

Stefano Giubboni

Il diritto alla sicurezza sociale tra frontiere nazionali e solidarietà europea*

SOMMARIO: 1. Una premessa metodologica: territorialità dei sistemi nazionali di sicurezza sociale vs. dinamiche europee di de-territorializzazione. 2. I principali fattori di evoluzione del sistema di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale. 3. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia. 4. Assimilazione dei fatti e totalizzazione dei periodi nel Regolamento (CE) n. 883/2004. 5. Considerazioni e proposte conclusive.

Articolo in fase di pubblicazione nella rivista Gli Stranieri, fasc. n./2012

1. La trattazione del tema assegnatomi per introdurre i lavori di questa conferenza conclusiva del progetto TESSE¹ esige di svolgere talune preliminari osservazioni di taglio metodologico, che sono in qualche modo evocate dal titolo della mia relazione. Il titolo del mio intervento richiama, infatti, l'esistenza di una tensione, se non (almeno in linea di principio) di una vera e propria contraddizione, tra la territorialità dei sistemi di sicurezza sociale, che esigono la fissazione di confini e che, se si vuole, vivono grazie a questi, e la libera circolazione delle persone, e più in generale il processo di integrazione europea, che si reggono, viceversa, sull'apertura dei confini nazionali². Esiste, tra queste due istanze, una evidente tensione dialettica che richiede di mettere in rapporto (e, possibilmente, in equilibrio) tra di loro logiche di "chiusura" (giacché tutti i sistemi di protezione sociale e di giustizia distributiva sono, per citare una famosa espressione, *bounded worlds*, ovvero mondi necessariamente "delimitati"³) e logiche di "apertura" (in quanto il processo di integrazione europea esige, appunto, il tendenziale

* Con l'aggiunta dei riferimenti essenziali, è il testo della relazione pronunciata all'*Atelier* conclusivo del progetto di ricerca INCA/TESSE, "Coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e libera circolazione delle persone: l'effettiva attuazione dei diritti fondamentali", svoltosi a Parigi, presso la sede della *Confédération générale du travail*, il 27-28 giugno 2012.

¹ TESSE – acronimo di *Transnational Exchanges on Social Security in Europe* – è un progetto di ricerca elaborato e coordinato dall'Osservatorio per le politiche sociali dell'INCA-CGIL del Belgio e finanziato dalla Commissione europea nell'ambito dei programmi di diffusione della conoscenza sui regolamenti comunitari di sicurezza sociale.

² Per una più ampia analisi sistematica di tali questioni mi permetto di fare rinvio a S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

³ M. WALZER, *Sfere di giustizia*, trad. it., Milano, 1983, p. 31.

abbattimento dei vincoli territoriali di accesso ai diritti sociali, tutte le volte in cui sia in gioco la libera circolazione dei lavoratori e più in generale delle persone nello spazio comune)⁴.

Tale rapporto dialettico ha improntato sin dal 1958, sia pure secondo un percorso evolutivo che ha conosciuto nel tempo rilevanti trasformazioni, la funzione dei regolamenti comunitari di sicurezza sociale. La funzione principale, svolta già dai Regolamenti nn. 3 e 4 del 1958 sin dal momento della loro entrata in vigore all'indomani della ratifica del Trattato di Roma, è consistita, infatti, insieme alla eliminazione delle barriere discriminatorie fraposte dagli Stati membri al godimento transnazionale dei diritti previdenziali, nella de-territorializzazione dei sistemi di sicurezza sociale nazionali, affidata già all'epoca ai meccanismi complementari della totalizzazione dei periodi assicurativi e della esportabilità delle prestazioni. L'effettiva traduzione del principio della parità di trattamento in base alla nazionalità nell'ambito del coordinamento sovranazionale dei sistemi di sicurezza sociale – come sancito dal Trattato e specificato nei regolamenti – comporta, infatti, seppure entro certi limiti, anche la necessaria tendenziale de-territorializzazione dei requisiti di godimento dei diritti previsti dalle legislazioni nazionali⁵.

All'epoca dell'entrata in vigore del Trattato di Roma e dei primi regolamenti comunitari, questo scopo era facilitato da due elementi fondamentali: da un lato, la de-territorializzazione avrebbe riguardato soltanto sei paesi membri, relativamente omogenei tra di loro in termini di sistemi di sicurezza sociale (tutti appartenenti al modello occupazionale di *welfare state*)⁶. Dall'altro lato, non era in discussione che tale apertura dei sistemi nazionali al processo di integrazione europea dovesse riguardare solo i lavoratori (ed in particolare, in origine, solo i lavoratori subordinati) e, comunque, soltanto i soggetti che partecipassero (almeno indirettamente) al processo di produzione della ricchezza della Comunità (ovvero, in altri termini, i soggetti economicamente attivi nel mercato comune).

Questi due fattori storici sono, tuttavia, come noto, profondamente mutati nel tempo, e ciò spiega perché sono cresciute, simmetricamente, le tensioni tra la necessità di presidiare i meccanismi di “chiusura” dei sistemi nazionali di sicurezza sociale e la necessità di creare nuovi percorsi integrativi di “apertura” degli stessi.

2. Storicamente, i fattori che hanno complicato l'originario equilibrio dialettico tra territorialità e de-territorializzazione di tali sistemi sono due.

Il primo è senz'altro costituito dal graduale cambiamento dei paradigmi migratori. Il lavoratore migrante che si sposta ai sensi dell'art. 45 TFUE non risponde più, oggi, in prevalenza, al modello classico del lavoratore subordinato a tempo indeterminato, che si trasferisce in via più o meno permanente con la prospettiva di integrarsi nel paese d'elezione con la sua famiglia. Oggi, quel modello di migrazione riguarda, essenzialmente, ma con problematiche socioeconomiche e giuridiche molto diverse⁷, la manodopera immigrata da paesi terzi, mentre la mobilità dei lavoratori cittadini

⁴ Cfr. M. FERRERA, *The boundaries of welfare. European integration and the new spatial politics of social protection*, Oxford, 2005.

⁵ V. principalmente R. CORNELISSEN, *The principle of territoriality and the Community Regulation on social security*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 439 ss.

⁶ Cfr. M. FERRERA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993.

⁷ Cfr. da ultimo G. CAGGIANO, *Il completamento della disciplina dell'immigrazione legale nel diritto dell'Unione: verso la rifusione di un codice europeo dell'immigrazione?*, in *questa Rivista*, 2011, n. 3, p. 25 ss.

dell'Unione europea risulta molto più fluida e frammentata, nella misura in cui le tipologie di lavoro che ne sono coinvolte rispondono a forme giuridiche di inquadramento contrattuale sempre più lontane dal modello standard (si pensi solo al peso acquisito, in questi anni, dal distacco intracomunitario, nella assai ampia e articolata accezione accoltane tanto dalla Direttiva 96/71/CE quanto, benché in termini non del tutto sovrapponibili, dall'art. 12 del Regolamento n. 883/2004)⁸. Di qui la necessità di verificare in che modo il sistema europeo di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale, anche come riformato nel 2004, si raccordi effettivamente alle nuove forme di mobilità dei lavoratori atipici: aspetto, questo, che mette a nudo uno dei profili più rilevanti delle trasformazioni dei processi migratori e, insieme, probabilmente, uno dei punti di maggior "frizione" tra queste trasformazioni ed il modo in cui il sistema di coordinamento riesce a dare adeguate risposte di tutela alle persone che si spostano all'interno dell'Unione.

Il secondo fattore di trasformazione va individuato nel progressivo aumento di tipologie di mobilità non collegate al mercato del lavoro, che vedono, cioè, come protagonisti soggetti non attivi economicamente nel mercato interno. A partire dall'inizio degli anni Novanta, i regolamenti comunitari di sicurezza sociale hanno esplicitamente assecondato questo processo in modo, se vogliamo, più puntuale e specifico rispetto a quanto non sia avvenuto sul versante delle tipologie di lavoro cosiddetto atipico o flessibile. Basti pensare alla sempre maggiore attenzione dei regolamenti, oltre che ai pensionati, a figure che andavano ricevendo uno specifico riconoscimento nell'ambito della stessa disciplina in materia di libertà di circolazione delle persone, come gli studenti, ma più in generale alla introduzione della categoria delle prestazioni di carattere non contributivo, in cui è del pari evidente, sia pure sul versante della ridefinizione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* dei regolamenti, l'inclusione di spazi di tutela di per sé non legati, quantomeno direttamente, al funzionamento del mercato interno.

Grazie alla spinta propulsiva combinata della giurisprudenza della Corte di giustizia e dei processi di adeguamento/modernizzazione per via legislativa, succedutisi a ritmo crescente nell'ultimo ventennio, i regolamenti europei di sicurezza sociale hanno, dunque, progressivamente guadagnato i territori della mobilità non collegata al mercato interno. Ed oggi, come noto, il Regolamento (CE) n. 883/2004 – ed è, questo, uno dei fattori di modernizzazione e semplificazione forse più importanti e riusciti della nuova disciplina – si applica a tutti i cittadini europei, purché "assicurati", cioè assoggettati alla legislazione di sicurezza sociale di (almeno) uno Stato membro.

3. Il crescente rilievo delle forme di mobilità di lavoro atipico e l'ingresso di soggetti economicamente non attivi nel raggio d'applicazione dei regolamenti hanno così acuito la tensione originaria, di cui ho detto in apertura, tra l'esigenza di preservare il radicamento territoriale dei meccanismi di solidarietà istituiti dagli Stati membri e la funzione primaria di de-territorializzazione che è propria dei regolamenti. E questa tendenza ha subito una decisa accelerazione a seguito del grande allargamento dell'Unione ad est dopo il 2004.

Convergono d'altra parte nella medesima direzione anche altri fattori di cambiamento, stavolta prodottisi direttamente all'interno delle dinamiche evolutive dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, i quali pure hanno aumentato la

⁸ Cfr. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007.

complessiva pressione sulla capacità di “tenuta” delle condizioni e dei requisiti territoriali di accesso ai diritti di sicurezza sociale posti dagli Stati membri. Tra questi, il più ragguardevole è senza dubbio costituito dalla crescente incidenza, in ogni sfera occasionalmente connessa con l’esercizio della libertà di circolazione e soggiorno, del principio di parità di trattamento in base alla nazionalità, che una innovativa giurisprudenza della Corte di giustizia ha direttamente ancorato allo *status* fondamentale di cittadinanza dell’Unione a partire dalla celebre sentenza *Martínez Sala* del 1998⁹, ampliando per questa via in misura considerevole l’ambito di applicazione del Trattato. Quella giurisprudenza – sviluppatasi e articolatasi negli anni successivi – ha fatto sì che importanti settori dei sistemi di protezione sociale nazionali, già pacificamente sottratti all’applicazione del principio di parità di trattamento in ragione della connotazione assistenziale delle prestazioni erogate e dello *status* non professionale dei relativi beneficiari, si trovassero esposti a quelle medesime pretese di accesso e apertura tradizionalmente riservate dal diritto dell’Unione europea ai lavoratori (subordinati o autonomi). Si è trattato di una autentica svolta nel modo di costruire il rapporto tra libera circolazione delle persone e accesso ai meccanismi di solidarietà sociale nazionale, che ha imposto di riarticolare i principi tradizionalmente elaborati a partire dalla figura del lavoratore migrante (o, comunque, del soggetto economicamente attivo nel mercato interno) attorno alla nuova figura del cittadino europeo mobile (e in stato di bisogno).

Oggi, in linea di principio, in virtù di questa giurisprudenza, qualunque criterio di collegamento territoriale di una prestazione (quale risulta, tipicamente, dalla fissazione di un requisito o di una clausola di residenza) è da considerare vietato dal Trattato (e dal diritto europeo derivato), in quanto fonte di discriminazione indiretta nella fruizione di diritti sociali, e ciò anche in aree in origine non coperte (*ratione materiae* o *ratione personae*) dai regolamenti di sicurezza sociale. Anzi, neppure laddove il diritto derivato esplicitamente autorizza la fissazione di condizioni di residenza – come tipicamente avviene anche nel nuovo regolamento di sicurezza sociale con i limiti espliciti alla esportabilità delle prestazioni speciali di carattere non contributivo e di disoccupazione – tali requisiti possono ritenersi di per sé sottratti al controllo di compatibilità con i principi del Trattato in materia di libera circolazione delle persone (dei lavoratori o *tout court* dei cittadini dell’Unione). Casi come *De Cuyper*¹⁰ e *Hendrix*¹¹ dimostrano che non esistono (più) aree immuni dal controllo di conformità con i principi del Trattato alla luce del criterio di adeguatezza/proporzionalità, visto che la Corte di giustizia si riserva di valutare nel caso concreto la coerenza con tali principi anche di condizioni di residenza poste dal legislatore nazionale nel rispetto delle deroghe alla esportabilità delle prestazioni (rispettivamente di disoccupazione o di carattere non contributivo) consentite, in via generale ed astratta, dai regolamenti di sicurezza sociale.

Ciò determina, con ogni evidenza, una pressione molto forte e del tutto inedita del diritto europeo sulla territorialità dei sistemi di protezione sociale, che va nella direzione di eliminare o di ridurre al minimo indispensabile (ovvero nella misura strettamente necessaria alla salvaguardia delle basi finanziarie dei sistemi nazionali di *welfare*) i vincoli territoriali all’accesso e al godimento dei diritti di sicurezza sociale nello spazio giuridico euro-unitario.

⁹ Causa C-85/96.

¹⁰ Causa C-406/04.

¹¹ Causa C-287/05.

4. D'altro lato, anche il nuovo Regolamento (CE) n. 883/2004 ha aumentato la forza de-territorializzante propria del sistema europeo di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale. Ciò si deve, nel quadro della innovativa ricodificazione dei principi generali del coordinamento effettuata dal nuovo regolamento, in particolar modo alla coppia di regole complementari ora rinvenibile negli artt. 5 e 6, l'uno dedicato alla "assimilazione di prestazioni, redditi, fatti o avvenimenti", l'altro alla "totalizzazione dei periodi".

La novità riguarda principalmente la disposizione contenuta nell'art. 5, benché la stessa regola della assimilazione dei fatti – ora per l'appunto codificata dal nuovo regolamento in affiancamento a (e a completamento di) quella della totalizzazione, presente sin dall'origine (ancorché senza la compiuta formulazione generale che ne dà ora l'art. 6) – avesse trovato puntuali espressioni anticipatrici nella giurisprudenza della Corte di giustizia¹². Considerate congiuntamente, le due regole – che pure agiscono in ambiti e sulla base di presupposti applicativi diversi, che il regolamento visualizza come complementari e non sovrapponibili¹³ – rafforzano indubbiamente l'effetto di de-territorializzazione proprio del sistema di coordinamento, vincolando in generale ciascuno Stato membro a tenere in considerazione, ai fini dell'accesso e del godimento delle prestazioni previste dalla propria legislazione, anche fatti, accadimenti, periodi (di assicurazione, impiego, residenza) avvenuti o maturati sotto altre legislazioni nazionali. Insieme, ed in raccordo col principio di parità di trattamento (art. 4 del Regolamento n. 883/2004), esse disegnano un meta-principio di equivalenza e mutuo riconoscimento tra i sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri che sterilizza, salvo che non sia diversamente disposto, le conseguenze dell'applicazione territoriale delle norme nazionali.

Un possibile esempio applicativo delle nuove disposizioni del regolamento, ed in particolare del principio della totalizzazione dei periodi di residenza (giusta la prevalenza assegnata al meccanismo di cui all'art. 6 rispetto a quello della assimilazione, introdotto con l'art. 5), varrà a rendere meno astratte le considerazioni che si stanno svolgendo.

Si ricorderà che, in analogia peraltro con le scelte restrittive compiute anche da altri legislatori nazionali onde contenere i rischi di "turismo sociale" che si ritenevano indotti dal grande allargamento a est del 2004, anche il legislatore italiano ha provveduto a inasprire i requisiti di accesso all'assegno sociale, forse la principale delle rare e magre prestazioni di carattere universalistico previste dal nostro ordinamento. La legge n. 133 del 2008 ha introdotto così, a decorrere dal 1° gennaio 2009, un aspro requisito di residenza legale e continuativa nel territorio della Repubblica, pari a ben 10 anni, che ha limitato in maniera pesantissima l'accesso a questa prestazione speciale di carattere non contributivo, al non dissimulato scopo di ridurre gli esborsi dell'INPS in favore, in particolare, dei cittadini rumeni che ne avessero titolo (in ragione dell'età e delle disagiate condizioni economiche) all'esito dell'ingresso del loro paese nell'Unione europea nel 2007.

In dottrina è stata tempestivamente messa in rilievo la sostanziale incompatibilità di

¹² Si rinvia all'analisi di N. RENUY, *Assimilation, territoriality and reverse discrimination: a shift in European social security law?*, in *European Journal of Social Law*, 2011, p. 289 ss.

¹³ Cfr. il decimo "considerando" del regolamento, secondo cui il principio della assimilazione dei fatti di cui all'art. 5 non dovrebbe interferire con l'applicazione di quello della totalizzazione posto dal successivo art. 6, conseguendone che i periodi maturati sotto la legislazione di un altro Stato membro dovrebbero essere presi in considerazione unicamente alla stregua di tale ultimo principio.

tale nuovo draconiano requisito di residenza con gli indirizzi elaborati dalla Corte di giustizia alla stregua dei principi generali sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, quali derivanti dal Trattato e dal diritto secondario (in specie dalla Direttiva 2004/38/CE), oltre che, al fondo, l'incoerenza dello stesso con i principi posti dagli artt. 2, 3 e 38, comma 1, Cost.¹⁴. Qui si avanza l'ipotesi che, proprio alla luce della rigorosa interpretazione del principio di parità di trattamento elaborata dalla Corte di giustizia ai sensi degli artt. 18, 20 e 21 TFUE, potrebbe essere sufficiente, a depotenziare l'aspro requisito territoriale imposto dal legislatore italiano, una corretta applicazione del principio della totalizzazione dei periodi di cui all'art. 6 del Regolamento n. 883/2004.

La piena applicazione del principio di totalizzazione dei periodi di residenza alle prestazioni speciali di carattere non contributivo, al cui novero appartiene come ricordato anche l'assegno sociale, era già stata prevista dall'art. 10-bis del Regolamento (CEE) n. 1408/71, per controbilanciare l'esclusione di tali prestazioni dalla regola della esportabilità. Il vecchio regolamento, con la ricordata disposizione, consentiva anzi, *in subiecta materia*, secondo l'opinione preferibile, la totalizzazione in maniera sostanzialmente incondizionata e più ampia di quanto non valesse per altre prestazioni, laddove si riferiva a qualunque periodo di semplice residenza.

A rigore, l'art. 6 del nuovo regolamento, che assorbe nell'unica regola generale di totalizzazione anche la speciale disposizione già dettata per le prestazioni non contributive, sembra poter spiegare un effetto riduttivo rispetto a quest'ultima, laddove limita il riferimento ai soli periodi di residenza "maturati" sotto la legislazione di un diverso Stato membro, aggiungendo così una qualificazione prima non richiesta. Sennonché, come è stato esattamente osservato, poiché il nuovo regolamento non ha inteso ridurre i diritti già garantiti dal vecchio, deve ritenersi che "allorché il compimento di periodi di residenza sia necessario ai fini della acquisizione del diritto ad una prestazione speciale in denaro di carattere non contributivo menzionata nell'allegato X si deve continuare a prendere in considerazione in sede di totalizzazione tutti i periodi di residenza maturati sul territorio degli altri Stati membri". Riteniamo che questa limpida conclusione – raggiunta dalla circolare dei Ministeri del Lavoro e della Sanità francese n. DSS/DACI/2012/461 del 27 dicembre 2010¹⁵ – debba essere trasposta *tel quel* alla nostra fattispecie.

5. Si è consapevoli che la questione dei modi e dei limiti della totalizzazione dei periodi di residenza ai fini dell'accesso alle prestazioni speciali di carattere non contributivo è tra le più delicate e controverse¹⁶, sia per la non univocità delle indicazioni offerte dal complesso e disomogeneo quadro normativo europeo, sia perché è proprio su questo fronte che più intensa risulta la dialettica tra le istanze di controllo dei confini dei sistemi nazionali di *welfare* dal rischio di forme abusive d'ingresso, da un lato, e di garanzia della libertà di circolazione e della parità di trattamento dei cittadini dell'Unione, dall'altro.

¹⁴ Cfr. la lucida analisi critica di G. CIOCCA, *Le modifiche all'assegno sociale e la carta acquisti nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, p. 637 ss.

¹⁵ Il passo che si cita è a p. 11 della circolare. Non pare inopportuno rammentare che la circolare è stata redatta da Jean-Claude Fillon, riconosciuto esperto della disciplina del coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale.

¹⁶ Cfr. M. COUCHEIR, M. SAKSLIN, S. GIUBBONI, D. MARTINSEN, H. VERSCHUEREN, *The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC*, Think Tank Report 2008, TRESS – Training and Reporting on European Social Security, Ghent, 2008.

Si deve però essere consapevoli che, ove la via dell'applicazione dei principi del regolamento (e in particolare di quello della totalizzazione) fosse ritenuta non praticabile sul piano interpretativo¹⁷, la previsione di così stringenti requisiti di residenza ai fini dell'acquisizione del diritto all'assegno sociale tornerebbe ad esibire tutta la sua problematicità sia sul piano dei principi costituzionali interni sia, e soprattutto, su quello della compatibilità con i vincoli posti dal diritto dell'Unione europea. Riteniamo infatti che un requisito di 10 anni, quand'anche in linea astratta giustificato dall'obiettivo di mantenere in equilibrio finanziario il sistema assistenziale italiano, possa difficilmente superare anche il *test* di proporzionalità, ove si tenga conto che la Direttiva 2004/38/CE fissa in cinque anni il periodo di residenza (legale e continuativa) necessario per l'acquisto del diritto di soggiorno permanente nello Stato membro, cui è riconnessa una garanzia di piena parità di trattamento sociale del cittadino europeo nel paese ospitante (art. 16).

Il nuovo diritto europeo della sicurezza sociale offre dunque spazi di tutela ancora non del tutto esplorati, che, pur senza indulgere in forzature interpretative, occorre saper riempire di contenuti mettendo al centro il principio fondamentale della effettività dei diritti, quale consacrato, al più alto livello di rilevanza, dall'art. 47 della Carta di Nizza/Strasburgo. In questa prospettiva, il principio fondamentale di parità di trattamento va interpretato – come richiede peraltro una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia ben oltre il perimetro delle norme sulla cittadinanza dell'Unione – *magis ut valeat*; il che significa dotarlo, nelle situazioni di rilievo transnazionale implicate dalla libertà di circolazione delle persone, di (tutto) quell'effetto di de-territorializzazione delle tutele nazionali di sicurezza sociale che soltanto consente di visualizzare lo spazio giuridico europeo come spazio (anche) di libertà sociali effettive (e, quindi, di pluralismo sociale), oltre che di libera circolazione dei fattori produttivi.

Ciò non deve tuttavia far velo ad una comprensione attenta dei limiti che le istanze di de-territorializzazione dei diritti di sicurezza sociale incontrano nella odierna realtà istituzionale e politica europea, nella quale le forme di solidarietà transnazionale cui la Corte di giustizia ha dato corpo valorizzando le norme sulla cittadinanza dell'Unione poggiano integralmente sui sistemi di *welfare* istituiti e finanziati al livello dei singoli Stati membri, al di fuori di qualunque logica di armonizzazione e finanche di mera convergenza. Un certo grado di limiti territoriali di accesso ai sistemi di protezione sociale degli Stati membri è infatti funzionale alla garanzia di sostenibilità finanziaria ed

¹⁷ L'interpretazione proposta si presta alla obiezione che, così intendendo il principio di totalizzazione, i requisiti di residenza nel territorio dello Stato previsti dalla legislazione del paese interessato ai fini della maturazione del diritto ad una prestazione di natura assistenziale, finirebbero per essere pressoché automaticamente soddisfatti dai cittadini dell'Unione, con la conseguente vanificazione degli obiettivi di controllo della spesa sociale fissati dal legislatore nazionale. Del resto, lo stesso art. 6 del Regolamento n. 883/2004 sembra presupporre che, per essere aggregabili nello Stato di destinazione ai fini dell'accesso alle prestazioni non contributive ivi previste, i periodi di residenza maturati nel paese di origine del cittadino dell'Unione debbano essere considerati come giuridicamente rilevanti, in quanto tali, anche dal sistema di sicurezza sociale di tale paese. Si potrebbe peraltro replicare che una tale interpretazione finirebbe per differenziare irragionevolmente la situazione dei cittadini europei a seconda del rispettivo paese di provenienza. D'altro canto, l'interpretazione qui suggerita “appare conforme alla *ratio legis* dello speciale regime di coordinamento valevole per le prestazioni di carattere non contributivo, il quale, a fronte della non esportabilità di tali benefici, imputa allo Stato di residenza del soggetto la piena responsabilità della provvista dei medesimi” (così Cfr. M. COUCHEIR, M. SAKSLIN, S. GIUBBONI, D. MARTINSEN, H. VERSCHUEREN, *The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC*, cit., p. 14). È ad ogni modo evidente come la questione resti aperta e non si presti a soluzioni univoche.

alla stessa “tenuta” di questi sistemi, per cui condizioni territoriali, purché adeguate e proporzionate rispetto a tale legittimo obiettivo, debbono essere consentite e salvaguardate a favore degli Stati nazionali, con opportune graduazioni in relazione al livello di integrazione realizzato dal “migrante” europeo nella società del paese ospitante¹⁸.

L’equilibrio tra le due logiche – di apertura transnazionale dei sistemi di protezione sociale degli Stati membri e, ad un tempo, di chiusura degli stessi commisurata all’esigenza di sostenibilità finanziaria e politica e di programmabilità nel lungo termine dei meccanismi nazionali di giustizia distributiva – è peraltro esso stesso dinamico e mutevole, come ha dimostrato la significativa evoluzione della disciplina di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale dal 1958 ad oggi. In prospettiva, il mutamento più significativo – di forte valenza costituzionale – può derivare dal passaggio da una concezione transnazionale ad una visione propriamente sovranazionale della cittadinanza europea e delle garanzie di tutela sociale ad esse riconnesse dal diritto dell’Unione¹⁹.

Non mancano primi, incerti (ma significativi) segnali in questa direzione. Il caso *Zambrano*²⁰, recentemente deciso dalla Corte di giustizia con una motivazione volutamente brachilogica, quasi soppesata per mantenere aperta la questione²¹, rappresenta il più significativo momento di emersione di una prospettiva compiutamente sovranazionale della cittadinanza (sociale) europea. Sono le lucide ed avanzate conclusioni dell’Avvocato generale Eleanor Sharpston a visualizzare i passaggi essenziali di tale nuova prospettiva costituzionale.

In questa prospettiva, lo *status* di cittadino dell’Unione acquista pienezza di rilievo giuridico in quanto svincolato dall’esercizio, attuale o potenziale, della libertà di circolazione: si ha titolo di far valere i diritti che ne sostanziano il contenuto, arricchitosi con l’entrata in vigore della Carta di Nizza/Strasburgo, anche nei confronti dello Stato del quale si possiede la nazionalità e nel quale si risiede. Anche al cittadino europeo “statico” sono dischiusi gli *entitlements* cui si può accedere, oggi, solo in una dimensione transnazionale di esercizio della libertà di circolazione e soggiorno in un altro Stato membro.

Non c’è qui il tempo per addentrarsi nei notevoli risvolti problematici di una tale prospettiva costituzionale, la quale, sviluppata nelle sue coerenti conseguenze logico-giuridiche, è potenzialmente suscettiva di determinare un decisivo ampliamento del raggio di applicazione del diritto (e dei diritti) dell’Unione, in una logica sostanzialmente non diversa da quella che, nell’esperienza del federalismo nordamericano, va sotto il nome di dottrina della *incorporation*²². Qui si può solo

¹⁸ Per una più diffusa elaborazione di tali concetti faccio ancora rinvio al mio *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., spec. p. 139 ss.

¹⁹ Cfr. S. SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, 2011.

²⁰ Causa C-34/09.

²¹ Nella di poco successiva sentenza in causa C-434/09, *McCarthy*, la Corte, recependo le conclusioni dell’Avvocato generale Kokott, ha ridimensionato, ma non completamente revocato le aperture (sia pure ambiguamente) contenute in *Zambrano*. Si rinvia alla attenta analisi “accorpata” di S. SPINACI, *The Zambrano and McCarthy judgements and the unsolved knots of EU citizenship*, in *European Journal of Social Law*, 2011, p. 177 ss.

²² È lo stesso Avvocato generale Sharpston a evocare la sentenza della Corte Suprema che, nel 1925, affermò in via definitiva tale dottrina (*Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652) nella interpretazione della costituzione federale americana, in particolare laddove suggerisce di ancorare l’accesso alla tutela fornita

conclusivamente osservare come una svolta interpretativa di questo genere – proprio perché suscettiva di ricadute vaste e profonde sulla traiettoria costituzionale dell’Unione e sul modo di concepirne la dimensione sociale sovranazionale, agganciandola direttamente allo *status* di cittadinanza europea – implichi una esplicita rivisitazione dei presupposti sui quali si è storicamente poggiato, sia pure nei termini dinamici ed evolutivi qui ripercorsi, il rapporto tra solidarietà sociale e processo di integrazione europea; implichi, in altre parole, una scelta politica fondamentale sul patto di solidarietà tra i popoli europei, che non può avvenire nelle ovattate aule d’udienza della Corte di Lussemburgo, senza che ne maturino le condizioni di contesto politico – oggi del tutto assenti – all’interno dell’Unione.

dai diritti fondamentali dell’Unione europea alla semplice “esistenza” ed alla “portata” di una competenza materiale dell’Unione [secondo una regola così enunciata al paragrafo 163 delle conclusioni: “purché l’Unione abbia competenza (esclusiva o condivisa) in un particolare settore di diritto, i diritti fondamentali dell’Unione dovrebbero tutelare il cittadino dell’Unione *anche se tale competenza non è stata ancora esercitata*” (corsivo nell’originale)].