

Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*

Stefano Giubboni

“Le norme distributive richiedono, oltre a una base di riferimento e a una prospettiva temporale [...], anche una popolazione o una comunità di riferimento, e cioè che si stabilisca non solo su cosa ci si confronta ma anche con chi ci si confronta [...]

Partendo da queste premesse ci sembra si possa concludere che una teoria della giustizia distributiva debba comprendere anche una serie di regole riguardanti le procedure per la determinazione dei confini”.

E. SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, 2002, pp. 323 e 371

“Oggi è necessaria la solidarietà con coloro che sono diversi, che sono stranieri, la solidarietà oltre i confini del gruppo, della comunità”.

R. ZOLL, *La solidarietà. Eguaglianza e differenza*, trad. it., Bologna 2003, p. 9

1. Introduzione.	91
2. Libera circolazione e protezione sociale dei cittadini europei economicamente non attivi.	94
3. Libertà di circolazione e aiuti al mantenimento degli studenti.	100
4. L'accesso transfrontaliero al welfare dei soggetti in cerca di occupazione e dei disoccupati.	105
5. Le tensioni tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e il diritto derivato.	110
6. Una valutazione “costituzionale” della giurisprudenza della Corte di giustizia.	114
7. Conclusioni.	117

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 62/2008

1. Introduzione.

Al loro apparire col Trattato di Maastricht le norme sulla cittadinanza dell'Unione suscitarono come noto – con poche eccezioni – una tiepidissima accoglienza da parte dei commentatori. Costruita come istituto complementare e meramente aggiuntivo rispetto alla cittadinanza nazionale – come si sarebbe premurato di precisare, senza che ve ne fosse reale bisogno⁴³², l'art. 2 del Trattato di Amsterdam –, la cittadinanza dell'Unione apparve anche agli osservatori più benevoli come un semplice consolidamento di situazioni giuridiche soggettive già riconosciute dall'ordinamento comunitario, uno *status* riassuntivo di diritti per lo più già presenti nel sistema, e per il resto di modesto rilievo concreto, che assai difficilmente avrebbe potuto assolvere a quella funzione di rilegittimazione (pur solo) simbolica delle appannate istituzioni comunitarie, sulla quale in definitiva puntavano, con la sua introduzione, i revisori dei trattati⁴³³.

La critica più ricorrente era che la cittadinanza dell'Unione – centrata com'era (e com'è) sulla libertà di circolazione dell'individuo nello spazio comunitario – non riusciva a spogliarsi del suo retaggio mercantile e ad affrancarsi dal modello del *market citizen*, da sempre dominante nella costruzione comunitaria⁴³⁴. Depotenziata alla nascita sul terreno che le sarebbe stato proprio, in quanto sostanzialmente priva di un autentico significato e contenuto politico, essa finiva anzi per riaffermare la centralità del paradigma dell'attore economico, appunto del "cittadino di mercato", senza neppure promettere una autentica universalizzazione della libertà di circolazione e soggiorno all'interno degli Stati membri. Anche su tale piano, infatti, per quanto la Commissione europea si sforzasse di instillare un certo ottimismo sulle sue potenzialità⁴³⁵, erano in pochi a ritenere che i limiti posti dal diritto derivato – quali espressamente ribaditi dal trattato⁴³⁶ – potessero realmente consentire di superare le tradizionali, nette demarcazioni funzionali (tra soggetti economicamente attivi e non) nell'accesso alla libertà di circolazione ed ai diritti ad essa associati nello Stato ospitante.

⁴³² La precisazione, ridondante sul piano giuridico, servì soprattutto a "fugare le ansie dei danesi", tra i più preoccupati nel difendere la piena sovranità degli Stati membri nella definizione dei modi di acquisto della cittadinanza nazionale (e, quindi, di quella europea). La citazione è tratta da C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, in corso di pubblicazione in *Enc. dir. (Aggiornamento)*, p. 6 del dattiloscritto.

⁴³³ J. H. H. WEILER, *European citizenship and human rights*, in J. WINTER (ed.), *Reforming the Treaty on the European Union – The Legal Debate*, The Hague, London, Boston, 1997, pp. 57 ss., spec. p. 65, non risparmiò un giudizio sarcastico alla innovazione (che la vulgata attribuisce alla insistenza dell'allora primo ministro spagnolo Felipe Gonzales per compensare sul piano simbolico il cupo volto monetaristico del Trattato di Maastricht), definendola, almeno sotto tale profilo, come un "cinico esercizio di pubbliche relazioni fra le Alte Parti contraenti". È noto peraltro come la visione del prestigioso autore sia decisamente più articolata e positiva di quanto lasci intendere tale fulminante giudizio, fondando egli sulla cittadinanza dell'Unione la possibilità concreta di ricostruire ed in qualche modo di re-inventare lo stesso modo di intendere il senso dell'appartenenza alle comunità nazionali, che le istanze di civilizzazione europea spingono a spogliare degli elementi di chiusura etno-culturale per aprire ad una visione di appartenenza multipla, aperta, transnazionale. V. almeno J. H. H. WEILER, *European citizenship – Identity and differentity*, in M. LA TORRE (ed.), *European Citizenship. An Institutional Challenge*, The Hague, London, Boston, 1998, pp. 1 ss.; ID., *To be a European citizen*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, pp. 1067 ss.

⁴³⁴ Cfr. solo M. EVERSON, *The legacy of the market citizen*, in J. SHAW, G. MORE (eds.), *New Legal Dynamics of European Integration*, Oxford, 1995, e da ultimo, in un'ottica retrospettiva, M. BELL, *Civic citizenship and migrant integration*, in *European Public Law*, 2007, pp. 311 ss., spec. p. 313.

⁴³⁵ Cfr. ad esempio COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Seconda relazione della Commissione sulla cittadinanza dell'Unione*, COM(97) 230 definitivo, del 27 maggio 1997, spec. p. 15.

⁴³⁶ V. l'attuale art. 18, par. 1, del Trattato CE.

Oggi, guardando col senno del poi alle potenti innovazioni interpretative introdotte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla fine degli anni Novanta dello scorso secolo, si fa persino fatica a comprendere le ragioni di tanta sottovalutazione delle potenzialità racchiuse negli attuali articoli 17 e 18 del Trattato CE. La Corte di giustizia ci ha a tal punto abituati al suo ruolo di “giudice artista” – forgiatore di una dimensione autenticamente europea, capace di aprire “ai cittadini migliori orizzonti, senza voltare le spalle alla realtà né alle situazioni concrete”, come è giunto di recente a scrivere l’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer⁴³⁷ – che risulta in effetti difficile spiegare le ragioni di tanta cautela e di tanto scetticismo nella prima lettura delle norme sulla cittadinanza dell’Unione⁴³⁸.

La Corte ha dato ragione – oltre ogni ragionevole attesa – a quanti (in pochi, in verità) scommettevano sulle capacità auto-propulsive di rigenerazione e cambiamento istituzionale che dovevano reputarsi implicite in quelle fragili disposizioni⁴³⁹. Il “potenziale trasformativo” dell’istituto cautamente disegnato da tali norme – da marginale quale era percepito agli inizi degli anni Novanta – ha prepotentemente occupato il centro della scena, e ora può ben affermarsi che la “cittadinanza europea costituisce un esperimento unico nella estensione dei legami sociali e politici oltre i confini nazionali”⁴⁴⁰.

Da quando in particolare la Corte ha riconosciuto, a quello di cittadino dell’Unione, la natura di “*status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico”⁴⁴¹, gli effetti degli artt. 12 e 18 del Trattato CE sulle forme di accesso transfrontaliero ai sistemi di protezione sociale si sono amplificati sino al punto di mettere in discussione, e forse in crisi irreversibile, i tradizionali confini nazionali di tali sistemi. Lo *status* di cittadino dell’Unione esige infatti – come ancora affermato dalla Corte nella sentenza *Grzelczyk*⁴⁴² – “una certa solidarietà finanziaria dei cittadini di [uno] Stato con quelli degli altri Stati membri, specie quando le difficoltà cui va incontro il beneficiario del diritto di soggiorno sono di carattere temporaneo”.

Questo contributo si propone di ricostruire criticamente il tortuoso percorso seguito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per giungere ad un tale – ancora instabile – approdo. La rassegna critica della giurisprudenza della Corte – dalla celebre sentenza *Martínez Sala*⁴⁴³ agli ultimi

⁴³⁷ Nelle conclusioni presentate il 20 marzo 2007 nelle cause riunite C-11/06 e C-12/06, *Rhiannon Morgan contro Bezirksregierung Köln e Iris Bucher contro Landrat des Kreises Düren*, al par. 1.

⁴³⁸ Neppure chi scrive si è sottratto ad un tale esercizio di lettura critica: v. S. GIUBBONI, *Libertà di circolazione e protezione sociale nell’Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, pp. 81 ss.

⁴³⁹ V., anche per gli opportuni riferimenti, D. KOSTAKOPOULOU, *Ideas, norms and European citizenship. Explaining institutional change*, in *Modern Law Review*, 2005, pp. 233 ss.

⁴⁴⁰ Così ancora D. KOSTAKOPOULOU, *European Union citizenship: writing the future*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 623 ss., qui p. 624.

⁴⁴¹ Corte di giustizia CE, 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk contro Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, al punto 31.

⁴⁴² Ivi, al punto 44.

⁴⁴³ Corte di giustizia CE, 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Martínez Sala contro Freistaat Bayern*.

arresti – servirà soprattutto per riflettere su quello che, in effetti, appare come uno dei più spettacolari e controversi esiti di questa lunga e rinnovata stagione di attivismo giudiziale: niente di meno che la emersione – come suggerito da taluni⁴⁴⁴ – di un nuovo paradigma di solidarietà sociale, finalmente proiettato su scala pan-Europea, con la necessaria ridefinizione dei confini dei sistemi nazionali di *welfare* e dei criteri di appartenenza alle comunità di redistribuzione cui essi danno vita.

Non si vuole ovviamente dire che il progetto comunitario fosse del tutto estraneo, prima di tale svolta giurisprudenziale, ad una qualche forma di condivisione solidaristica tra i cittadini degli Stati membri. In questo senso è giusto ricordare che almeno taluni degli attuali “resoconti degli sviluppi della cittadinanza dell’Unione non restituiscono adeguatamente le ragioni delle origini e della espansione della stessa”, e che i diritti dei cittadini europei hanno “un’origine politica”⁴⁴⁵. La disciplina in materia di libertà di circolazione dei lavoratori – stabilizzatasi già nel 1968 con la notissima previsione del regolamento n. 1612 in materia di “vantaggi sociali” – si è sempre retta sul binomio tra libertà di accesso al mercato del lavoro e completa parità di trattamento nello Stato membro ospitante in pressoché tutte le sfere di vita sociale della persona.

È tuttavia indubbio che la giurisprudenza dell’ultimo decennio sugli artt. 12 e 18 del trattato sposti molto più in avanti – e ben oltre quanto poteva attendersi dalla formulazione letterale delle norme sopranazionali, primarie e secondarie – l’ambito di applicazione di tale binomio tra parità di trattamento e solidarietà⁴⁴⁶, riferendolo a tutti i cittadini dell’Unione per il solo fatto della condivisione di tale “*status* fondamentale”. L’evocata emersione – nei limiti che saranno criticamente analizzati nel prosieguo – di un nuovo paradigma di solidarietà sociale rintraccia così il proprio elemento qualitativo di innovazione nella vocazione inclusiva del concetto, nella sua proiezione oltre la sfera dei tradizionali destinatari delle libertà economiche del trattato. È per questo che nella trattazione che segue si focalizzerà l’attenzione sui diritti di circolazione e soggiorno, e sui correlati titoli di accesso alla protezione sociale, riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte ai soggetti che non svolgono, o hanno cessato di svolgere, un ruolo attivo nel mercato del lavoro o dei servizi: a partire, quindi, dalla categoria “residuale” dei cittadini comunitari già destinatari della direttiva 90/364/CEE⁴⁴⁷.

Questa giurisprudenza – che solo in parte il legislatore sopranazionale ha codificato in occasione della recente revisione dei principali strumenti di diritto derivato in materia⁴⁴⁸ – è fonte di irrisolte tensioni interpretative. I rapporti tra gli esiti interpretativi cui giunge la giurisprudenza della Corte

⁴⁴⁴ Cfr. ad esempio, seppur nell’ambito di un approccio parzialmente critico, O. GOLYNKER, *Jobseekers’ rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity*, in *European Law Review*, 2005, pp. 111 ss., nonché, ma in un’ottica essenzialmente adesiva rispetto agli orientamenti della Corte, H. VERSCHUEREN, *European (internal) migration law as an instrument for defining the boundaries of national solidarity systems*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, pp. 307 ss.

⁴⁴⁵ W. MAAS, *The genesis of European rights*, in *Journal of Common Market Studies*, 2005, p. 1009.

⁴⁴⁶ V. in questi termini anche BELL, *Civic citizenship*, cit., p. 313 (secondo cui lo *status* fondamentale di cittadino europeo è stato appunto modellato dalla Corte “intorno ai principi gemelli di eguaglianza e solidarietà”), il quale è testualmente ripreso da M. ROSS, *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Common Market Law Review*, 2007, pp. 1057 ss., sul punto p. 1065.

⁴⁴⁷ V. *infra*, § 2-4.

⁴⁴⁸ Ci si riferisce, evidentemente, alla direttiva 2004/38/CE ed al coevo regolamento n. 833 del 2004, quest’ultimo, peraltro, non ancora in vigore nella perdurante assenza delle disposizioni di attuazione.

ed i contenuti espliciti del diritto derivato – in particolare della direttiva 2004/38/CE e dei regolamenti nn. 1408/71 e 1612/68 – sono invero tutt'altro che chiari e definiti⁴⁴⁹.

E soprattutto, l'intera giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo appare percorsa da una forte tendenza a varcare gli stessi confini dell'attuale assetto normativo comunitario, in una dialettica che mette in crescente tensione il ruolo della Corte di giustizia e quello del legislatore, sia europeo e che nazionale. In questo senso, tale giurisprudenza riveste – come è stato ben osservato – un'evidente valenza costituzionale⁴⁵⁰, laddove – assieme a nuovi paradigmi di solidarietà sociale europea – lascia intravedere l'affermarsi di un ruolo molto più incisivo della Corte di giustizia, che pare decisa a difendere le prerogative riconosciute dal trattato al cittadino dell'Unione ben oltre quanto parrebbe disposto a concedere il legislatore sopranazionale⁴⁵¹.

Alle delicate questioni poste da tale dialettica saranno dedicate le riflessioni critiche conclusive di questo scritto.

2. Libera circolazione e protezione sociale dei cittadini europei economicamente non attivi.

La direttiva 90/364/CEE⁴⁵², che per prima introdusse nell'ordinamento comunitario un diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione che, non esercitando né avendo svolto alcuna attività economica, non beneficiassero delle libertà già riconosciute dal trattato istitutivo, operò come noto con estrema cautela questo allargamento della libertà di movimento nello spazio europeo. Il prioritario interesse degli Stati membri ad evitare che siffatta estensione potesse comportare indebite pressioni sui rispettivi sistemi di *welfare* si concretizzò infatti nella introduzione di una rigorosa condizione di risorse – una sorta di “*means test* rovesciato”⁴⁵³ –, consistente nella subordinazione del diritto di residenza del cittadino economicamente inattivo ad un duplice requisito: da un lato, alla titolarità di risorse economiche sufficienti e tali, in particolare, da evitare che il soggetto potesse diventare un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante; dall'altro, alla disponibilità di una assicurazione che garantisse la completa copertura contro il rischio di malattia.

Erano sin troppo evidenti i limiti intrinseci ad una siffatta soluzione, che istituzionalizzava una palese disparità di trattamento, introducendo a ben vedere due diversi diritti di cittadinanza⁴⁵⁴, molto distanti tra di loro quanto a contenuti: da un lato quello dei soggetti economicamente attivi, cui si riconosceva un pieno titolo di accesso ai sistemi di protezione sociale degli Stati membri, sul presupposto del loro contributo allo sviluppo economico del paese ospitante; e dall'altro

⁴⁴⁹ V. il § 5.

⁴⁵⁰ V. M. DOUGAN, *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, in *European Law Review*, 2006, pp. 613 ss.

⁴⁵¹ V. il § 6.

⁴⁵² Oggi come noto abrogata e sostituita dalla citata direttiva 2004/38/CE. Per un raffronto tra vecchia e nuova disciplina v., per tutti, M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006 (seconda ed.), cap. I.

⁴⁵³ M. FERRERA, *Towards an “open” social citizenship? The new boundaries of welfare in the European Union*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, pp. 11 ss., qui p. 31.

⁴⁵⁴ Di “due cittadinanze” parla, con forti accenti critici, J-M. BELORGEY, *La protection sociale dans une union de citoyens*, in *Droit social*, 1998, pp. 159 ss., spec. p. 160.

quello dei cittadini che, non esercitando una libertà economica, erano per contro esclusi, in principio, dalla possibilità di accesso *cross-border* ai circuiti di solidarietà sociale nazionale, in una logica più vicina a quella delle *poor laws* che non a quella descritta da Marshall come tipica della moderna cittadinanza sociale⁴⁵⁵. La direttiva si ispirava in ciò ad un'etica vittoriana appena aggiornata alla nuova dimensione europea, alla cui stregua "le persone che non sono attivamente impegnate nella vita economica hanno il dovere di provvedere alle loro necessità assumendosene *in toto* la responsabilità, senza godere di alcun titolo all'assistenza pubblica nello Stato di residenza"⁴⁵⁶.

I limiti e le condizioni previsti dalla direttiva sembrarono d'altra parte pienamente ribaditi e legittimati *ex post* dalla restrittiva formulazione con la quale lo stesso Trattato di Maastricht aveva codificato il diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini europei. In tal senso venne infatti per lo più interpretata la formula d'espressa salvezza delle limitazioni e delle condizioni previste dal trattato medesimo o dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso, contenuta nell'art. 18, par. 1, del Trattato CE. Ed avrebbe del resto ben potuto leggersi nello stesso senso pure l'espressa previsione secondo cui i cittadini dell'Unione – oltre che godere dei diritti – sono soggetti ai corrispondenti doveri previsti dal trattato medesimo (art. 17, par. 2). Formula indubbiamente generica e vuota di contenuti determinati – visto che "nel trattato non vi è neanche l'ombra di doveri nei confronti dell'Unione"⁴⁵⁷ –, ma che non sembra inesatto associare all'assolvimento degli oneri condizionanti l'esercizio del diritto di libera circolazione all'interno della Comunità, quale prima e fondamentale posizione giuridica attiva dei cittadini europei.

Il quadro che si dipanava agli inizi degli anni Novanta dello scorso secolo, sulla base di un coordinamento forse sin troppo facile del testo della direttiva e delle disposizioni del trattato, appariva dunque sufficientemente chiaro: "diritto di soggiorno e di parità di trattamento sono un privilegio riservato a quanti possono permetterselo, senza troppe preoccupazioni per i diritti di quanti, invece, non possono"⁴⁵⁸. Se questo è il senso del compromesso politico originariamente voluto e divisato dal trattato e dal legislatore comunitario, non può esserci dubbio, allora, che, già con l'interpretazione "radicale"⁴⁵⁹ del principio di eguaglianza accolta in *Martínez Sala*⁴⁶⁰, la Corte di

⁴⁵⁵ È lo stesso T. H. MARSHALL a ricordare, nella sua seminale opera *Cittadinanza e classe sociale* (che cito nella versione italiana curata da S. Mezzadra, Roma e Bari, 2002), come il sistema delle *poor laws* riformate dalle legge del 1834 comportasse in pratica, per gli indigenti, la rinuncia "al diritto civile della libertà personale" (p. 26), ed in particolare della libertà di circolazione nel territorio nazionale, rinnegando così nei fatti quel principio di completa uguaglianza di *status* sul quale si regge l'uniforme riconoscimento della moderna cittadinanza (p. 37). Pur nella consapevolezza dell'indubbia forzatura del paragone con la situazione dell'Inghilterra della metà dell'Ottocento, non può tuttavia negarsi un certo parallelismo con il quadro disegnato dalla direttiva del 1990, nella misura in cui lo stato di indigenza del cittadino europeo, col ricorso all'assistenza sociale nello Stato membro ospitante, autorizza quest'ultimo a rispedirlo nel paese d'origine. Il paragone è ad ogni modo convincentemente proposto da S. LEIBFRIED, *Towards a European Welfare State? On integrating poverty regimes into the European Community*, in C. JONES (ed.), *New Perspectives on the Welfare State in Europe*, London, New York, 1993, pp. 133 ss., spec. p. 145.

⁴⁵⁶ C. TOMUSCHAT, nella sua nota di commento alla già ricordata sentenza *Martínez Sala*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 449 ss., qui p. 455.

⁴⁵⁷ PINELLI, *Cittadinanza europea*, cit., p. 6 del dattiloscritto; per la sottolineatura dell'assenza di doveri a carico del cittadino europeo nel trattato v. anche S. BESSON, A. UTZINGER, *Introduction: Future challenges of European citizenship – Facing a wide-open Pandora's box?*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 573 ss., spec. p. 577.

⁴⁵⁸ DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p. 624.

⁴⁵⁹ TOMUSCHAT, *op. cit.*, p. 457.

⁴⁶⁰ *Supra*, nota 12.

giustizia mostri di voler superare ogni retaggio vagamente vittoriano ed esplicitamente mercantile della neonata cittadinanza dell'Unione⁴⁶¹ e di "prendere sul serio" i diritti estraibili dal combinato disposto degli artt. 12 e 18 del Trattato CE.

I segni della rottura di quel compromesso sono in effetti tutti presenti in *Martínez Sala*, che per questo viene usualmente ricordata come il primo precedente della giurisprudenza qui in esame, benché a rigore la fattispecie decisa dalla Corte potesse ancora far propendere per un inquadramento più tradizionale della vicenda e della stessa sentenza⁴⁶². La ricorrente nella causa principale era infatti una cittadina spagnola residente da lungo tempo nella Repubblica federale tedesca, che le aveva più volte riconosciuto il permesso di soggiorno, in un primo tempo in relazione alla attività lavorativa inizialmente svolta nel paese, dove per questo aveva anche goduto di un aiuto sociale. Sennonché, a partire dal 1984 la signora Martínez Sala, che nel frattempo aveva cessato di svolgere un'occupazione stabile, aveva ottenuto soltanto il rilascio di documenti attestanti che era stata presentata domanda di proroga del suo permesso di soggiorno, che non le era stato negato essenzialmente in virtù della adesione dell'ordinamento tedesco alla convenzione europea di assistenza sociale e sanitaria dell'11 dicembre 1953, che ostava alla sua espulsione. Nel 1993 il Freeistat Bayern aveva tuttavia negato alla stessa l'indennità di educazione per il figlio nato in Germania con la motivazione secondo cui la richiedente non era in possesso né della cittadinanza tedesca né di una carta di soggiorno.

La Corte – che in mancanza di sufficienti elementi utili aveva rimandato al giudice del rinvio la questione se la ricorrente nella causa principale potesse essere ancora qualificata come lavoratrice ai sensi dei regolamenti nn. 1612/68 e 1408/71 – era dunque chiamata a giudicare se il diritto comunitario, e segnatamente le norme sulla cittadinanza europea, ostassero a che uno Stato membro potesse esigere, per la concessione di un'indennità per l'educazione dei figli (prestazione familiare qualificabile anche come vantaggio sociale) la esibizione di un regolare documento di soggiorno. La risposta della Corte fu come noto positiva e si basò sulla fondamentale considerazione che un cittadino dell'Unione che risiede legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può avvalersi del principio di parità di trattamento riconosciuto dal trattato in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario⁴⁶³.

La sentenza conteneva un duplice profilo innovativo. In primo luogo la Corte lasciava chiaramente intendere che la nozione di residenza legale, presupposto per l'applicazione dell'attuale art. 12 del Trattato CE, potesse essere integrata anche sulla base del diritto nazionale (nella specie correlato ad obblighi di fonte internazionale dello Stato membro), e non necessariamente del diritto comunitario. In tal modo il raggio di applicazione del principio di parità di trattamento *ex art.* 12 veniva almeno in parte svincolato dalle previsioni sui limiti della libertà di circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi posti dal diritto comunitario derivato in attuazione dell'art. 18 dello stesso trattato. Si consumava così una prima, sottile ma già efficacissima forma di capovolgimento interpretativo del rapporto che avrebbe potuto ritenersi *prima facie* esistente tra l'art.

⁴⁶¹ In tal senso, tra i molti, v. più di recente S. WERNICKE, *A nom de qui? The European Court of Justice between Member States, civil society and Union citizens*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 380 ss., spec. p. 385.

⁴⁶² Sul punto, sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 617 ss., spec. p. 631.

⁴⁶³ V. il punto 63 della sentenza.

12 e l'art. 18 del Trattato CE, visto che l'applicazione della prima norma non presupponeva che il cittadino comunitario europeo dovesse necessariamente soddisfare i requisiti di accesso alla libertà di circolazione e soggiorno richiamati dalla seconda. In questo ragionamento – come è stato esattamente puntualizzato – “il concetto di soggiorno legale viene sganciato dai requisiti e dalle condizioni cui è soggetto il diritto di risiedere in un altro Stato membro, con la conseguenza che la natura condizionata di tale diritto risulta neutralizzata dal principio di parità di trattamento ex art. 12”⁴⁶⁴.

In secondo luogo la Corte – anche qui con una certa circolarità di ragionamento – definiva in senso ampio il campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario ai fini dell'art. 12 del Trattato CE, impiegando le disposizioni dei regolamenti 1612/68 e 1408/71 con riferimento ad una situazione nella quale le stesse erano, a rigore, inapplicabili, visto che, sulla base degli elementi del giudizio, la ricorrente nella causa principale non poteva essere (almeno direttamente) qualificata come lavoratrice subordinata. E così, sebbene la Corte si avvalga di un procedimento qualificatorio di tipo analitico, nel quale la sussunzione nella sfera applicativa oggettiva del trattato viene comunque fatta dipendere dal riferimento a norme di diritto derivato e, dunque, all'esistenza di una competenza comunitaria, già in *Martínez Sala* la individuazione del campo d'applicazione *ratione materiae* viene resa autonoma da quella della determinazione del campo di applicazione *ratione personae*. È perciò già evidente la tendenza a sfruttare a questi fini qualunque elemento utile di collegamento col diritto comunitario, anche al di là del suo ambito di rilievo formale.

Al di là della opinabilità dei suoi passaggi argomentativi e delle critiche subito suscitate per le indubbie forzature rispetto alla *conventional wisdom* sul rapporto tra la direttiva del 1990 e l'art. 18 del Trattato CE⁴⁶⁵, *Martínez Sala* offriva dunque una base di partenza già molto avanzata nella direzione di un ulteriore consolidamento dei diritti di circolazione e di accesso al *welfare* del cittadino economicamente inattivo. Un primo essenziale tassello in tale direzione è fissato dalla sentenza *Baumbast*⁴⁶⁶, nella quale la Corte afferma che il diritto di soggiorno sul territorio degli Stati membri sancito dall'art. 18 è “riconosciuto direttamente a ogni cittadino dell'Unione da una disposizione chiara e precisa del trattato”⁴⁶⁷.

L'affermazione della efficacia diretta dell'art. 18 del Trattato CE dà definitiva copertura a quella ardita operazione di capovolgimento della prospettiva interpretativa già avviata con *Martínez Sala*. Se il diritto deriva direttamente dal trattato, è infatti evidente che la direttiva 90/364, da fonte di attribuzione della libertà di circolazione e soggiorno, quale doveva essere considerata al momento della sua approvazione, diviene strumento di precisazione delle limitazioni e delle condizioni di esercizio del diritto nei termini consentiti dallo stesso all'art. 18, par. 1, del Trattato CE⁴⁶⁸. Con l'ovvia conseguenza che “l'applicazione delle limitazioni e delle condizioni consentite

⁴⁶⁴ GOLYNKER, *Jobseekers' rights*, cit., p. 120.

⁴⁶⁵ Per una severa critica della fragilità e della circolarità del ragionamento della Corte, v. ancora di recente D. MARTIN, in *European Journal of Migration and Law*, 2006, pp. 231 ss., spec. p. 242.

⁴⁶⁶ Corte di giustizia CE, 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast R. contro Secretary of State for the Home Department*.

⁴⁶⁷ Punto 84 della sentenza.

⁴⁶⁸ In dottrina, sul punto, v. per tutti M. DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p. 615.

dall'art. 18, n. 1, Trattato CE ai fini dell'esercizio del diritto di soggiorno è soggetta al sindacato giurisdizionale⁴⁶⁹ (e dunque, in buona sostanza, allo scrutinio della Corte alla luce del principio di proporzionalità). Ciò che, a prescindere dai riflessi che avremo modo di analizzare diffusamente nel prosieguo, di per sé comporta che le eventuali limitazioni e condizioni relative a tale diritto "non impediscono che le disposizioni dell'art. 18, n. 1, Trattato CE attribuiscono ai singoli diritti soggettivi che essi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare"⁴⁷⁰.

La diretta invocabilità dinanzi al giudice nazionale del diritto riconosciuto dall'art. 18 del Trattato CE non fa dunque dello stesso una situazione giuridica incondizionata, sottratta, cioè, come tale, ai limiti che la stessa norma primaria richiama e legittima. Ma quei limiti vanno applicati compatibilmente con i principi generali del diritto comunitario e, segnatamente, col principio di proporzionalità.

E così, anche se gli Stati membri possono subordinare il diritto di soggiorno di un cittadino europeo economicamente non attivo alla disponibilità di risorse sufficienti, tale persona può nondimeno fruire del principio di parità di trattamento qualora abbia soggiornato legalmente nel paese ospitante per un certo periodo di tempo o disponga di un titolo di soggiorno dal medesimo rilasciato⁴⁷¹. E ricorrendo dette condizioni, tale persona può avvalersi dell'art. 12 del Trattato CE affinché le sia accordato anche il beneficio di una prestazione di assistenza sociale come il reddito minimo belga.

Allo Stato membro rimane naturalmente la facoltà di accertare che il soggetto che si sia avvalso dell'assistenza sociale non soddisfi più i requisiti cui è subordinato il suo diritto di soggiorno⁴⁷², sino ad adottare – se del caso – una misura di allontanamento dal territorio nazionale. Tuttavia, anche tale misura andrà assunta nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, non potendo essa mai configurarsi – come nel frattempo chiarito dalla stessa direttiva 2004/38 – come reazione automaticamente scaturente dal ricorso del cittadino dell'Unione all'assistenza

⁴⁶⁹ Punto 86 della sentenza.

⁴⁷⁰ Così ancora al punto 86 della sentenza. Non è inutile ricordare che nel caso sottoposto alla Corte la misura nazionale non riuscì a superare il *test* di proporzionalità. Il diniego dell'esercizio del diritto di soggiorno per effetto dell'applicazione delle disposizioni della direttiva 90/364, sulla base del rilievo che l'assicurazione contro le malattie di cui il signor Baumbast disponeva non avrebbe coperto le cure di pronto soccorso prestate nello Stato membro ospitante, doveva ritenersi, infatti, un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto, tenuto conto del fatto che l'interessato, da un lato, disponeva comunque di risorse sufficienti per sé e la famiglia e, dall'altro, anche successivamente alla cessazione dell'attività lavorativa nel territorio del Regno Unito, non era mai divenuto un onere per le finanze pubbliche del paese d'accoglienza.

⁴⁷¹ V. in tal senso Corte di giustizia CE, 7 settembre 2004, causa C-456/02, *Michel Trojani contro Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, che conferma – tra le altre cose – la irrilevanza della natura "comunitaria" o "nazionale" del titolo di soggiorno ai fini della invocabilità nel territorio dello Stato membro, nel quale si risiede legalmente, del principio di parità di trattamento. L'Avvocato generale Geelhoed, nelle sue conclusioni del 19 febbraio 2004, aveva proposto una soluzione decisamente più restrittiva di quella infine accolta dalla Corte, sostenendo che in una fattispecie come quella in discussione – nella quale il ricorrente nella causa principale pacificamente non disponeva delle risorse sufficienti richieste dalla direttiva (v. la nota seguente) – non avrebbe potuto neppure far valere un diritto di soggiorno ai sensi dell'art. 18 del Trattato CE. Una interpretazione, questa suggerita alla Corte dall'Avvocato generale in sintonia con la posizione dei governi intervenuti nel giudizio, evidentemente in contrasto con la ricostruzione dei rapporti tra trattato e direttiva ormai accolta dai giudici di Lussemburgo ai fini della applicazione del principio di parità di trattamento in base alla nazionalità. Per un commento sostanzialmente adesivo alla sentenza v. A. P. VAN DER MEI, *Union citizenship and the "de-nationalisation" of the territorial Welfare State*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, pp. 203 ss.

⁴⁷² Il signor Trojani, cittadino francese accolto presso l'Armée de Salut di Bruxelles, dove svolgeva lavori minori in cambio dell'assistenza da questa ricevuta, aveva fatto nella specie richiesta di erogazione da parte delle competenti autorità belghe del *minimex*.

sociale dello Stato membro ospitante.

Parimenti assoggettato al controllo di proporzionalità è del resto il requisito del possesso di risorse sufficienti nello Stato membro di residenza. In *Chen*⁴⁷³ la Corte ha avuto così modo di precisare che la direttiva 90/364 non contiene alcuna condizione quanto alla provenienza delle risorse sufficienti richieste, non potendosi perciò esigere che queste provengano dal diretto interessato, senza che lo stesso possa avvalersi a tal fine di quelle assicurategli da un familiare che l'accompagna⁴⁷⁴.

L'ultimo sviluppo giurisprudenziale da segnalare in questa sede – ma rilevante, evidentemente, come gli altri, per ogni ipotesi di libera circolazione dei cittadini economicamente non attivi – costituisce un ulteriore corollario, non minore e certo non scontato, della assunzione del diritto riconosciuto dall'art. 18, par. 1, del Trattato CE a libertà fondamentale. Si intende fare riferimento al principio per cui, come per le altre libertà fondamentali riconosciute dal trattato ai cittadini economicamente attivi, anche quella di cui all'art. 18 non vieta soltanto le discriminazioni, palesi od occulte che siano, ma, di massima, anche la frapposizione, da parte degli Stati membri, di ostacoli non discriminatori. Si tratta di uno sviluppo importante, cui la Corte si è accostata gradualmente⁴⁷⁵, seguendo in ciò un percorso non diverso da quello che ha accompagnato l'interpretazione delle altre libertà fondamentali di circolazione⁴⁷⁶, ma che nel nostro caso poteva presentare qualche difficoltà in più, in considerazione della natura non incondizionata della libertà contemplata dall'art. 18 del Trattato CE.

Senonché la Corte si è anche sotto tale profilo mantenuta coerente con la linea di interpretazione "radicale" inaugurata con *Martínez Sala*, e del resto seguita per gli altri importanti aspetti già evidenziati, e nelle pronunce più recenti ha mostrato di esser pronta ad estendere alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione economicamente non attivi la regola che

⁴⁷³ Corte di giustizia CE, 19 ottobre 2004, causa C-2000/02, *Kunquian Catherine Zhu e Man Lavette Chen contro Secretary of State for the Home Department*.

⁴⁷⁴ Il caso in questione esibiva semmai i profili più controversi – ai limiti, invero, dell'abuso del diritto – sotto un altro aspetto: la signora Chen, di nazionalità cinese come il marito, aveva infatti programmato la nascita della figlia Catherine a Belfast al solo scopo di ottenere per quest'ultima la nazionalità irlandese in base al principio dello *ius soli* vigente in quel paese. Il rientro nel Regno Unito al fine di accompagnare ed accudire la figlia neonata, titolare del diritto *ex art. 18* del Trattato CE in quanto cittadina dell'Unione, consentiva di fatto alla madre – come eccepito dal governo inglese – di aggirare i limiti della legislazione britannica in materia di immigrazione. In dottrina v. criticamente, sia pure da diverse angolature, T. ACKERMANN, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 1121 ss., e B. KUNOY, *A Union of national citizens: the origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case*, ivi, 2006, pp. 179 ss. Nel senso che a soddisfare il requisito delle risorse può ben servire il reddito proveniente dal *partner* non sposato, v. da ultimo Corte di giustizia CE, 23 marzo 2006, causa C-408/03, *Commissione contro Belgio*.

⁴⁷⁵ Il primo suggerimento esplicito in tal senso è stato rivolto alla Corte dall'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni rese il 20 novembre 2003 nella causa C-224702, *Heikki Antero Pusa contro Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö* (di cui v. spec. il punto 15). Cfr., in sede dottrinale, lo stesso F. JACOBS, *Citizenship of the European Union – A legal analysis*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 591 ss., spec. p. 597, nonché M. COUSINS, *Citizenship, residence and social security*, in *European Law Review*, 2007, pp. 386, ss., spec. p. 391; in precedenza v. H. TONER, *Non-discriminatory obstacles to the exercise of Treaty rights – Articles 39, 43, and 18 EC*, in *Yearbook of European Law*, 2004, vol. 23, pp. 275 ss.

⁴⁷⁶ Quella della graduale estensione alle libertà di circolazione dei lavoratori, di stabilimento e di prestazione dei servizi del divieto di applicazione (anche) di ostacoli di carattere non discriminatorio, è vicenda sin troppo nota per dover essere ricordata in questa sede: si vedano ad ogni modo C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004, pp. 256 ss., e – volendo – S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna, 2007, spec. cap. IV.

vuole vietati anche gli ostacoli non discriminatori in quanto indistintamente applicabili⁴⁷⁷. Con la conseguenza che il cittadino dell'Unione che ha esercitato il suo diritto alla libera circolazione ex art. 18, par. 1, del Trattato CE non gode solo della ricordata, ampia tutela contro le discriminazioni in base alla nazionalità ex art. 12, par. 1. Sull'art. 18 devono essere infatti in linea di massima misurati anche "tutti i provvedimenti che *ostacolano* il diritto del cittadino dell'Unione di muoversi e stabilirsi liberamente in un altro Stato membro o che costituiscono altrimenti un *ostacolo* che potrebbe impedire al cittadino dell'Unione di esercitare tale genere di diritto alla libera circolazione"⁴⁷⁸.

3. Libertà di circolazione e aiuti al mantenimento degli studenti.

Non meno intensa è stata la elaborazione giurisprudenziale di quest'ultimo decennio sulla posizione riservata agli studenti all'interno della più vasta categoria dei cittadini migranti economicamente inattivi. Le pronunce sui diritti di accesso *cross-border* a forme di garanzia del reddito (borse di studio, assegni di mantenimento o prestazioni di natura assistenziale) da parte degli studenti rappresentano, anzi, uno dei filoni più cospicui e significativi della giurisprudenza qui in rassegna⁴⁷⁹.

Il ricco filone di controversie fiorite in quest'ambito ha, infatti, non solo consentito alla Corte di affermare principi che hanno contribuito in maniera decisiva all'allargamento dei vincoli solidaristici nei confronti dei cittadini europei nello Stato membro ospitante, ma ha più di recente consentito ai giudici di Lussemburgo di aprire nuovi canali di de-territorializzazione delle prestazioni specificamente erogate a tale categoria di migranti comunitari, canali che impegnano, stavolta, la diretta responsabilità del paese di provenienza dello studente. Conviene per questo volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte da entrambi i cennati versanti: da un lato riepilogando i principi ormai consolidati in tema di accesso a forme specifiche di sostegno del reddito ovvero di protezione sociale nello *Stato membro ospitante*; dall'altro guardando al più recente ed assai innovativo filone di casi nei quali l'art. 18 del Trattato CE già è servito a fondare un obbligo d'exportazione intracomunitaria delle borse di studio erogate dallo *Stato di origine* ai suoi stessi cittadini.

Sul primo dei detti versanti la giurisprudenza della Corte può peraltro sembrare, oggi, meno innovativa solo perché risulta essersi maggiormente sedimentata. Ma la Corte ha svolto anche su questo fronte un ruolo di rottura degli schemi interpretativi tramandati a ben vedere non minore

⁴⁷⁷ V. in particolare Corte di giustizia CE, 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *K. Tas-Hagen e R. A. Tas contro Raadskamer WUBO van Pensioen-en Uitkeringsraad*; Corte di giustizia CE, 17 gennaio 2008, causa C-152/05, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*. Si potrebbe obiettare che, a rigore, i casi in parola riguardano ancora fattispecie in cui, venendo in rilievo un requisito di residenza, si è pur sempre in presenza di ostacoli (indirettamente) discriminatori alla libertà di circolazione dei cittadini comunitari. Si può tuttavia osservare che gli Avvocati generali (v. in part. nota seg. e testo corrispondente), pur senza esservi a rigore tenuti, hanno tuttavia assunto esplicitamente a modello di decisione delle fattispecie quello degli ostacoli non discriminatori e che la Corte ha in buona sostanza avallato tale impostazione.

⁴⁷⁸ Così l'Avvocato generale Kokott, nelle conclusioni presentate il 30 marzo 2006 nella causa *Tas-Hagen* citata alla nota precedente, al par. 50.

⁴⁷⁹ Per una ricostruzione complessiva di tale giurisprudenza si vedano soprattutto M. DOUGAN, *Fees, grants, loans and dole cheques: who covers the costs of migrant education within the EU?*, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 943 ss.; A. P. VAN DER MEI, *EU law and education: promotion of student mobility versus protection of the education systems*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford - Portland (Oregon), 2005, pp. 219 ss.

di quello che si è già avuto modo di apprezzare esaminando la giurisprudenza sui rapporti tra la direttiva 90/364 e gli artt. 12 e 18 del Trattato CE. Volendo schematizzare un quadro in realtà molto complesso, può dirsi che su questo fronte la Corte ha operato – sulla base offertale dal combinato disposto degli artt. 12 e 18 del trattato – una doppia innovazione di forte impatto sullo stesso diritto derivato (qui come noto rappresentato dalla direttiva 93/96, poi sostituita dalla direttiva 2004/38).

In primo luogo la Corte ha pienamente esteso agli studenti – in quanto cittadini dell'Unione – i diritti di accesso *cross-border* alle prestazioni di protezione sociale radicati appunto direttamente negli artt. 12 e 18 del trattato. Si è già avuto modo di ricordare la sentenza *Grzelczyk*⁴⁸⁰, cui si deve la nota e impegnativa affermazione di principio sul vincolo di “solidarietà finanziaria” tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione soggiacente alle previsioni in tema di libertà di circolazione. Non meno significativa, per quanto più rileva in questa sede, è tuttavia la specifica affermazione – pure contenuta in tale sentenza – secondo la quale nulla, nel testo del trattato, “consente di considerare che gli studenti, che sono cittadini dell'Unione, allorché si spostano in un altro Stato membro per seguire ivi degli studi, vengano privati dei diritti conferiti dal Trattato ai cittadini dell'Unione”⁴⁸¹. L'affermazione – dall'apparenza quasi tautologica – serve anche in questo caso a tenere in qualche modo al riparo l'applicabilità del principio di parità di trattamento ex art. 12 dal rigore delle condizioni cui anche la direttiva 93/96 subordina – in astratto – il diritto di soggiorno degli studenti nel territorio di un altro Stato membro (v. l'art. 1).

Essa inoltre serve alla Corte per mettere sostanzialmente fuori gioco – in un caso in cui si faceva richiesta d'una prestazione di cittadinanza sociale come il *minimex* belga⁴⁸² – il vincolo potenzialmente derivante, più in particolare, dalle disposizioni della direttiva 93/96 (v. l'art. 3), che, al pari di quelle ora contenute nella direttiva 2004/38, espressamente escludono gli studenti dal diritto al pagamento di borse di mantenimento da parte dello Stato membro ospitante. Ed invero – argomenta la Corte –, anche se agli studenti è *expressis verbis* preclusa dal legislatore comunitario la possibilità di basare sulla direttiva un diritto al pagamento di assegni o borse di mantenimento, nulla in essa impedisce a tali cittadini europei di far ricorso a prestazioni di assistenza o sicurezza sociale nello Stato membro ospitante in virtù del generale principio di parità di trattamento ex art. 12 del Trattato CE⁴⁸³. Ragionamento, questo, indubbiamente suggestivo sul piano formale, che tuttavia da un lato rischia di produrre risultati d'irragionevole differenziazione tra gli Stati membri (penalizzando di fatto quelli che garantiscono il sostegno agli studenti all'interno dei loro sistemi generali di protezione sociale)⁴⁸⁴, e dall'altro giunge comunque a depotenziare la rilevanza

⁴⁸⁰ *Supra*, nota 10.

⁴⁸¹ Punto 35 della sentenza.

⁴⁸² In quanto prestazione sociale che garantisce in termini generali un minimo di mezzi di sussistenza, il *minimex* non è tecnicamente riconducibile né alla nozione di assistenza, nel ristretto significato accolto dalla Corte di giustizia in base al regolamento n. 1408/71, né a quella di previdenza sociale, non ricorrendo neppure i presupposti di cui all'art. 4, par. 1, dello stesso regolamento. Essa costituisce nondimeno un vantaggio sociale ai sensi del regolamento n. 1612/68: v. Corte di giustizia CE, 27 marzo 1985, causa C-249/83, *Hoeckx*.

⁴⁸³ V. in particolare il punto 39 della sentenza.

⁴⁸⁴ In tal senso DOUGAN, *Fees*, cit., pp. 964-965.

della esclusione degli studenti dal diritto a forme di “mantenimento” nel paese ospitante, privandola del significato ampio che avrebbe ragionevolmente potuto desumersi dalla direttiva collegando l'art. 3 con la condizione di risorse imposta dall'art. 1⁴⁸⁵.

Il pressoché completo svuotamento della portata dell'art. 3 della direttiva del 1993 – il secondo momento di forte innovazione interpretativa cui si faceva poc'anzi riferimento – è però compiuto dalla Corte con un passo di poco successivo. L'occasione le è fornita da un rinvio pregiudiziale proposto dalla High Court of Justice (England and Wales), Queens Bench Division, nell'ambito di un procedimento nel quale veniva in discussione il rifiuto della competente autorità inglese a concedere al signor Dany Bidar, cittadino francese iscritto all'University College di Londra, un aiuto economico a copertura dei costi di mantenimento sotto forma di prestito per studenti, a motivo del fatto che il richiedente non poteva considerarsi stabilmente residente nel Regno Unito. Il giudice del rinvio chiedeva innanzitutto alla Corte se un aiuto siffatto potesse ancora considerarsi escluso dal campo di applicazione del diritto comunitario – come in teoria avrebbe dovuto desumersi dalle sentenze *Lair e Brown*, entrambe del 1988⁴⁸⁶, oltre che dalla stessa direttiva del 1993 – oppure se l'introduzione dell'art. 18 del Trattato CE avesse definitivamente mutato il quadro di riferimento normativo rilevante al riguardo.

Nella sua risposta al giudice inglese, la Corte non ha esitato a rovesciare l'impostazione fatta propria nelle due cause appena citate, concludendo nel senso che l'aiuto economico di cui fruiscono gli studenti a copertura dei loro costi di mantenimento rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario, con riferimento all'art. 12 del Trattato CE⁴⁸⁷. Nel ridefinire il campo d'applicazione del trattato la Corte abbandona pressoché completamente gli scrupoli analitici che ancora potevano scorgersi nella sua precedente giurisprudenza, per adottare un approccio eminentemente funzionale alla cui stregua nulla in realtà riesce a sfuggire al raggio applicativo del diritto comunitario⁴⁸⁸, allorché si tratti di affermare il pieno effetto utile di una libertà fondamentale di circolazione quale quella riconosciuta ai cittadini dell'Unione dall'art. 18 del Trattato CE⁴⁸⁹. Un approccio funzionale esige invero di estendere il principio di parità di trattamento a qualunque diritto, prestazione o beneficio che, riconosciuto da uno Stato membro, sia suscettibile di facilitare l'esercizio della libertà di circolazione della persona⁴⁹⁰. Diventa dunque decisiva la relazione

⁴⁸⁵ Cfr. in termini anche J.-PH. LHERNOULD, *L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne*, in *Droit social*, 2001, pp. 1103 ss., spec. p. 1105, ove si afferma che in tale passaggio della sentenza “le sens de la directive 93/96 est semble-t-il forcé, voire détourné”.

⁴⁸⁶ Si tratta delle pronunce rese dalla Corte rispettivamente nelle cause 39/86 e 197/86.

⁴⁸⁷ Cfr. Corte di giustizia CE, 15 marzo 2005, causa C-209/03, *The Queen, ex parte Dany Bidar, contro London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*. Sulla sentenza cfr., tra gli altri, i commenti di: C. BARNARD, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 1465 ss.; M. BRAND, in *Columbia Journal of European Law*, 2005/2006, vol. 12, n. 1, pp. 293 ss.; O. GOLYNKER, *Students loans: the European concept of social justice according to Bidar*, in *European Law Review*, 2006, pp. 390 ss.

⁴⁸⁸ Anche in ciò sembra ormai evidente la tendenza ad un'applicazione omogeneamente espansiva – diciamo pure onnicomprensiva sul piano della sfera *ratione materiae* – delle libertà fondamentali. Si veda I. KVESKO, *Is there anything left outside the reach of the European Court of Justice?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, pp. 405 ss.

⁴⁸⁹ In questo senso cfr., tra le molte, l'approfondita analisi di A. EPINEY, *The scope of article 12 CE: some remarks on the influence of European citizenship*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 611 ss.

⁴⁹⁰ Sul punto v. pure VAN DER MEI, *Union citizenship*, cit., p. 208.

con l'esercizio della libertà fondamentale⁴⁹¹, a prescindere dall'esistenza di una competenza comunitaria ed anche nell'ipotesi in cui la materia rientri pacificamente nel dominio degli Stati membri⁴⁹².

Senonché, nel caso di specie neppure l'espressa esclusione dell'art. 3 della direttiva del 1993 – nel frattempo riprodotta e persino ampliata come deroga qualificata al principio di parità di trattamento in favore degli studenti dall'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38/CE – riesce a turbare il ragionamento della Corte. Nella logica funzionale da questa accolta, la deroga disposta dall'art. 3 della direttiva non vale, infatti, ad escludere la prestazione controversa dal campo di applicazione del trattato; in base ad essa – come si legge nella sentenza⁴⁹³ – si deve solo “constatare che gli studenti che si recano in un altro Stato membro per iniziare o effettuare studi superiori e ivi a tal fine beneficiano in forza della direttiva 93/96 di un diritto di soggiorno, non possono invero fondare su tale direttiva alcun diritto al pagamento di un aiuto per il loro mantenimento”. Tuttavia, soggiunge la Corte, “l'art. 3 della direttiva 93/96 non osta a che un cittadino di uno Stato membro che, ai sensi dell'art. 18 del Trattato CE e della direttiva 90/364 soggiorna legalmente nel territorio di un altro Stato membro dove prevede di iniziare o proseguire studi superiori, invochi, durante tale soggiorno, il principio fondamentale di parità di trattamento sancito dall'art. 12, primo comma, del Trattato CE”⁴⁹⁴. Con l'inevitabile conseguenza che è precluso ad uno Stato membro negare ad un cittadino dell'Unione il diritto di ottenere un aiuto a copertura delle spese di mantenimento come studente nelle ipotesi in cui tale cittadino soggiorni legalmente sul suo territorio ed abbia svolto una parte significativa dei suoi studi secondari nel paese ospitante, stabilendo un legame effettivo con la società di tale Stato.

Il sofisma appare tuttavia sin troppo scoperto: la distinzione tra soggetti che si recano in uno Stato membro per ivi iniziare o effettuare studi superiori e soggetti che, spostandosi in un altro Stato membro nella loro veste “residuale” di cittadini beneficiari della direttiva 90/364, prevedano d'intraprendervi detti studi solo successivamente, è invero ancora più artificiosa di quella con cui *Grzelczyk* aveva ammesso il diritto di ricorrere all'assistenza sociale dello studente senza toccare l'esclusione del diritto agli aiuti per il mantenimento. E nondimeno tanto basta alla Corte per tenere insieme le previsioni del trattato con quelle della direttiva, in una sorta d'*interpretatio abrogans* della seconda che toglie ai giudici di Lussemburgo anche l'imbarazzo di dover affrontare la questione della perdurante compatibilità dell'art. 3 della direttiva del 1993 (e dell'omologa previsione di quella del 2004) col diritto primario⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Se a ciò si aggiunge il parallelo processo di assottigliamento, o forse meglio di evaporazione, dell'elemento della transnazionalità, ovvero del collegamento col diritto comunitario in termini di attraversamento dei confini, diventa davvero difficile pensare ad aree sottratte alla potenziale incidenza delle libertà fondamentali: v. ad es. la celebre sentenza della Corte di giustizia CE in causa C-60/00, *Carpenter contro Secretary of State for the Home Department*, in materia di libera prestazione dei servizi, spec. punti 28 e seguenti, e, su di essa, almeno il commento di E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 743 ss.

⁴⁹² Cfr. ancora EPINEY, *The scope*, cit., pp. 615-616.

⁴⁹³ Al punto 45.

⁴⁹⁴ Punto 46 della sentenza.

⁴⁹⁵ In dottrina non manca in effetti chi dubita che l'attuale previsione dell'art. 24, par. 2, della direttiva del 2004 sia incompatibile con gli artt. 12 e 18 del Trattato CE, come interpretati dalla Corte di giustizia. La perdurante validità di tali previsioni può tuttavia continuare

Se la giurisprudenza sin qui ricordata estende i diritti di protezione *lato sensu* sociale degli studenti europei nel paese ospitante⁴⁹⁶, sino a forzare il dato letterale offerto dalla normativa secondaria, il secondo filone più di recente inaugurato dalla Corte di giustizia fonda nell'art. 18 del trattato il diritto alla esportazione dei sussidi e delle borse di studio dallo Stato di origine del beneficiario. La prospettiva è in tal caso in un certo senso capovolta, come rovesciati sono evidentemente i termini della distribuzione dei costi finanziari della mobilità intracomunitaria degli studenti⁴⁹⁷, ma non è meno penetrante e creativo l'uso dell'art. 18 del Trattato CE.

La dottrina più attenta aveva in effetti anticipato un simile sviluppo, evocando anche l'ipotesi, per vero più problematica, che il diritto di esportare all'estero borse e sussidi agli studi ricevuti nel proprio paese d'origine potesse fondarsi anche sull'art. 49 del trattato⁴⁹⁸. La Corte non ha deluso le attese, ed alla prima occasione utile ha affermato che gli artt. 17 e 18 del Trattato CE ostano ad un requisito secondo il quale, per poter beneficiare di aiuti alla formazione concessi per studi eseguiti in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini gli studenti che ne fanno richiesta, "tali studi devono costituire la prosecuzione di una formazione seguita per un periodo di almeno un anno nel territorio dello Stato membro di origine degli studenti medesimi"⁴⁹⁹.

Una clausola di residenza nello Stato che eroga il beneficio, o appunto la condizione che imponga un periodo minimo di formazione nello stesso, costituisce un ostacolo alla libertà di circolazione di cui il cittadino studente gode ai sensi dell'art. 18 del trattato, restrizione che in tanto può essere giustificata in quanto si basi su considerazioni oggettive di interesse generale indipendenti dalla cittadinanza e sia commisurata allo scopo legittimamente perseguito dal legislatore nazionale. Ipotesi che la Corte ha però escluso potesse darsi nel caso sottoposto alla sua attenzione, eccedendo il requisito richiesto quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dal diritto nazionale.

Nelle sue suggestive conclusioni – ricche di compiaciuti riconoscimenti al ruolo creativo della Corte quale "giudice artista"⁵⁰⁰ – l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer aveva esplicitamente proposto l'analogia tra la questione sottoposta alla Corte e la nota vicenda del diritto d'accesso

ad essere ammessa seguendo la discutibile impostazione della Corte riferita nel testo ed avendo comunque cura di fare della norma secondaria un'applicazione concreta coerente col principio di proporzionalità; cfr. in tal senso DOUGAN, *Fees*, cit., pp. 968-969.

⁴⁹⁶ Si veda anche Corte di giustizia CE, 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca Ninni-Orasche contro Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*.

⁴⁹⁷ Qui non si pone un problema di solidarietà a carico dello Stato membro ospitante, e conseguentemente non si pone un problema di bilanciamento con l'interesse di quest'ultimo ad evitare oneri eccessivi a carico delle sue finanze pubbliche: problemi cui la Corte dà risposta – come meglio vedremo al § 6 – modulando il sindacato di proporzionalità in relazione, essenzialmente, ai requisiti di residenza imposti dal paese di destinazione del cittadino migrante ai fini dell'accesso al *welfare*. Nella fattispecie ora in esame si pongono nondimeno speculari problemi di controllo della spesa pubblica associata alle nuove occasioni di fruizione transnazionale delle prestazioni e, correlativamente, problemi legati alle ipotesi di azzardo morale e di *free riding* (nella forma ad esempio dell'indebito cumulo di benefici), cui può dar luogo la esportabilità delle prestazioni in assenza di un coordinamento sopranazionale. In argomento v. S. BORELLI, *Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, pp. 671 ss., nonché – volendo – S. GIUBBONI, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2007, n. 4, pp. 13 ss.

⁴⁹⁸ Cfr. DOUGAN, *Fees*, cit., pp. 977-985; VERSCHUEREN, *European (internal) migration law*, cit., p. 345.

⁴⁹⁹ Così nella sentenza pronunciata dalla Grande Sezione della Corte il 23 ottobre 2007 nella causa già citata alla nota 6.

⁵⁰⁰ Per le citazioni v. sempre *supra*, nota 6 e testo corrispondente.

alle cure sanitarie in altro Stato membro ai sensi dell'art. 49 del Trattato CE⁵⁰¹, con una sostanziale apertura alla qualificazione della stessa istruzione universitaria come servizio prestato contro una remunerazione⁵⁰². Pur prospettando l'astratta possibilità di applicare al caso di specie l'art. 49, egli aveva tuttavia concluso nel senso della superfluità dell'indagine, per la quale difettavano del resto le necessarie informazioni concrete. Bastava d'altra parte l'art. 18 del trattato, che costituisce evidentemente, sotto tale profilo, come riconosciuto anche dalla Corte, un perfetto equivalente funzionale della norma sulla libera prestazione dei servizi.

4. L'accesso transfrontaliero al welfare dei soggetti in cerca di occupazione e dei disoccupati.

La sentenza *Collins*⁵⁰³ realizza – con riguardo ai diritti di sicurezza sociale transnazionale dei soggetti in cerca di occupazione – la medesima svolta interpretativa compiuta per gli studenti con la coppia *Grzelczyk* e *Bidar*. La giurisprudenza formatasi anteriormente all'entrata in vigore delle disposizioni sulla cittadinanza dell'Unione escludeva, infatti, che i cittadini comunitari in cerca d'occupazione in un altro Stato – pur godendo di piena parità di trattamento ex art. 39 del Trattato CE quanto all'accesso al lavoro ed ai servizi per l'impiego – potessero vantare un analogo diritto ai vantaggi sociali di cui all'art. 7 del regolamento 1612/68⁵⁰⁴. Questi dovevano considerarsi riservati – secondo la chiara volontà del legislatore del 1968 – a quanti possedessero la piena qualità di lavoratori migranti, per aver già trovato collocazione nel mercato del lavoro dello Stato membro ospitante. La graduazione dei diritti dei *job-seekers* – titolari d'uno *status* in qualche modo intermedio⁵⁰⁵, a metà strada tra quello dei cittadini economicamente inattivi e quello dei lavoratori, benché già più vicino al secondo⁵⁰⁶ – pareva del resto giustificarsi in una più ampia ottica sistematica, al cui disegno concorrevano le disposizioni sul coordinamento sopranazionale delle prestazioni sociali di disoccupazione.

Quando si è trovata a decidere sul caso *Collins* la Corte aveva però ormai ridisegnato un paesaggio dai contorni completamente rinnovati, nel quale la sua vecchia giurisprudenza non avrebbe più potuto trovar posto. Per questo la soluzione data al caso – con la piena estensione ai *work-seekers* dei vantaggi sociali previsti dall'art. 7 del regolamento n. 1612/68 – non ha realmente stupito i molti commentatori della sentenza⁵⁰⁷.

È noto come nella specie si discutesse se un cittadino comunitario appena riapprodato in Gran

⁵⁰¹ Per un efficace riepilogo della quale cfr., da ultimo, G. ORLANDINI, *Libera prestazione e servizi sociali. Il caso dell'accesso cross-border alle prestazioni di cura*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007, pp. 171 ss.

⁵⁰² V. soprattutto i paragrafi 99 e 100 delle conclusioni.

⁵⁰³ Corte di giustizia CE, 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Brian Francis Collins contro Secretary of State for Work and Pensions*. Su di essa si veda almeno il commento di H. OOSTEROM-STAPLES in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 205 ss.

⁵⁰⁴ V. Corte di giustizia CE, 18 giugno 1987, causa C-316/85, *Centre public d'aide sociale des Courcelles contro Lebon*; Corte di giustizia CE, 20 febbraio 1997, causa C-344/95, *Commissione contro Belgio*. In dottrina, per una sintesi dell'evoluzione della giurisprudenza in materia, v. da ultimo M. COUSINS, *Diritti di soggiorno, sicurezza sociale ed il concetto evolutivo di cittadinanza europea*, in questo stesso fascicolo della *Rivista*, spec. al § 4.

⁵⁰⁵ Di "semi-status" parla M. DOUGAN, *The Court helps those who help themselves ... The legal status of migrant work-seekers under Community law in the light of the Collins judgment*, in *European Journal of Social Security*, 2005, vol. 7, pp. 7 ss., in particolare a p. 12.

⁵⁰⁶ Si tenga solo presente che la libera circolazione dei soggetti in cerca di occupazione non è sottoposta alla condizione di risorse prevista invece per i cittadini economicamente non attivi. Sul punto v. comunque meglio DOUGAN, *op. ult. cit.*, p. 13.

⁵⁰⁷ Gli osservatori più attenti non avevano peraltro anche in tal caso mancato di anticipare gli sviluppi poi sanciti in *Collins*: si veda nuovamente M. DOUGAN, *Free movement: the workseeker as citizen*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2003, pp. 119 ss.

Bretagna per ricercarvi lavoro potesse vantare il diritto ad una indennità per persone in cerca di occupazione che dispongono di risorse finanziarie insufficienti, per legge concessa subordinatamente alla condizione di residenza abituale nel paese ospitante. La Corte ha basato la sua risposta su una rilettura del diritto alla parità di trattamento di cui all'art. 39 del Trattato CE aggiornata alla nuova giurisprudenza sul combinato disposto degli artt. 12 e 18, affermando che tale diritto non osta a una normativa nazionale che – come quella inglese – subordini il beneficio d'un'indennità per persone in cerca d'occupazione a una condizione di residenza, *purché* tale condizione – come tale indirettamente discriminatoria – possa essere giustificata sulla base di considerazioni oggettive indipendenti dalla cittadinanza e adeguatamente commisurate allo scopo perseguito dal legislatore nazionale.

Il cuore della pronuncia – come si tornerà a dire meglio nel prosieguo – sta sicuramente nella articolazione del *test* di proporzionalità, in particolare sotto il profilo della congruità del requisito di residenza rispetto alla legittima esigenza di stabilire un legame genuino tra il soggetto in cerca di occupazione ed il mercato del lavoro del paese ospitante. Ma a ben vedere è non meno importante, in essa, la riaffermazione della centralità acquisita dallo *status* riconosciuto dagli artt. 12 e 18 nella rilettura delle altre libertà fondamentali ed in specie della classica libertà di circolazione spettante ai lavoratori ai sensi dell'art. 39 del trattato. In quest'ottica, quello di cittadino dell'Unione è *status* fondamentale nel senso proprio di "fondante": è una condizione ubiquitaria, come è stato icasticamente scritto⁵⁰⁸, che sorregge la rilettura di tutte le libertà fondamentali per la basilare ragione che tutte sono accomunate dalla condivisione del sostrato della cittadinanza europea. La forza costituzionale di questo *status* può così spingere verso risultati interpretativi in ipotesi non attingibili neppure dalle libertà classiche, specie quando si tratti di rileggere la disciplina secondaria che – come i regolamenti nn. 1612/68 e 1408/71 – dà ad esse concreta attuazione.

La rilettura dell'art. 39 del trattato alla luce delle norme sulla cittadinanza rappresenta perciò un elemento non meno centrale del nuovo *acquis* giurisprudenziale. Ciò è evidente persino quando la Corte – in nome della residualità della libertà di cui gode il cittadino dell'Unione in quanto tale rispetto alle altre forme di libera circolazione – omette di pronunciarsi sulla interpretazione degli artt. 12, 17 e 18 del Trattato CE⁵⁰⁹.

L'osservazione vale – in misura crescente – anche ai fini della definizione dello *status* del migrante disoccupato. Anche in questo caso, infatti, e per ragioni che in parte si sovrappongono a quelle tradizionalmente addotte per i soggetti in cerca di occupazione⁵¹⁰, il diritto derivato detta una

⁵⁰⁸ V. O. GOLYNKER, *Ubiquitous Citizens of Europe. The Paradigm of Partial Migration*, Antwerpen, 2006.

⁵⁰⁹ Lo dimostrano bene due sentenze pronunciate dalla Corte in materia di accesso alla indennità di disoccupazione prevista dall'ordinamento belga per i giovani in cerca di prima occupazione, la prima resa in base agli artt. 12 e 18 del Trattato CE, la seconda basata – con identici risultati – sull'art. 39 del trattato medesimo: v. Corte di giustizia CE, 12 luglio 2002, causa C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop contro Office national de l'emploi*; Corte di Giustizia CE, 15 settembre 2004, causa C-258/04, *Office national de l'emploi contro Ioannis Ioannidis*. E si veda anche, sulla medesima linea sostanziale, il diverso caso deciso da Corte di giustizia CE, 11 novembre 2007, causa C-76/05, *Herbert Schwarz, Merga Gootjes-Schwarz contro Finanzamt Bergisch Gladbach*, in cui era stato invocato, oltre agli artt. 12 e 39, anche l'art. 43 del Trattato.

⁵¹⁰ Le due figure del resto si sovrappongono tipicamente in tutti i casi in cui il lavoratore che perda il posto nello Stato membro d'origine si sposti in un altro paese comunitario alla ricerca di nuova occupazione. In tali casi il lavoratore disoccupato che cerca nuova occupazione in un altro Stato membro potrà far valere in quest'ultimo i diritti che gli derivano, in ipotesi, dal regolamento n. 1408/71.

disciplina piuttosto restrittiva, tesa in particolare a contemperare la libertà di circolazione dei lavoratori con le esigenze di controllo sulla effettiva ricorrenza dei presupposti per la erogazione delle indennità di natura previdenziale da parte del paese competente⁵¹¹.

Le regole più significative in materia sono pertanto, nella specie, quelle tuttora dettate dal regolamento n. 1408/71 in tema di coordinamento dei regimi legali di sicurezza sociale, regole destinate a subire aggiustamenti piuttosto modesti con la futura entrata in vigore del nuovo regolamento n. 883 del 2004⁵¹². Il limite principale imposto da tali norme è – come noto – quello relativo alla esportabilità delle prestazioni di disoccupazione nello Stato nel quale il beneficiario intenda spostarsi, ad esempio per cercare una nuova occupazione. L'art. 10 del regolamento n. 1408/71 – che fissa la regola generale di revoca delle clausole di residenza ai fini del pagamento delle prestazioni previdenziali maturate – non riguarda, infatti, le indennità di disoccupazione. Di conseguenza, il regolamento non vieta in linea generale agli Stati membri né di fissare obblighi di residenza né, per l'effetto, di stabilire la sospensione del pagamento a motivo del fatto che il percettore della indennità di disoccupazione risieda in uno Stato membro diverso. Peraltro, lo stesso regolamento prevede due eccezioni alla regola generale per cui non sono vietate limitazioni alla esportazione delle prestazioni di disoccupazione. Ed infatti, considerando sempre la disciplina a tutt'oggi in vigore, da un lato, l'art. 69 prevede il diritto di esportare l'indennità di disoccupazione in un altro Stato membro per un periodo non superiore a tre mesi, alla condizione che il disoccupato sia iscritto quale richiedente lavoro per cercarvi nuova occupazione; dall'altro, l'art. 71 contempla il diritto all'indennità di disoccupazione per quanti – in costanza del loro ultimo impiego – risiedevano in uno Stato membro diverso dal paese nel quale erano assicurati ai fini previdenziali.

Ora, è persino intuitivo come di fronte a tale restrittiva disciplina in materia di esportabilità delle indennità di disoccupazione – che è certamente suscettiva di limitare o di ostacolare la libertà di circolazione del lavoratore nel mercato interno –, la pressione esercitata dal nuovo corso giurisprudenziale alla stregua degli artt. 17 e 18 del Trattato CE si sia naturalmente indirizzata verso il superamento delle “strozzature” in tal senso create dal diritto derivato⁵¹³. Del resto, e del tutto coerentemente, un'analogha pressione ha cominciato ad essere esercitata anche su di un'altra area di disciplina contrassegnata da una forte compressione – o meglio dalla esclusione (sia pure

Cfr. sul punto. VERSCHUEREN, *European (internal) migration law*, cit., pp. 335-336, anche per interessanti speculazioni su come la Corte avrebbe potuto (o dovuto) decidere *Collins* ove il ricorrente nella causa principale avesse potuto invocare il regolamento di sicurezza sociale.

⁵¹¹ La prestazione è di regola a carico dell'istituzione competente dello Stato membro di ultima occupazione del lavoratore disoccupato (art. 70, par. 2, del regolamento n. 1408/71). Nel caso dei lavoratori frontalieri in stato di disoccupazione completa, la prestazione è invece eccezionalmente erogata dall'istituzione del paese di residenza e resta a carico della medesima [art. 71, par. 1, lett. a) ii)]. In quest'ultima ipotesi il regolamento n. 1408/71 realizza indubbiamente una forma molto evidente di solidarietà transnazionale, ponendo la prestazione – invece che a carico dell'istituzione del paese d'occupazione, cui sono stati versati i contributi in costanza di rapporto – a carico dello Stato di residenza del lavoratore frontaliere (v. in tal senso VERSCHUEREN, *op. cit.*, p. 338, alla nota 116). Ma va ricordato che si tratta appunto d'una eccezione all'interno di un sistema che è generalmente improntato ad una solidarietà di tipo occupazionale, priva di un'autentica dimensione transnazionale; sia consentito il rinvio a S. GIUBBONI, *Free movement of persons and European solidarity*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 360 ss.

⁵¹² Cfr. in argomento W. CHIAROMONTE, *La limitata esportabilità delle prestazioni di disoccupazione alla luce dei regolamenti nn. 1408/71/CEE e 883/2004/CE*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, pp. 171 ss.

⁵¹³ V. pure DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p.635.

severamente circoscritta quanto a presupposti)⁵¹⁴ – della esportabilità, quale è quella che interessa come noto le prestazioni speciali di carattere non contributivo⁵¹⁵.

In *De Cuyper*⁵¹⁶ la Corte è stata esattamente chiamata a valutare la perdurante compatibilità di tale tradizionale assetto regolativo con riferimento ad un'indennità di disoccupazione prevista dalla legislazione belga. Nella specie il ricorrente nella causa principale aveva ottenuto una indennità di disoccupazione – sia pure con dispensa dall'obbligo di essere disponibile sul mercato del lavoro in ragione dell'età – nel 1997; a partire dal 1999 il signor De Cuyper aveva tuttavia trasferito la sua residenza nel sud della Francia, venendo perciò meno all'obbligo espressamente stabilito dall'ordinamento belga ai fini della fruizione della prestazione. Il giudice adito in sede di impugnazione del provvedimento di revoca della prestazione aveva quindi chiesto alla Corte di giustizia, con domanda di pronuncia pregiudiziale, se un obbligo di residenza, applicato quale condizione per la concessione di un'indennità di disoccupazione a soggetti che in quanto di età superiore ai 50 anni sono dispensati dall'obbligo della disponibilità sul mercato del lavoro, costituisca una restrizione al diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente ex artt. 17 e 18 del Trattato CE e se, in caso di risposta affermativa, la stessa potesse considerarsi giustificata.

Consapevole della estrema delicatezza della materia trattata, nelle sue conclusioni l'Avvocato generale Geelhoed si era speso con forza nel senso della perfetta compatibilità del requisito di residenza in contestazione con le norme del trattato sulla cittadinanza dell'Unione. Ad essere in discussione, infatti, non era solo la scelta del legislatore belga, ma anche, e forse soprattutto, benché in via mediata, la disciplina posta dal diritto comunitario derivato. L'Avvocato generale aveva piena consapevolezza che “sostenere che un obbligo di residenza costituisce una limitazione ingiustificata alla libera circolazione di un cittadino dell'Unione pregiudicherebbe del tutto la finalità delle disposizioni sull'indennità di disoccupazione di cui al regolamento n. 1408/71 e urterebbe contro l'art. 10, n. 1, di tale regolamento”⁵¹⁷. Giacché è innegabile come accogliendo una siffatta prospettiva si sarebbe sostanzialmente posta in discussione la funzione stessa del regolamento di sicurezza sociale e – con essa – il sottostante principio per cui il diritto comunitario non menoma il potere degli Stati membri di prefigurare i rispettivi sistemi, coordinandoli tra di loro senza metterne tuttavia a repentaglio la piena autonomia. Ecco perché l'Avvocato generale aveva sostanzialmente suggerito alla Corte di riconoscere una sorta di copertura costituzionale rafforzata al regolamento n. 1408/71, qualificandolo come misura che, in quanto emanata ai sensi dell'art. 42 del Trattato CE, potesse altresì considerarsi adottata ai fini della determinazione delle limitazioni e delle condizioni di cui all'art. 18 del trattato medesimo⁵¹⁸.

La Corte ha risolto il caso accogliendo la soluzione *concreta* suggerita dall'Avvocato generale, ma *non* ha seguito l'impostazione generale delle conclusioni dallo stesso presentate. La Corte ha sì affermato che la libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione ex art. 18 del Trattato CE non osta ad una condizione di residenza come quella applicata nella causa principale, ma

⁵¹⁴ V. da ultimo il regolamento n. 647 del 2005.

⁵¹⁵ Sull'argomento sia ad ogni modo consentito rinviare – anche per i riferimenti all'ampia giurisprudenza “storica” della Corte di giustizia – a GIUBBONI e ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 166 ss.

⁵¹⁶ V. Corte di giustizia CE, 18 luglio 2006, causa C-406/04, *Gérald De Cuyper contro Office national de l'emploi*.

⁵¹⁷ Paragrafo 116 delle conclusioni presentate il 2 febbraio 2006.

⁵¹⁸ V. in particolare il par. 112 delle conclusioni.

lo ha fatto solo dopo aver sottoposto la suddetta condizione al consueto *test* di proporzionalità. Il che significa, all'evidenza, che i requisiti di residenza posti dagli Stati membri in applicazione delle ricordate disposizioni del regolamento n. 1408/71 non si giustificano più, in linea generale ed astratta, in base al richiamo all'art. 42 del Trattato CE (in ipotesi unito, come suggerito dall'Avvocato generale, all'art. 18, par. 1), ma andranno di volta in volta giustificate, quali restrizioni alla libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, alla luce del principio di proporzionalità. Onde sarà lo *standard* più o meno rigoroso col quale verrà valutata *in concreto* l'adeguatezza e la corretta commisurazione (la proporzionalità, appunto) della disposizione nazionale al legittimo scopo perseguito (quale ad esempio l'esigenza di esercitare un efficace controllo sull'effettivo stato di disoccupazione del lavoratore) a decretare o meno la legittimità comunitaria della misura medesima. Si tratta di un'impostazione all'evidenza completamente diversa da quella suggerita dall'Avvocato generale Geelhoed, che ha forti implicazioni costituzionali sulla distribuzione dei poteri tra Corte e legislatore (europeo e nazionale), come avremo modo di dir meglio in seguito.

Uno sviluppo del tutto analogo si è d'altra parte verificato con riguardo alle deroghe alla esportabilità previste dal regolamento n. 1408/71 in materia di prestazioni speciali di carattere non contributivo. In questo caso esso è stato in qualche modo facilitato dalla giurisprudenza che da tempo aveva affermato la piena applicabilità dell'art. 7 del regolamento anche ai lavoratori frontalieri, al fine di consentire il godimento (in pratica, l'esportazione) dei vantaggi sociali ai quali la disposizione dà diritto anche nello Stato di residenza dei medesimi⁵¹⁹. Ma i più recenti arresti della Corte vanno oltre tale giurisprudenza, che poteva invero ancora spiegarsi restando dentro un'ottica di "raccordo tecnico", per così dire, tra le norme del regolamento n. 1408/71 e l'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1612/1968⁵²⁰.

E così, nella recente sentenza *Hendrix*⁵²¹, mutando l'indirizzo affermato appena l'anno prima⁵²², la Corte ha sì statuito che in linea di principio gli artt. 39 del trattato e 7 del regolamento n. 1612/68 non ostano ad una normativa nazionale di attuazione degli artt. 4, n. 2 bis, e 10 bis del regolamento n. 1408/71, la quale prevede che una prestazione speciale di carattere non contributivo⁵²³ possa essere concessa solo alle persone residenti nel territorio nazionale. Tuttavia, ha

⁵¹⁹ V. le sentenze rese dalla Corte di giustizia nelle note cause C-57/96, *Meints*, e C-337/97, *Meeusen*.

⁵²⁰ Per qualche ulteriore cenno v. comunque *infra*, al § seguente.

⁵²¹ Corte di giustizia CE, 11 settembre 2007, causa C-287/05, *D. P. W. Hendrix contro Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*.

⁵²² V. Corte di giustizia CE, 6 luglio 2006, causa C-154/05, *J. J. Kersbergen-Lap e D. Dams-Schipper contro Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, nella quale era stato senz'altro ammesso che le prestazioni di assistenza per i giovani disabili colpiti da incapacità lavorativa previste dalla legislazione olandese, in quanto prestazioni speciali di carattere non contributivo regolarmente menzionate nell'allegato II bis al regolamento n. 1408/71, potessero essere versate solo ai soggetti residenti nei Paesi Bassi. Va peraltro rimarcato che la giurisprudenza della Corte è tutt'altro che lineare in punto di definizione degli elementi distintivi e propri delle prestazioni "speciali" e "non contributive", alla cui sostanziale ricorrenza è subordinata la legittima iscrizione nell'apposito allegato al regolamento. Come ben chiarito da M. COUSINS, *Social security, social assistance and the special non contributory benefits: the never-ending story*, in *European Journal of Social Security*, 2007, vol. 9, pp. 97 ss., si fa davvero fatica a far emergere una *ratio* unitaria nella giurisprudenza della Corte, e già questo è un serio motivo di incertezza giuridica in un'area già molto "sensibile" del diritto comunitario della sicurezza sociale sulla quale si stanno ora per scaricare le nuove tensioni create dalla giurisprudenza di cui si dice nel testo.

⁵²³ Si trattava, per l'appunto, sempre delle prestazioni previste nei Paesi Bassi per l'assistenza ai giovani disabili.

subito soggiunto la Corte con una formula carica di ambiguità⁵²⁴, “l’applicazione di tale normativa non deve comportare una lesione dei diritti di una persona che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale che vada oltre quanto necessario ai fini della realizzazione del legittimo obiettivo previsto dalla normativa nazionale”⁵²⁵. Sarà pertanto compito del giudice nazionale – tenuto ad applicare le norme del proprio ordinamento alla stregua di un’interpretazione conforme al diritto comunitario – prendere in considerazione in particolare il fatto che il lavoratore ricorrente nella causa principale, pur trasferendo altrove la propria residenza, aveva mantenuto il complesso dei suoi legami economici e sociali con lo Stato membro d’origine.

La formula è di una ambiguità insuperabile: si direbbe quasi che vi si esprima, in una sorta di raffinato esercizio di “dissimulazione onesta” di sapore secentesco, il sostanziale superamento dello speciale regime derogatorio di inespportabilità delle prestazioni non contributive senza dichiararlo espressamente. Giacché è evidente come il divieto di esportazione contenga sempre una potenziale lesione del diritto della persona a circolare liberamente all’interno dell’Unione europea, lesione che potrà essere giustificata – *nei casi concreti* – solo alla luce della *rule of reason*, ovvero applicando il diritto nazionale in conformità al principio di proporzionalità. Ed in un caso come quello della causa *a qua* – nel quale è la Corte stessa a ricordare al giudice nazionale che il ricorrente aveva mantenuto saldissimi legami col paese d’origine – è difficile ipotizzare che la clausola di residenza – *pur stabilita dal diritto nazionale in applicazione del regolamento n. 1408/71* – possa superare il test di proporzionalità⁵²⁶.

In altri casi – come ovvio – il requisito della residenza nel territorio nazionale potrà continuare ad essere pienamente giustificato, ma ciò dipenderà sempre più dalla valutazione delle circostanze concrete alla stregua della *rule of reason* e sempre meno dalle regole “astratte” poste dal legislatore comunitario. E potrà darsi benissimo che il requisito di residenza fissato dal legislatore nazionale per una stessa prestazione possa essere ritenuto legittimo in un caso e sproporzionato nell’altro⁵²⁷.

5. Le tensioni tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e il diritto derivato.

È giunto il momento di cominciare a tirare le somme della rassegna critica della giurisprudenza della Corte svolta sin qui. Ed il primo aspetto da considerare a tal fine è quello – più volte segnalato – della crescente difficoltà di raccordare le norme del trattato, così come audacemente interpretate dalla Corte, con le disposizioni del diritto comunitario derivato.

⁵²⁴ L’Avvocato generale Kokott aveva raggiunto conclusioni meno equivoche, affermando – in termini generali – che “una disposizione di uno Stato membro che subordini la concessione o il mantenimento di una prestazione previdenziale alla residenza dell’interessato nel proprio territorio *non è sempre compatibile* con l’art. 39 Trattato CE e con l’art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68 *per il solo fatto* che la prestazione costituisca una prestazione speciale a carattere non contributivo ai sensi dell’art. 4, n. 2 bis, del regolamento n. 1408/71, concessa, a norma dell’art. 10 bis del medesimo regolamento, unicamente ai residenti” (i corsivi sono aggiunti).

⁵²⁵ Punto 58 della sentenza *Hendrix*.

⁵²⁶ Il signor Hendrix si era infatti trasferito dai Paesi Bassi in Belgio pur continuando a lavorare – grazie al sostegno della prestazione non contributiva versatagli – nello Stato d’origine.

⁵²⁷ È esattamente quanto si è già verificato con riguardo all’assegno per l’educazione tedesco, rispetto al quale il requisito della residenza nello Stato membro è stato ritenuto concretamente legittimo in Corte di giustizia CE, 18 luglio 2007, causa C-213/05, *Wendy Geven contro Land Nordrhein-Westfalen*, e per contro illegittimo nella sentenza pronunciata lo stesso giorno dalla Grande Sezione nella causa C-212/05, *Gertraud Hartmann contro Freistaat Bayern*.

Sono state già evidenziate le tensioni al riguardo determinatesi rispetto alla direttiva 2004/38/CE, con la quale il legislatore comunitario ha peraltro compiuto un notevole sforzo di adeguamento alla giurisprudenza della Corte, superando – almeno nella impostazione di fondo – l'approccio strettamente settoriale e funzionale che era proprio del diritto previgente ed il nesso, in esso ancora ben visibile, tra il diritto di soggiornare in un altro Stato membro e lo svolgimento di un'attività economica⁵²⁸. Ciononostante sono molte le aree di frizione venutesi nel frattempo nuovamente a creare con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

La più scoperta – come già visto – è probabilmente quella relativa alla disciplina sugli aiuti al mantenimento degli studenti: l'art. 24, par. 2, riconciliabile forse con qualche sforzo con *Grzelczyk*, difficilmente riesce a giustificarsi alla stregua di *Bidar*, se non a costo di addivenire ad una sorta d'interpretazione abrogativa del disposto della direttiva⁵²⁹. E sembra sostanzialmente questa la strada percorsa dalla Corte, che da un lato pare limitare l'esclusione disposta dalla direttiva alle sole ipotesi in cui lo studente si rechi come tale in un altro Stato membro al fine di intraprendervi la sua attività di studio⁵³⁰, e dall'altro consente comunque la deroga al principio di parità di trattamento da essa implicata nei limiti della compatibilità col test di proporzionalità⁵³¹.

Evidente appare, inoltre, la tensione (sebbene non la contraddizione) tra quanto acquisito a partire da *Collins* e quanto statuito dal legislatore sopranazionale, sempre all'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38/CE, in materia di protezione sociale delle persone in cerca di occupazione in un altro Stato membro. Anche in tale caso pare almeno doversi concludere nel senso che la regola posta in generale dalla direttiva – alla cui stregua i *job-seekers* sono esclusi dal diritto alla parità di trattamento in materia di assistenza sociale per tutto il periodo in cui rimangono in cerca d'occupazione, anche se questo è superiore ai tre mesi – in tanto potrà ritenersi legittima in quanto possa soddisfare, *nei casi concreti ai quali viene applicata*, il sindacato di proporzionalità⁵³².

Lo Stato membro potrà dunque certamente stabilire un requisito di residenza, anche ragionevolmente lungo⁵³³, ma come nel caso dell'*habitual residence test* inglese dovrà sempre tenersi presente che il legame genuino col mercato del lavoro del paese ospitante – rilevante per i soggetti in cerca di occupazione secondo la dottrina *Collins* – potrà esser provato anche sulla base di altri indici⁵³⁴. Del resto, già in *Swaddling*⁵³⁵ la Corte ha chiaramente affermato che la durata della residenza non può essere considerata indice esclusivo del fatto che la persona ha fissato il centro dei

⁵²⁸ V. tra i tanti KOSTAKOPOULOU, *European Union citizenship*, cit., p. 635; C. MARZO, *Vers une citoyenneté sociale européenne?*, in *Droit social*, 2007, pp. 218 ss., spec. p. p. 219.

⁵²⁹ Cfr. con diverse sfumature VAN DER MEI, *Union citizenship*, cit., p. 206; COUSINS, *Diritti di soggiorno*, cit., p. 14 del dattiloscritto.

⁵³⁰ Ma BRAND, nel suo commento a *Bidar* già citato alla nota 56, fa giustamente notare come questa artificiale distinzione – forse proponibile con qualche equilibrismo dialettico per l'art. 3 della direttiva del 1993 – non trova più spazi lessicali nel testo di quella del 2004 (v. in part. p. 302).

⁵³¹ I cinque anni di residenza previsti dalla direttiva sembrano peraltro *prima facie* costituire "un periodo di durata sproporzionata": così A. LANG, B. NASCIMBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2007, n. 2, pp. 43 ss., qui p. 58.

⁵³² V. in tal senso DOUGAN, *The Court helps those who help themselves*, cit., pp. 21 e 24; per una valutazione sostanzialmente negativa v. invece COUSINS, *op. loc. ult. cit.*

⁵³³ V. JACOBS, *Citizenship*, cit., p. 594.

⁵³⁴ V. ancora DOUGAN, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁵³⁵ Corte di giustizia CE, 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Robin Swaddling contro Adjudication Officer*.

propri interessi nel paese considerato, dovendo sempre darsi spazio alla valutazione di altre circostanze di fatto, quali ad esempio la situazione familiare del soggetto e i motivi che l'hanno indotto a trasferirsi⁵³⁶.

L'esclusione da ogni titolo all'assistenza sociale, consentita per i primi tre mesi di residenza nello Stato membro ospitante dall'art. 24, par. 1, della direttiva del 2004, sembra in quest'ottica facilmente giustificarsi, negli stessi termini generali nei quali è formulata, in una qualunque plausibile versione del *test* di proporzionalità⁵³⁷. Più in generale, le deroghe alla parità di trattamento in materia di assistenza sociale o di aiuti al mantenimento, che la direttiva consente agli Stati membri di ricollegare alla durata della residenza, non sono dunque di per sé in contrasto con i risultati della giurisprudenza della Corte, ma andranno sempre applicate in conformità del principio di proporzionalità, con la necessaria commisurazione alle circostanze del caso concreto che esso comporta. La durata della residenza – per quanto rappresenti un elemento di primaria rilevanza – non può, però, essere assunta ad indice esclusivo del grado di integrazione della persona nella società dello Stato membro ospitante ovvero del livello di collegamento col mercato del lavoro nel quale si cerca un'occupazione.

Va d'altra parte considerato che, tanto ai fini della integrazione del requisito di residenza, quanto ai fini del soddisfacimento delle condizioni di autosufficienza economica e di copertura sanitaria contemplati dalla direttiva del 2004, ben possono soccorrere le previsioni del regolamento n. 1408/71 e, in futuro, ancor più quelle del regolamento n. 883/2004, che come noto estende il raggio di applicazione del coordinamento dei regimi di sicurezza sociale a tutti i cittadini dell'Unione, anche laddove gli stessi non svolgano (o non abbiano svolto) un'attività economica⁵³⁸. Entro l'ambito di applicazione *ratione personae* dei regolamenti dovrà infatti essere senz'altro applicata la nozione comunitaria di residenza – come centro principale degli interessi della persona – che la Corte di giustizia ha già avuto modo di precisare in *Swaddling*. Le disposizioni dei regolamenti – in particolar modo quelle dettate in tema di prestazioni speciali di carattere non contributivo – possono così assumere rilievo onde “consentire ai cittadini dell'Unione

⁵³⁶ Per interessanti rilievi sulla nozione di residenza normale come luogo in cui l'interessato ha stabilito il centro permanente dei suoi interessi, v. di recente Corte di giustizia CE, 26 aprile 2007, causa C-392/05, *Georgios Alevizos contro Ypourgos Oikonomikon*, in particolare al punto 57. La Corte si pronuncia nella specie sul significato dell'art. 6 della direttiva 83/183/CEE, ma le considerazioni sugli elementi di fatto utili al fine di determinare la residenza normale della persona nel territorio dell'Unione possono senz'altro rivestire un rilievo più ampio.

⁵³⁷ Lo si può ragionevolmente desumere dalla sentenza *Trojani*, ed in particolare da quanto affermato dalla Corte al punto 43. Occorre peraltro osservare che il fatto che per i primi tre mesi di soggiorno lo Stato membro non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni di assistenza sociale, non significa anche che lo stesso possa pretendere dal cittadino dell'Unione economicamente inattivo la prova del possesso di risorse sufficienti al proprio sostentamento. Lo Stato membro non è autorizzato a richiedere la detta prova ai fini dell'ingresso per un soggiorno fino a tre mesi, ma potrà solo espellere il cittadino comunitario che sia divenuto un onere irragionevole per il proprio sistema di assistenza sociale secondo la generale previsione della direttiva. Sul punto, anche per la valutazione della discutibile previsione di cui al d. lgs. n. 30 del 2007 con il quale l'ordinamento italiano ha dato attuazione alla direttiva, cfr. A. LANG, B. NASCIMBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE*, cit., pp. 49-50.

⁵³⁸ V. l'art. 2 del regolamento n. 883/2004, che comunque presuppone che il cittadino comunitario sia o sia stato soggetto alla legislazione di sicurezza sociale di uno Stato membro. Sul punto sia permesso rinviare a GIUBBONI, ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., p. 174 ss.

che si spostano da uno Stato membro all'altro d'ottenere un reddito sufficiente nel paese ospitante al fine di soddisfare i requisiti condizionanti il diritto di risiedere in quest'ultimo"⁵³⁹. Né va trascurato che le stesse disposizioni potrebbero rilevare anche sotto il profilo della assimilazione ovvero della aggregazione dei periodi di residenza compiuti dal soggetto nello Stato membro di provenienza⁵⁴⁰.

La giurisprudenza in rassegna presenta, poi, profili non meno problematici sul versante dei rapporti tra l'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1612/1968, *iuncto* art. 39 del Trattato CE, ed il regolamento n. 1408/71, con riguardo in particolare alle aree di tutela che quest'ultimo assoggetta a stringenti limiti in punto d'esportazione delle prestazioni. L'interpretazione tradizionale dei rapporti tra i due regolamenti si rifaceva alla espressa previsione contenuta nell'art. 42, par. 2, del primo, alla cui stregua lo stesso non intendeva infirmare le disposizioni specificamente dettate dal secondo in tema di coordinamento dei regimi legali di sicurezza sociale⁵⁴¹. Questa impostazione – la sola in realtà capace di preservare la specifica funzione di coordinamento assoluta dal regolamento n. 1408/71 – è stata ancor di recente strenuamente sostenuta dall'Avvocato generale Geelhoed in *De Cuyper*, non solo invocando l'argomento tecnico della naturale prevalenza della *lex specialis*, ma cercando altresì di fondare su più solide basi costituzionali, ovvero sul doppio radicamento nell'art. 18 e nell'art. 42 del Trattato CE, tale opzione interpretativa⁵⁴².

Senonché la Corte – come si è già ricordato – ha completamente disatteso tale linea argomentativa, propendendo in buona sostanza per la prevalenza, nei casi di concorso/conflicto, della previsione di cui all'art. 7 del regolamento del 1968, che può così esser invocata al fine di ottenere il godimento di vantaggi sociali nello Stato di residenza del percettore, anche in situazioni nelle quali il regolamento n. 1408/71 lo escluderebbe. La Corte ha, perciò, finito per costituzionalizzare la previsione dell'art. 7 del regolamento n. 1612/68, in quanto "espressione particolare, nel campo specifico della concessione dei vantaggi sociali, della regola della parità di trattamento sancita all'art. 39, par. 2, del Trattato CE"⁵⁴³. Ed anche in tal caso a costo di una palese forzatura del dato letterale offerto dal diritto derivato: a dispetto di quanto testualmente disposto dall'art. 42 del regolamento n. 1612/68, si è infatti affermata una "validità reciprocamente autonoma, ossia parallela"⁵⁴⁴, dei due regolamenti, che solo apparentemente non fissa un ordine di priorità

⁵³⁹ VERSCHUEREN, *European (internal) migration law*, cit., p. 326, cui si rinvia per la dimostrazione della prevalenza del regolamento di sicurezza sociale sulle disposizioni della direttiva, nel senso appunto della invocabilità delle norme sul coordinamento contenute nel primo in materia di prestazioni di carattere non contributivo ai fini del soddisfacimento delle condizioni cui la seconda subordina il diritto di risiedere nello Stato membro ospitante.

⁵⁴⁰ *Ivi*, p. 323.

⁵⁴¹ V. per tutti A. M. P. VAN DER MEI, *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, Oxford, Portland (Oregon), 2003, pp. 64-65.

⁵⁴² V. quanto si è già ricordato *supra*, nota 87 e testo corrispondente. L'Avvocato generale Geelhoed aveva sostenuto la stessa tesi anche nelle conclusioni rassegnate in *Hartmann* (al par. 50) ed in *Geven* (ai paragrafi 15 e 17); ed in *De Cuyper* aveva anche concluso nel senso che l'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1612/68 conferisce ad un lavoratore che sia cittadino di uno Stato membro il diritto di godere degli stessi vantaggi sociali e fiscali riconosciuti dalla legislazione del diverso paese comunitario nel quale è occupato, *soltanto* nel territorio di tale secondo Stato membro (v. i paragrafi 34 e 35 delle conclusioni).

⁵⁴³ Così nella citata sentenza *Hendrix*, al punto 53.

⁵⁴⁴ Secondo la suggestiva formula usata dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni in *Hendrix* (par. 54), formula fatta poi propria dalla Corte.

tra gli stessi. In realtà, l'ordine di priorità – che avrebbe dovuto sotto ogni profilo favorire lo speciale regime del regolamento n. 14908/71 – è stato (nuovamente) capovolto, senza tema di ricorso ad artificiosi espedienti interpretativi.

6. Una valutazione “costituzionale” della giurisprudenza della Corte di giustizia.

È innegabile che solo grazie alla giurisprudenza della Corte, da semplice diritto economico quale era visualizzato ancora nelle direttive del 1990 e nella stessa originaria volontà trasfusa dagli Stati membri nella cauta formulazione dell'art. 18 del trattato, la libertà di circolazione sia divenuta “l'espressione concreta di una reale cittadinanza dell'Unione”⁵⁴⁵. Solo grazie a questa giurisprudenza può dirsi pressoché compiutamente conseguito il traguardo preconizzato dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer con formula di felice sintesi: “la creazione di una cittadinanza dell'Unione, con il descritto corollario in materia di libera circolazione dei suoi titolari nel territorio di tutti gli Stati membri, indica un considerevole progresso qualitativo in quanto separa tale libertà dai suoi tradizionali elementi funzionali o strumentali (la relazione con un'attività economica o con la creazione del mercato interno) e la eleva a categoria di diritto proprio e indipendente, inerente allo *status* politico dei cittadini dell'Unione”⁵⁴⁶.

Oggi è un dato acquisito che i cittadini europei sono in grado di esercitare i loro diritti di circolazione e di soggiorno – con i correlati titoli di accesso ai sistemi nazionali di protezione sociale – sostanzialmente oltre quanto stabilito non solo dalle direttive degli anni Novanta ma dalla stessa direttiva di “ricodificazione” del 2004⁵⁴⁷. I giudici di Lussemburgo hanno operato una sostanziale inversione dell'ordine logico (e gerarchico) in cui l'art. 18 poteva essere visualizzato – nella prospettiva tradizionale – rispetto alle altre disposizioni del trattato in materia di libertà fondamentali⁵⁴⁸. Il risultato di tale innovazione prospettica è che “la normativa secondaria adottata in applicazione del trattato non definisce più le condizioni per l'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione; essa si limita piuttosto ad identificare unicamente gli interessi pubblici rilevanti ai fini del bilanciamento con la libertà fondamentale protetta dall'art. 18, specificando alcuni dei criteri che all'uopo dovranno essere tenuti in considerazione dalle autorità nazionali in aggiunta a quelli definiti dalla stessa Corte nell'ambito del sindacato di proporzionalità”⁵⁴⁹.

In tal senso è innegabile che il rinnovato attivismo della Corte di giustizia abbia prodotto un cambiamento di quadro di forte rilievo costituzionale, che sembra opportuno fare oggetto di valutazione sotto entrambi i profili maggiormente significativi ai nostri fini: da un lato sotto l'ottica della spinta alla emersione di un nuovo paradigma di solidarietà sociale per l'Unione europea; dall'altro

⁵⁴⁵ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Terza relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione delle direttive 93/96, 90/364 e 90/365 relative al diritto di soggiorno degli studenti, delle persone economicamente non attive e dei pensionati nell'Unione*, COM(2006) 56 definitivo, del 5 aprile 2006, p. 9.

⁵⁴⁶ Così al par. 82 delle conclusioni presentate nella causa *Morgan*, più volte citate. Ma lo stesso Avvocato generale si era espresso nei termini riportati anche in precedenti occasioni: v. le conclusioni relative alla causa C-386/02, *Baldinger*, in cui peraltro la Corte non si è pronunciata sull'art. 18 del Trattato CE.

⁵⁴⁷ V., per tutti, pure DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p. 616.

⁵⁴⁸ V. in tal senso la precisa immagine suggerita nell'*Editorial* dall'eloquente titolo *The unbearable heaviness of European citizenship*, apparso in *European Law Review*, 2006, p. 779. Nella stessa ottica va valutata quella tendenza ad una qualche circolarità di lettura tra art. 12 e l'art. 18 del trattato, che si è pure sottolineata in precedenza; v. comunque nuovamente DOUGAN, *Fees*, cit., p. 961.

⁵⁴⁹ Ancora DOUGAN, *The Court helps those who help themselves*, cit., p. 24.

sotto quella della profonda revisione dei rapporti tra la stessa Corte – quale vero e proprio giudice costituzionale – ed il legislatore comunitario.

Sotto il primo profilo, merita d'esser qui ancora una volta evidenziato il ruolo di "ingegneria sociale"⁵⁵⁰ che la Corte ha consapevolmente svolto fondando nello *status* di cittadino dell'Unione, prima e più ancora che in quello classico nella costruzione comunitaria proprio del titolare delle libertà di mercato, il centro propulsore di nuove forme di solidarietà transnazionale. Si tratta di una forma, sia pure *statu nascenti*, di solidarietà nuova rispetto a quella "meccanica" e "funzionale"⁵⁵¹, già dominante nella storia della costruzione del mercato integrato e selettivamente rivolta, in via di principio, a vantaggio dei soli soggetti attivi nel processo di produzione e circolazione europea della ricchezza. Qui emerge infatti un'idea di "solidarietà organica", che ha vocazione ad estendersi sia al di fuori della cerchia di quanti partecipano ai processi di mercato (seppure su scala europea), sia, e simultaneamente, oltre i confini delle comunità nazionali, cui è storicamente ristretto l'intervento del *welfare state*. E dunque un'idea di solidarietà che si realizza autenticamente "tra estranei" su di un piano transnazionale.

Tra le due forme di solidarietà realizzate dal diritto comunitario – quella "meccanica" che si rivolge classicamente ai soggetti economicamente attivi e quella "organica" centrata sul rapporto di cittadinanza europea – permangono oggi indubbiamente differenze, anche significative; ma esse sembrano di carattere più quantitativo che qualitativo, e la tendenza è ad ogni modo nel senso d'una graduale riduzione delle stesse⁵⁵². Ai cittadini economicamente non attivi possono essere certamente imposte restrizioni nei diritti di soggiorno e di accesso *cross-border* alla protezione sociale che non sono in alcun modo consentite con riguardo ai lavoratori subordinati o autonomi che esercitano le corrispondenti libertà di circolazione. Per usare una terminologia classica nel diritto della sicurezza sociale, i criteri di *eligibility*, per i primi, restano diversi e decisamente più onerosi rispetto a quelli valevoli per i secondi⁵⁵³. Basti pensare a criteri come la residenza abituale, il sufficiente grado di integrazione nella società del paese ospitante, il legame genuino con il mercato del lavoro del medesimo (per i *job-seekers*), che, alla stregua della stessa giurisprudenza della Corte⁵⁵⁴, legittimamente condizionano l'accesso a forme di protezione sociale nello Stato membro d'accoglienza del cittadino dell'Unione che non svolge un'attività lavorativa, ma che sono viceversa inopponibili a chi rivesta lo *status* di lavoratore *ex art.* 39 del trattato. O si pensi ancora al limite dell' "onere irragionevole", che fissa i confini (sia pur mobili) della solidarietà finanziaria cui gli Stati membri sono tenuti nei confronti del cittadino europeo in stato di bisogno sociale; limite, questo, che non può ovviamente valere per chi abbia titolo alla solidarietà "meccanica" prefigurata dall'art. 39 del trattato.

È nondimeno evidente come tali persistenti differenze nei criteri di *eligibility* stabiliti per i cittadini

⁵⁵⁰ Ivi, pp. 18-19.

⁵⁵¹ Faccio mia, per vero con una qualche libertà, la terminologia impiegata in R. ZOLL, *La solidarietà. Eguaglianza e differenza*, Bologna (trad. italiana), 2003, pp. 32-33 e *passim*, che a sua volta – e come evidente – rielabora la nota distinzione di É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano (trad. italiana), 1996.

⁵⁵² Significativo, in tal senso, quanto fa (criticamente) rilevare l'Avvocato generale Geelhoed nelle sue conclusioni in *Hartmann*, ai paragrafi 34 e 38.

⁵⁵³ Cfr. ad esempio BRAND, *op. cit.* alla nota 56, p. 298.

⁵⁵⁴ Quelli testé evocati sono criteri che si ritrovano ad esempio in *Bidar* e *Collins*.

europei inattivi tendano a ridimensionarsi in concreto, nel gioco – mutevole e “*context sensitive*”⁵⁵⁵ – della graduazione del sindacato di proporzionalità⁵⁵⁶. Pensiamo ancora al limite dell’onere irragionevole per l’assistenza sociale dello Stato membro ospitante: la Corte ha sinora mostrato di applicarlo con una qualche moderazione⁵⁵⁷, stando molto attenta alle esigenze degli indebitati bilanci pubblici europei⁵⁵⁸. Ma è evidente come tutto dipenda in fin dei conti dalla concreta articolazione dell’onere della prova in ordine ai concreti presupposti per la invocabilità di tale limite da parte dello Stato membro interessato a farlo valere; e al riguardo non mancano segnali nella direzione di un maggior rigore da parte della Corte, la quale – seppure con riferimento ad una fattispecie piuttosto lontana da quelle qui esaminate – ha di recente lasciato chiaramente intendere di non accontentarsi (più) di generiche affermazioni non supportate da adeguati elementi di riscontro degli avversi effetti finanziari scaturenti dall’eventuale ammissione al beneficio di soggetti allo stato esclusi⁵⁵⁹.

Tale ultima considerazione ci riporta all’altro profilo di forte innovazione costituzionale della giurisprudenza della Corte di giustizia. Michael Dougan ha persuasivamente argomentato che la Corte ha spinto “il suo approccio teleologico alla libertà di circolazione dei cittadini dell’Unione così in avanti, che lo stesso non ha solo eguagliato, ma ha addirittura superato quello ordinariamente applicato alle mere previsioni economiche del trattato”⁵⁶⁰. Lo dimostra il fatto che la Corte – sia pure attraverso il controllo di conformità delle misure nazionali di attuazione – sottopone ad un sindacato di proporzionalità sempre più penetrante lo stesso diritto comunitario derivato.

Come ha ancora osservato Dougan⁵⁶¹, “la dottrina *Baumbast* rappresenta in qualche modo una

⁵⁵⁵ DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit. p. 624.

⁵⁵⁶ V. pure GOLYNKER, *Student loans*, cit., p. 395.

⁵⁵⁷ È pacifico che la irragionevolezza dell’onere vada considerata in relazione alla massa degli ipotetici esborsi globali cui sarebbe soggetto lo Stato membro (contro)interessato, e non già in relazione al caso singolo, dall’impatto per definizione trascurabile quando non del tutto irrilevante; v. per tutti COUSINS, *Diritti di soggiorno*, cit., p. 16 del dattiloscritto.

⁵⁵⁸ V. in tal senso BESSON e UTZINGER, *Introduction*, cit., p. 587; JACOBS, *Citizenship*, cit., p. 598.

⁵⁵⁹ Cfr. Corte di giustizia CE, 18 dicembre 2007, procedimenti riuniti C-396/05, C-419/05 e C-450/05, *Doris Habelt, Martha Möser, Peter Wachter contro Deutsche Rentenversicherung Bund*, avente ad oggetto la questione della compatibilità con gli artt. 39 e 42 del Trattato CE delle disposizioni, contenute negli allegati III e VI al regolamento n. 1408/71, che consentivano alla Germania di non prendere in considerazione, ai fini del pagamento della pensione di vecchiaia, di periodi contributivi svolti in particolari circostanze da lavoratori impiegati in taluni territori già assoggettati alla dominazione del III Reich. In pratica, le limitazioni consentite dagli allegati al regolamento operavano come deroghe alla regola della revoca delle clausole di residenza valevole per le pensioni di vecchiaia. La Corte – nel dichiarare l’incompatibilità di dette disposizioni del regolamento con le norme del trattato – aveva dovuto prendere in considerazione anche l’argomento, fatto valere dal governo tedesco, secondo cui la rimozione delle limitazioni in parola avrebbe determinato il rischio di una grave alterazione dell’equilibrio finanziario del sistema previdenziale del paese. La Corte ha tuttavia respinto tale argomentazione difensiva, rilevando in particolare che “il governo tedesco ha ommesso di dimostrare sotto quale profilo trasferimenti di residenza al di fuori della Germania, come quelli effettuati nelle cause principali, possono incidere negativamente sugli obblighi finanziari del regime di previdenza sociale tedesco” (punto 83 della sentenza). Nella fattispecie la Corte ha valutato l’interesse della Germania a proteggersi da ripercussioni sull’equilibrio finanziario del proprio sistema previdenziale applicando lo stesso metro di rigore che emerge ad esempio nella nota sentenza del 28 aprile 1998 in causa C-158/96, *Kohll* (sulla quale v. *ex plurimis* A. P. VAN DER MEI, *Cross-border access to medical care within the European Union – Some reflections on the judgments Decker and Kohll*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, pp. 277 ss.). Se un test analogo venisse applicato anche ai criteri di *eligibility* per l’accesso transfrontaliero alle prestazioni di assistenza sociale, l’onere probatorio a carico degli Stati membri si farebbe decisamente più “pesante”.

⁵⁶⁰ DOUGAN, *The constitutional dimension*, p. 625.

⁵⁶¹ Ivi, p. 614 (corsivo nell’originale).

novità costituzionale: la Corte di giustizia ha scelto di assoggettare il diritto comunitario secondario *indirettamente* al medesimo livello di scrutinio giudiziale normalmente associato all'azione degli Stati membri". A differenza di quanto tradizionalmente avvenuto con riguardo alle libertà economiche di circolazione, in pronunce come *Grzelczyk* e *Baumbast* la Corte non ha esitato a sottoporre allo scrutinio di proporzionalità in base agli artt. 12 e 18 del trattato misure nazionali che apparivano pienamente conformi al diritto comunitario derivato: "il che equivale appunto ad esercitare un sindacato giudiziale sulla stessa azione del legislatore europeo, e non nella forma blanda riservata alle questioni concernenti i limiti di competenza di tale legislatore, ma in quella decisamente più penetrante alla quale si assiste allorché le misure nazionali siano sospettate di restringere la libertà di circolazione in violazione del trattato"⁵⁶².

Guidata dalla *rule of reason* e dalla variabile modulazione del *test* di adeguatezza e di proporzionalità⁵⁶³, la Corte di giustizia finisce effettivamente per svolgere – in tal modo – un penetrante sindacato di costituzionalità sulle stesse scelte compiute dal legislatore comunitario, incidendo in maniera assai significativa sulla sfera di discrezionalità allo stesso riservata nell'esercizio delle proprie competenze. Rigore dello scrutinio giudiziale e compressione della sfera di autonomia del legislatore sopranazionale sono strettamente legati, onde è evidente come il sindacato di proporzionalità svolto dalla Corte sollevi una questione di competenza⁵⁶⁴. Solo che ora non si tratta più, o meglio non si tratta soltanto, delle competenze che gli Stati membri esercitano nel cono d'ombra del diritto comunitario, ma si tratta, sia pure indirettamente, della stessa competenza del *legislatore sopranazionale*⁵⁶⁵.

7. Conclusioni.

I confini della appartenenza alle comunità di redistribuzione solidaristica forgiate dai sistemi nazionali di *welfare* sono senz'altro divenuti – soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia – più aperti e penetrabili, e dunque certamente più inclusivi, almeno nei confronti dei cittadini europei. La cittadinanza dell'Unione – da istituto complementare e secondario quale era stato visualizzato dalla revisione di Maastricht – è divenuto epicentro di profonde trasformazioni costituzionali e solido punto d'ancoraggio di nuovi legami di "mutua responsabilità sociale"⁵⁶⁶ tra i cittadini degli Stati membri. L'apertura transnazionale del *welfare* ai cittadini comunitari economicamente inattivi che dimostrino un certo legame d'integrazione con la società del paese ospitante può essere a ragione considerata come atto fondatore di una nuova e più avanza concezione della solidarietà europea⁵⁶⁷.

L'apparente conquista di questa forte dimensione sociale della cittadinanza dell'Unione non è,

⁵⁶² Ivi, pp. 620-621.

⁵⁶³ Cfr. quanto al proposito osservato da ROSS, *Promoting solidarity*, cit., p. 1067.

⁵⁶⁴ V. pure BESSON, UTZINGER, *Introduction*, cit., p. 575.

⁵⁶⁵ Emblematica, in tal senso, la posizione illustrata nelle conclusioni dell'Avvocato generale in *Hendrix*, spec. al par. 57.

⁵⁶⁶ WEILER, *To be a European citizen*, cit., p. 1095.

⁵⁶⁷ V. in tal senso ROSS, *op. ult. cit.*, p. 1065, che mette in risalto soprattutto la parità incondizionata di trattamento spettante ai cittadini che hanno acquistato il diritto di residenza permanente.

tuttavia, esente da limiti e da contraddizioni. Il limite più evidente è che questa proiezione inclusiva e solidaristica della cittadinanza europea si accompagna ad una simmetrica chiusura verso coloro che sono esclusi dalla *membership*. Se si assume il punto d'osservazione dei migranti non comunitari, è invero giocoforza concludere che “un processo di uguagliamento coesiste con un processo di esclusione, e che la relativizzazione dei confini tra gli Stati membri si accompagna ad un rafforzamento delle frontiere esterne dell'Unione e ad una ridislocazione del controllo sui flussi migratori dai paesi terzi”⁵⁶⁸.

Si può anzi osservare come – mentre per i cittadini dell'Unione si assiste ad una completa denazionalizzazione ed ad una tendenziale de-territorializzazione del *welfare* – per i migranti non comunitari si verifichi un simmetrico recupero della rilevanza dello *status* funzionale. “È così curioso notare che mentre la cittadinanza dell'Unione si allontana dal modello della *market citizenship*, questo stesso modello viene riprodotto con riguardo ai cittadini non comunitari”⁵⁶⁹. Il superamento di questo limite intrinseco alla natura “duale”⁵⁷⁰ della cittadinanza europea è traguardabile solo nella prospettiva – oggi irrealistica, specie per i migranti extracomunitari – della sostituzione del criterio della residenza a quello della nazionalità ai fini della *membership* transnazionale⁵⁷¹.

Ma limiti e contraddizioni non sembrano meno significativi – come si è cercato di segnalare nel corso di questa rassegna critica – anche restando dentro il perimetro dei nuovi confini della solidarietà tracciati dalla Corte di giustizia. Anche se è vero che difettano (ad oggi) sicure evidenze empiriche, il rischio che la erosione delle forme di controllo territoriale dell'accesso al *welfare* da parte degli Stati membri possa provocare effetti di riduzione dell'offerta delle prestazioni sociali, innescando dinamiche di “*social levelling-down*”⁵⁷², non può essere affatto trascurato⁵⁷³. È un paradosso invero solo apparente che i progressi d'una giurisprudenza certamente animata da un genuino *ethos* integrazionista possano convertirsi in effetti d'integrazione sociale negativa.

Un rischio del genere è in certo senso immanente alla prospettiva – inevitabilmente individualistica, perché ritagliata a misura del caso singolo portato all'attenzione del giudice – entro cui si muove, di necessità, la Corte di giustizia⁵⁷⁴. Lo straordinario rilievo assunto dalle norme sulla cittadinanza dell'Unione si regge, al fondo, sullo stesso impianto logico che ha consentito alla Corte di modellare intorno alle libertà economiche i tratti caratterizzanti della costituzione economica europea. Ma ad un approccio basato sui diritti del singolo – sia pure questo il cittadino dell'Unione

⁵⁶⁸ KOSTAKOPOULOU, *European Union citizenship*, cit., p. 634.

⁵⁶⁹ BELL, *Civic citizenship*, p. 329.

⁵⁷⁰ V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994, p. 61.

⁵⁷¹ Cfr. in questo senso, tra gli altri, BESSON e UTZINGER, *Introduction*, cit., pp. 580-581 (che peraltro sostengono la piena applicabilità dell'art. 12 del trattato ai cittadini di paesi terzi legalmente residenti); EPINEY, *The scope*, cit., p. 614 (che giunge, sempre in base al diritto vigente, ad analoga conclusione); e soprattutto, in una più ampia prospettiva, G. DAVIES, “*Any place I hang my hat? or: residence is the new nationality*”, in *European Law Journal*, 2005, pp. 43 ss.

⁵⁷² BESSON, UTZINGER, *op. ult. cit.*, p. 589.

⁵⁷³ Cfr. tra gli altri M. FERRERA, S. SACCHI, *A more social EU? In what areas? In what forms?*, *URGE Issue Paper*, n. 1/2007, p. 5; GOLYNKER, *Students loans*, cit., p. 401.

⁵⁷⁴ Per questo ordine di critiche alla giurisprudenza della Corte, con particolare riferimento alla già evocata vicenda dell'accesso alle cure sanitarie in un altro Stato membro ex art. 49 del Trattato CE, v. diffusamente C. NEWDICK, *Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 1645 ss.

in stato di bisogno che reclama una forma di assistenza sociale nello Stato membro ospitante – sfugge la dimensione necessariamente collettiva della solidarietà⁵⁷⁵. La solidarietà finanziaria tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione diventa allora quella frazionata, atomistica, sradicata dal contesto collettivo, individualistica appunto, cui accede – nel singolo caso particolare esaminato – il cittadino europeo che abbia fatto uso attivo della sua libertà di circolazione. In quest'ottica, un recupero della dimensione autenticamente collettiva della solidarietà sociale è piuttosto rintracciabile nel giudizio con il quale, bilanciando l'interesse dello Stato al controllo della spesa pubblica con l'esercizio individuale della libertà fondamentale, la Corte dà rilievo ad un limite come quello dell' "onere irragionevole", preso in considerazione anche dalla direttiva del 2004.

Se è vero che da tale "robusta dimensione giuridica della cittadinanza dell'Unione" emerge "un ruolo ancor più centrale per l'individuo, in qualunque modo i suoi diritti siano stati incisi, nei confronti dell'esercizio del pubblico potere, qualunque sia l'espressione in cui questo agisce nel complesso sistema europeo"⁵⁷⁶, diviene allora difficile rintracciare un cemento collettivo, politico della solidarietà europea: il modello di riferimento, se non il "cittadino di mercato", rimarrebbe pur sempre l'attore razionale, che si avvantaggia delle opportunità offerte dall'apertura, o comunque dalla più facile attraversabilità, dei confini dei regimi nazionali di *welfare*.

Ecco perché le critiche all'eccessivo attivismo della Corte paiono, almeno in parte, giustificate. Per quanto saggi e ben calibrati possano risultare in concreto gli esercizi di bilanciamento degli interessi in gioco svolti dalla Corte all'ombra del principio di proporzionalità, permane infatti uno scarto "ontologico" tra la complessità delle questioni poste dalla ridefinizione dei confini della solidarietà sociale in Europa e le risorse – cognitive e di legittimazione – di cui dispongono i giudici di Lussemburgo per affrontarle. La Corte dovrebbe pertanto astenersi da un'eccessiva ingerenza sulle prerogative che debbono riconoscersi al legislatore – *in primis* europeo – in ordine alle regole ed alle procedure fondamentali che presiedono alla determinazione di tali confini.

Nello stesso tempo, il legislatore sopranazionale dovrebbe esercitare con maggior consapevolezza ed efficacia tale suo ruolo. Si avverte ad esempio da più parti la necessità del ritorno ad un uso più attivo e lungimirante della tecnica del coordinamento, alla base da sempre del diritto comunitario della sicurezza sociale⁵⁷⁷. I regolamenti – che nella versione riformata nel 2004 hanno già un campo di applicazione generalizzato sul versante soggettivo – dovrebbero ampliare in corrispondenza anche la sfera applicativa *ratione materiae*. Sarebbe per esempio della massima importanza estendere anche alla assistenza sociale e – soprattutto – agli schemi generali di reddito minimo, operanti in molti Stati membri dell'Unione e tuttavia esclusi, come la prima, dal campo di applicazione materiale dello stesso regolamento n. 883/2004, criteri di coordinamento analoghi a quelli da tempo previsti per le prestazioni speciali di carattere non contributivo⁵⁷⁸.

Occorrerebbe del pari un intervento più coraggioso in tema di esportazione delle prestazioni di disoccupazione, su cui ancora gravano i limiti di una concezione anacronistica del mercato del lavoro europeo. E se intende sottrarre alla gestione casistica della giurisprudenza creativa dei

⁵⁷⁵ V. pure quanto osserva KOSTAKOPOULOU, *op. ult. cit.*, pp. 636 e 638.

⁵⁷⁶ DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p. 639.

⁵⁷⁷ Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale in prospettiva storica. Omaggio a Lionello Levi Sandri*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, pp. 537 ss.

⁵⁷⁸ V. in questo senso VERSCHUEREN, *European (internal) migration law*, pp. 342 ss.

giudici di Lussemburgo le delicatissime questioni sollevate dalla esportabilità delle prestazioni sanitarie e degli aiuti al mantenimento degli studenti, il legislatore europeo deve evidentemente farsi carico di dettare anche su questa materia una disciplina adeguata, che sappia contemperare – su di un piano necessariamente generale – le istanze di controllo della spesa pubblica (e di eliminazione delle forme di *free riding*) con quelle della libertà dei singoli.

Occorre tuttavia avere la consapevolezza che la istituzionalizzazione di una forma di solidarietà sociale propriamente europea sollecita il legislatore comunitario ad andare oltre la logica del coordinamento dei sistemi nazionali di *welfare*. Il radicamento di una forma di solidarietà “organica”, “tra estranei” nell’Europa allargata – per riprendere l’evocativa terminologia usata da Rainer Zoll – richiede uno zoccolo minimo di prestazioni sociali di “cittadinanza”⁵⁷⁹, disciplinate e almeno in parte finanziate a livello comunitario. L’idea, da tempo presente nel dibattito, del reddito minimo europeo⁵⁸⁰, come anche quella, non lontana, dello “stipendio civico in cambio di servizi sociali, ecologici e culturali”⁵⁸¹, vanno esattamente in questa direzione, ma indicano obiettivi di riforma forse ancora troppo lontani dall’orizzonte dell’Unione.

Le prime positive esperienze di mobilitazione del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione⁵⁸² dimostrano tuttavia che l’Unione è pronta, già oggi, a dare un concreto contributo al governo dei processi di ristrutturazione economica in atto in Europa e di ammortizzazione delle relative conseguenze sociali. Il Fondo – che non sostituisce le misure di competenza delle imprese a norma della legislazione e della contrattazione collettiva nazionale – ha già co-finanziato pacchetti di servizi personalizzati volti al reimpiego di lavoratori licenziati da aziende europee in conseguenza dei processi di delocalizzazione di attività produttive per lo più verso la Cina. Immaginando una estensione del raggio di azione del FEG, si potrebbe ad esempio pensare ad uno schema di tutela attiva contro la disoccupazione a base propriamente comunitaria quale primo stadio nella costruzione incrementale di uno “schema di *welfare* paneuropeo”⁵⁸³, capace di forgiare quel vincolo di solidarietà organica tra cittadini degli Stati membri che oggi impegna esclusivamente le finanze di questi ultimi.

Ma al di là degli esempi già proposti o immaginabili, è certo che la ridefinizione in atto dei confini dei sistemi di *welfare* del Vecchio Continente richiede risposte politiche nuove e adeguate. Essa è parte essenziale – come è stato detto – di una nuova “questione sociale”, che investe direttamente l’Unione europea e la sua capacità di governo⁵⁸⁴. Ed è difficile pensare che la Corte di giustizia – per quanto animata dalle migliori intenzioni – possa, da sola, dare le risposte che servono.

⁵⁷⁹ Ma dovrebbe trattarsi di una cittadinanza “civica”, basata sull’integrazione nella società ospitante e quindi estesa anche ai migranti non comunitari legalmente residenti nell’Unione: v. BELL, *Civic citizenship*, cit., p. 317.

⁵⁸⁰ Su di essa v., da ultimo e per tutti, FERRERA, SACCHI, *A more social EU?*, cit., p. 7.

⁵⁸¹ ZOLL, *La solidarietà*, cit., p. 189.

⁵⁸² V. da ultimo la proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione come documento COM(2007) 600 definitivo, dell’11 ottobre 2007.

⁵⁸³ FERRERA, SACCHI, *op. loc. cit.*

⁵⁸⁴ Ivi, p. 5.