento nelle more della ricerca e/o al rientro in caso di fallimento nella ricerca);
- c) dovendo essere garantita, nell'interesse proprio del lavoratore straniero e nell'interesse generale, la regolarità della condizione lavorativa (subordinando l'ingresso a limitazioni e condizioni purchè finalizzate nel senso indicato¹¹⁶);
- d) comunque per la necessità di riconoscere la possibilità di bilanciamento di fronte a motivi di ordine pubblico (o di altro interesse costituzionalmente rilevante) che devono essere individuati in modo non generico e circostanziato.

Nella legislazione di attuazione, questi limiti recuperano un ampio spazio di manovra politica in cui il legislatore può orientare, indirizzare e persino contenere le politiche di immigrazione; tuttavia, non lo fa in base al puro e semplice libero esercizio della sovranità, bensì entro limiti costituzionalmente fondati. Nel contempo, oltre alle condizioni di asilante e rifugiato, anche la condizione di *migrante per lavoro* acquisterebbe un rilievo costituzionale, vincolando positivamente lo Stato a garantire condizioni ragionevoli di accesso su questo specifico titolo.

Così vediamo che, introducendo una equiparazione di principio, il principio antidiscriminatorio diventa motore di una uguaglianza che porta con sé il *principio antisubordinazione*, che riconosce l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere le condizioni di inferiorità e subordinazione dei non cittadini, leggendo la condizione giuridica dello straniero come un *assetto di potere* (o meglio, di carenza di potere, in cui il soggetto resta esposto alla fragilità di una condizione in cui i suoi diritti sono precari e revocabili all'esercizio discrezionale di potere altrui, privato e pubblico¹¹⁷).

E la regola antisubordinazione agisce sempre l'uguaglianza come superamento di un assetto di potere, innestando un processo circolare che porta alla ri-definizione della posizione di tutti i soggetti coinvolti: cittadini, non cittadini e Stato.

¹¹⁵ La convertibilità del titolo di soggiorno –come avviene negli Stati Uniti- subordinerebbe al termine di validità del visto turistico la ricerca di un lavoro, necessariamente regolare dal momento che costituirebbe la condizione per il rilascio del permesso di soggiorno.

¹¹⁶ La condizione di coerenza si riflette sull'assetto del mercato del lavoro, che non può essere definito restrittivamente solo nei confronti degli stranieri; il paradosso di un processo ribaltato di liberalizzazione crescente del mercato nazionale e di rigidi canali di controllo quantitativi e qualitativi dei flussi di ingresso (a prescindere dalla palese ineffettività, una pretesa di totale controllo del mercato del lavoro nei confronti degli stranieri) si giustifica solo in una visione in cui la forza lavoro straniera è interamente subordinata all'interesse nazionale.

¹¹⁷ Il processo è registrato da Marzal Yetano come passaggio dei diritti dello straniero da *precari ad emergenti*.